

A c t a
Universitatis
Lodziensis

FOLIA IURIDICA

97



WYDAWNICTWO
UNIWERSYTETU
ŁÓDZKIEGO

A c t a Universitatis Lodziensis

FOLIA IURIDICA

97

Varia

pod redakcją
Anny Chmielarz-Grochal
i Tomasza Bekrychta



 **WYDAWNICTWO**
UNIwersytetu
ŁÓDZKIEGO
Łódź 2021

C O P E
Member since 2018
JM13714

REDAKCJA NAUKOWO-DYDAKTYCZNA „FOLIA IURIDICA”

Marek Zirk-Sadowski (Redaktor Naczelny), *Bartosz Wojciechowski* (Zastępca Redaktora Naczelnego), *Tomasz Bekrych* (Zastępca Redaktora Naczelnego)
Anna Chmielarz-Grochal (Zastępca Redaktora Naczelnego), *Martin Krygier*
(University of New South Wales), *Zenon Bankowski* (University of Edinburgh)
Karolina M. Cern (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu), *Piotr W. Juchacz*
(Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu), *Karolina Krzeszewska* (Sekretarz)

RADA NAUKOWA

Anna Maria Andersen (Lund University), *Maciej Chmieliński* (Uniwersytet Łódzki)
Adam Czarnota (University of New South Wales), *Natalia Danilkina* (University of Groningen)
Zofia Duniewska (Uniwersytet Łódzki), *Zbigniew Góral* (Uniwersytet Łódzki), *Krzysztof Indeck*
(Uniwersytet Łódzki), *Janusz Jankowski* (Uniwersytet Łódzki), *Martin Škop* (Masaryk University)
Monika Zalewska (Uniwersytet Łódzki)

RECENZENCI

Lista recenzentów dostępna na stronie
<https://czasopisma.uni.lodz.pl/Iuridica/reviewers>

REDAKTOR INICJUJĄCY

Sylvia Mosińska

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Anna Chmielarz-Grochal i *Tomasz Bekrych*

SKŁAD I ŁAMANIE

AGENT PR

PROJEKT OKŁADKI

Agencja Komunikacji Marketingowej efectoro.pl

© Copyright by the Authors, Łódź 2021
© Copyright for this edition by Uniwersytet Łódzki, Łódź 2021

Wydane przez Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
Wydanie I. W.10238.21.0.Z

Ark. wyd. 21,0; ark. druk. 18,625

ISSN 0208-6069
e-ISSN 2450-2782

Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
90-237 Łódź, ul. Jana Matejki 34A
www.wydawnictwo.uni.lodz.pl
e-mail: ksiegarnia@uni.lodz.pl
tel. (42) 635 55 77

*Waldemar Gontarski** <https://orcid.org/0000-0002-9108-4822>

NOWY SYSTEM WARUNKOWOŚCI W PRAWIE UNII EUROPEJSKIEJ

Streszczenie. Autor omawia zgodność z prawem traktatowym projektowanego systemu warunkowości, dotyczącego zawieszania wypłaty funduszy unijnych państwom członkowskim w związku z zarzutem naruszania praworządności i innych zasad ogólnych. Tak rozumiana nowa warunkowość rozpatrzona została w kontekście dotychczasowego uzależniania wydatkowania funduszy unijnych (a wcześniej wspólnotowych) od spełnienia określonych kryteriów jako utrwalonej praktyki zarządzania funduszami.

Celem niniejszego opracowania jest zbadanie zgodności z prawem traktatowym nowego systemu warunkowości dotyczącego ochrony praworządności i innych zasad ogólnych postulowanego w konkluzjach Rady Europejskiej z 17–21.07.2020 r. jako kontynuacji prac nad projektowanym przez Komisję rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony budżetu Unii w przypadku uogólnionych braków w zakresie praworządności w państwach członkowskich z 2.05.2018 r.

Słowa kluczowe: praworządność, mechanizm warunkowości, warunkowość rzeczywista, interesy finansowe Unii Europejskiej, wystarczająco bezpośredni związek przyczynowy, zasada pewności prawa, obchodzenie prawa.

NEW SYSTEM OF CONDITIONALITY IN THE EUROPEAN UNION LAW

Abstract. The new regime of conditionality relating to the protection of the rule of law, postulated in the conclusions of the European Council and proposed in the Commission's proposal, does not meet the dictionary requirements of genuine conditionality in two ways. Firstly, it does not introduce clear criteria as to the rule of law. Secondly, the rule of law is not required to be linked – on a sufficiently direct causal nexus – with what is to be dependent on the “rule of law”, i.e. the rule of law is not required to be sufficiently directly related in an actual (and not just potential) manner to certain (specific) EU finances, although the stated aim is to protect the financial interests of the Union. In such circumstances, the principle of legal certainty, being one of the elements of the actual rule of law, is breached. Moreover, the new conditionality duplicates and modifies to a certain extent the treaty procedure for the protection of the rule of law, what in itself constitutes a breach of treaty law by circumventing the law if only because the treaty procedure is more difficult to start than the one under the new conditionality system due to the required majority in the Council and unanimity in the European Council.

Keywords: rule of law, regime of conditionality, genuine conditionality, financial interests of the European Union, sufficiently direct causal nexus, the principle of legal certainty, circumventing the law.

* Dziekan Wydziału Prawa w Warszawie, Dziekan Wydziału Prawa w Londynie, Dziekan Wydziału Administracji w Brukseli – Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji, waldemar.gontarski@ewspa.edu.pl

**1. NAJPIERW PRZESTRZEGANIE „PRAWORZĄDNOŚCI”, PÓŹNIEJ
FINANSOWANIE UNIJNE – KONKLUZJE RADY EUROPEJSKIEJ
Z 17–21.07.2020 R. NAWIĄZANIEM DO PROJEKTU ROZPORZĄDZENIA
PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY W SPRAWIE OCHRONY
BUDŻETU UNII W PRZYPADKU UOGÓLNIONYCH BRAKÓW W ZAKRESIE
PRAWORZĄDNOŚCI W PAŃSTWACH CZŁONKOWSKICH Z 2.05.2018 R.**

Słowo „warunkowość” pochodzi od „uwarunkowania”, co oznacza „czynić zależnym od pewnych okoliczności, warunków, czynników, uzależnić od czegoś”¹: słowem, czynić zależnym jednego (czegoś) od drugiego (od wzorca), a wtedy jedno i drugie powinno być skonkretyzowane. W przeciwnym razie nie będziemy mogli zorientować się, co od czego uzależniamy. Ponadto jedno od drugiego musi być rzeczywiście uzależnione, czyli konieczny jest naturalny (faktyczny) związek przyczynowo-skutkowy, a nie adekwatny². Utrwaloną praktyką stało się uzależnienie wydatkowania funduszy unijnych, a wcześniej wspólnotowych, od spełnienia określonych kryteriów³, co oddaje w sposób syntetyczny definicję warunkowości stosowaną przez instytucje Unii⁴.

Już z definicji językowej wynika, że warunkowość projektowana przez instytucje Unii w dwójnasób nie spełnia wymogów słownikowych, gdyż nie wprowadza się jasnych kryteriów punktu odniesienia (wzorca), tj. „praworządności” – to po pierwsze; po drugie, nie wymaga się powiązania „praworządności” – na zasadzie wystarczającego bezpośredniego związku – z tym, co ma być uzależnione od „praworządności”, tzn. nie wymaga się wystarczająco bezpośredniego

¹ Zob. hasło „uwarunkować” (Dunaj 1996, 1196).

² O dychotomii, związek przyczynowo-skutkowy: naturalny (faktyczny) / adekwatny (normalny), por. np. Gontarski 2013, 236–237.

³ Tak opinia Służby Prawnej Rady z 25.10.2018 r., Doc. ST 13593/18, do wniosku Komisji z 2.05.2018 r. zawierającego projekt rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony budżetu Unii w przypadku uogólnionych braków w zakresie praworządności w państwach członkowskich (COM(2018) 324 final) (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0324&from=EN>; <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13593-2018-INIT/en/pdf>), pkt 15 i przyp. 8 – opinia ta jest stosunkowo szeroko cytowana w: Scheppele, Pech, Kelemen 2018 [dostęp: 1.09.2020 r.]; także Mańko, Sapała 2020, w szczególności strona 11, gdzie zwraca się uwagę, że w opinii tej Służba Prawna Rady przeciwstawia projektowaną przez Komisję warunkowość „warunkowości prawdziwej” („genuine conditionality”), czyli rzeczywistej, w znaczeniu legalnej, zgodnej z prawem Unii rekonstruowanym w utrwalonym orzecznictwie luksemburskim.

⁴ Np. wg definicji zawartej w materiałach Parlamentu Europejskiego: „Conditionality is an established EU governance tool. It represents in essence a requirement that all EU spending comply with a set of Union policy standards subject to withdrawal of funds in case of failure to do so” – Viřã 2018, 15; i dalej strona 18: „Ex ante conditionalities must be fulfilled before EU funds are disbursed [...]”; jak zwraca uwagę piśmiennictwo, warunkowość jest od dawna narzędziem polityk Wspólnoty/UE, a po raz pierwszy znalazła zastosowanie w politykach zewnętrznych, gdzie była aktywnie rozwijana od późnych lat 80-tych XX w. (tak: Viřã 2017, 1).

związku „praworządności” z określonymi (konkretnymi) finansami unijnymi; ze względu na zasadę pewności prawa nie wystarczy samo ryzyko wystąpienia tego związku. Jak zwraca uwagę doktryna, „wymogi przestrzegania tej zasady [praworządności] nie są przedmiotowo związane z funduszami UE”⁵. Wyłania się przeto kwestia niezgodności z zasadą pewności prawa, składającą się generalnie na praworządność rzeczywistą; dlatego w śródtytule niniejszej publikacji słowo praworządność wzięto w cudzysłów.

Nowy system warunkowości postuluje Rada Europejska w konkluzjach z posiedzenia nadzwyczajnego odbytego w dniach 17–21.07.2020 r.⁶ (dalej: konkluzje Rady Europejskiej). Przez nową warunkowość w piśmiennictwie, powołującym się na wcześniejsze zapowiedzi Komisji Europejskiej, rozumie się mechanizm („mechanizm warunkowości”), który będzie „umożliwiał uzależnienie wypłaty unijnych środków finansowych (z funduszy strukturalnych i w ramach Wspólnej Polityki Rolnej) od stanu praworządności w państwie członkowskim” (Barcz 2019, 13). Dokonywanie wypłat z funduszy UE, przyznawanych państwom członkowskim w ramach kolejnych wieloletnich ram finansowych (WRF) – o których mowa w art. 312 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej – ma być warunkowane przestrzeganiem przez te państwa zasady praworządności (Łacny 2018, 12).

Punkt A24 konkluzji Rady Europejskiej – dotyczący jedynie wieloletnich ram finansowych (WRF 2021–2027), chociaż konkluzje odnoszą się też do działań na rzecz odbudowy w ramach instrumentu *Next Generation EU* (NGEU) – głosi: „Interesy finansowe Unii są chronione zgodnie z ogólnymi zasadami zawartymi w Traktatach Unii, w szczególności zgodnie z wartościami zapisanymi w art. 2 TUE” (akapit pierwszy pkt A24). I dalej (akapit drugi pkt A24 – złożony z dwóch zdań): „Rada Europejska podkreśla znaczenie ochrony interesów finansowych Unii. Rada Europejska podkreśla znaczenie poszanowania praworządności [ang. „rule of law”]” (tłumaczenie urzędowe).

Jak z tego wynika, wg akapitu pierwszego pkt A24, ochrona interesów finansowych UE odbywać się ma nie tylko w oparciu o zasadę praworządności, rozumianą w systemie Unii jako zasadę państwa prawnego (ang. „rule of law”⁷), lecz szerzej, zgodnie z wszystkimi traktatowymi zasadami ogólnymi, w szczególności na podstawie wartości zapisanych w art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej; w myśl tego ostatniego przepisu poza praworządnością (ang. „rule of law”) chodzi o: poszanowanie godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości oraz o poszanowanie praw człowieka, w tym praw osób należących

⁵ Zob. Łacny 2018, 13 – uwagi do przedstawionego przez KE projektu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony budżetu Unii w przypadku uogólnionych braków w zakresie praworządności w państwach członkowskich z 2.05.2018 r., COM(2018) 324 final.

⁶ EUCO 10/20 (<https://www.consilium.europa.eu/media/45127/210720-euco-final-conclusions-pl.pdf>).

⁷ Por. np. polską i angielską urzędową wersję językową wyroku TS z 24.06.2019 r., Komisja/Polska (Niezależność Sądu Najwyższego), C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, pkt 47.

do mniejszości – czyli praworządność (ang. „rule of law”) jest podzbiorem zbioru wartości zapisanych w art. 2 TUE. Ponadto konkluzje Rady Europejskiej – obok ochrony interesów finansowych przeprowadzanej zgodnie z ogólnymi zasadami zawartymi w traktatach Unii, w szczególności zgodnie z wartościami zapisanymi w art. 2 TUE (pkt A24 akapit pierwszy konkluzji i pkt 22 akapit pierwszy załącznika do konkluzji), wśród których występuje praworządność – oddzielnie proklamują ochronę praworządności (pkt A24 akapit drugi zd. drugie konkluzji i pkt 22 akapit drugi zd. drugie załącznika do konkluzji). W tym sensie konkluzje dodatkowo ochronę praworządności ujmują *expressis verbis* jako konkurencyjne rozwiązanie względem art. 7 TUE – w art. 7 ust. 1 akapit pierwszy i w ust. 2 art. 7 wskazano art. 2 TUE. Z kolei według pkt 23 zd. pierwsze załącznika do konkluzji, zostanie wprowadzony system warunkowości w celu ochrony budżetu i instrumentu *Next Generation EU*.

W dwójnasób odpada argumentacja (sformułowana na potrzeby niniejszego opracowania na zasadzie antytezy) głosząca, iż powiązanie WRF 2021–2027 z praworządnością odnosi się wyłącznie do kontroli wydatków. Przy takim ujęciu konkluzji Rady Europejskiej nie do przyjęcia jest też rozumowanie, jakoby zawarta w nowym mechanizmie ochrona praworządności miała zostać uruchamiana *ex post*; warunkowość *ex post*, np. na zasadzie obowiązującego mechanizmu korekty finansowej (szerzej np. Łacny 2017, *passim*), oznacza: najpierw finansowanie, później sprawdzanie, czy spełniane są wymagane kryteria. Mielibyśmy do czynienia z warunkowością *ex post* (najpierw finanse, później kryteria), jeśli po tym, jak środki finansowe pochodzące z WRF 2021–2027 zostaną wydatkowane, uruchomiona zostałaby krajowa kontrola tych wydatków i później okazałoby się po sprawdzeniu przez KE, że ta kontrola krajowa była niewystarczająca, gdyż odbywała się poprzez orzeczenia sądowe wydawane przez sądy, które nie spełniają unijnych standardów niezawisłości i bezstronności (art. 47 akapit drugi Karty praw podstawowych UE i art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE), co skończyłoby się nałożeniem przez Komisję sankcji finansowych. Generalnie odpada również twierdzenie, jakoby postulowany przez Radę Europejską nowy system warunkowości dotyczyć miał konkretnych, a nie abstrakcyjnych zagrożeń dla interesów finansowych UE. Tymczasem podejście *in concreto* uznamy za warunek konieczny warunkowości tworzonej w oparciu o zakaz arbitralności i zarazem warunkowości rzeczywistej w sensie logicznym (musimy wiedzieć, co od czego uzależniamy, czyli warunkujemy). Odrębną i elementarną kwestią jest to, że stosowanie prawa nie może polegać na subsumpcji abstrakcji pod abstrakcję.

Akapit pierwszy pkt A24 konkluzji (i akapit pierwszy pkt 22 załącznika do konkluzji) już poprzez samo odwołanie do art. 2 TUE „w szczególności” idzie dalej w sferze *in abstracto* (niedookreślenie kryterium warunkowości) niż mechanizm nowej warunkowości zawarty we wnioskowanym przez Komisję projekcie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony budżetu Unii w przypadku uogólnionych braków w zakresie praworządności w państwach

członkowskich (dalej: projekt rozporządzenia albo wniosek) – sformułowanym we wniosku Komisji z 2.05.2018 r.⁸ Projekt rozporządzenia koncentruje się na ochronie „praworządności” (ang. „rule of law”) też ujmowanej *ex ante*: najpierw przestrzeganie wymogów, później korzyść finansowa w postaci nieprzerwanego przekazywania funduszy z budżetu UE (najpierw praworządność, później finansowanie) i bez powiązania z konkretnym wydatkowaniem środków finansowych Unii w państwach członkowskich oraz bez sprecyzowania kryteriów praworządności. W konsekwencji mamy: najpierw ogólnie (szeroko) ujętą praworządność, później dostępność finansów unijnych dla danego państwa członkowskiego, chociaż bez odniesienia do konkretnego finansowania (do konkretnego programu czy działania). Prowadzi to do arbitralności dwójakiego rodzaju – zarówno co do kryteriów wzorca, jak i co do finansowania, które ma być weryfikowane w oparciu o owe kryteria. Jednak rozporządzenie to (w wersji pierwotnej), w przeciwieństwie do konkluzji Rady Europejskiej, ogranicza się do ochrony praworządności utożsamianej jedynie z art. 2 TUE, bez odwołania do zasad ogólnych. Na przykład wg art. 3 ust. 2 lit. a projektowanego rozporządzenia już samo „zagrożenie niezależności wymiaru sprawiedliwości” („zagrożenie”, czyli wystarczy ryzyko naruszenia standardu określonego w art. 47 akapit drugi Karty, co narusza zasadę pewności prawa) może być kwalifikowane („może zostać uznane”) jako „uogólnione braki w zakresie praworządności”. Owe braki jedynie w sposób abstrakcyjny połączono w art. 3 ust. 1 *in pr.* z finansami Unii podlegającymi ochronie, tzn. bez konkretyzowania tych finansów (co również oznacza naruszenie pewności prawa); odpowiednie skonkretyzowanie cechuje np. wspomnianą – obowiązującą – korektę finansową.

Fakultatywność przepisów zawartych w art. 3 ust. 2 pierwotnej wersji projektu rozporządzenia dająca instytucjom Unii władzę nieskrępowaną (dyskrecjonalną) w zakresie nakładania sankcji finansowych (wstrzymanie zadeklarowanego finansowania) i kontekst normatywny tego rozwiązania (nieprawidłowości z punktu widzenia pewności prawa dekodowanej przez orzecznictwo luksemburskie szczególnie w odniesieniu do przepisów mogących wywołać konsekwencje finansowe) – sprawiają, że zdaniem piśmiennictwa „w przypadku tych uogólnionych braków w zakresie praworządności wymóg ochrony funduszy UE nie warunkuje stosowania mechanizmu warunkowości” (Łacny 2018, 14 i orzecznictwo przytoczone w przyp. 22); nie chodzi o dyskrecjonalność w znaczeniu dowolności przy podejmowaniu decyzji o uruchomieniu procedury, ale przy stosowaniu kryterium warunkowości. Jak czytamy np. w wyroku Trybunału Sprawiedliwości (dalej TS) z 21.06.2007 r., ROM-projecten, C-158/06, ECLI:EU:C:2007:370, pkt 26 (i przytoczone tam orzecznictwo): „Ten wymóg pewności prawa winien być przestrzegany ze szczególnym rygorem w przypadku regulacji przewidującej skutki finansowe [...]”. Sprzeczna z orzecznictwem luksemburskim fakultatywność przepisów

⁸ COM(2018) 324 final.

ustanawianych celem nakładania sankcji finansowych została spotęgowana w projektowanym rozporządzeniu podczas pierwszego czytania w Parlamencie Europejskim, co jest dostrzegalne zwłaszcza w nowej redakcji art. 3 ust. 1⁹ i art. 4 ust. 1¹⁰.

Na początku uzasadnienia projektu rozporządzenia Komisja proklamuje w sposób abstrakcyjny przestrzeganie praworządności, co ma być „niezbędnym warunkiem należytego zarządzania finansami oraz skuteczności unijnego finansowania”¹¹. Koncepcja warunku wstępnego (warunkowość *ex ante*) oznacza: najpierw przestrzeganie praworządności, później ewentualne finansowanie unijne (oddziaływanie prewencyjne). Takie rozwiązania zawarte w rozporządzeniu co najmniej w sposób zawołowany dublują art. 7 TUE, ale na zasadach proceduralnych modyfikujących w ten sposób przepisy zawarte w art. 7, że konstrukcja *ex ante* zastąpić ma konstrukcję *ex post*. Chodzi o to, że przepis zawarty w ust. 2 art. 7 jest reaktywny. Najpierw Rada Europejska może w określonej sytuacji „stwierdzić poważne i stałe naruszenie” wartości, o których mowa w art. 2 TUE, tzn. nie wystarczy samo ryzyko takiego naruszenia; następnie mogą zostać uruchomione przez Radę sankcje przewidziane w ust. 3 art. 7 TUE, czyli sankcjonowanie *ex post*, a nie prewencyjnie (*ex ante*). Rozporządzenie ma ułatwić instytucjom Unii wymierzenie sankcji finansowych (wstrzymanie finansowania) wbrew woli prawodawcy traktatowego uzewnętrznionej w art. 7 TUE. Konkluzji Rady Europejskiej idą jeszcze dalej w rozwijaniu koncepcji *ex ante* i już w jawny sposób odrywają praworządność od ochrony interesów finansowych Unii, poprzez wskazanie praworządności w odrębnej jednostce redakcyjnej (pkt A24 akapit drugi zd. drugie konkluzji i pkt 22 akapit drugi. zd. drugie załącznika do konkluzji).

Zasadę „rule of law” projekt rozporządzenia (w art. 2 lit. a) ujmuje w następującą definicję legalną: „«praworządność» [ang. „the rule of law”] odnosi się do wartości Unii wpisanych do art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej, do których

⁹ Poprawki przyjęte przez Parlament Europejski w dniu 17.01.2019 r. w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony budżetu Unii w przypadku uogólnionych braków w zakresie praworządności w państwach członkowskich (COM(2018)0324 – C8–0178/2018 – 2018/0136(COD)), T8–0038/2019, poprawka 34.

¹⁰ Poprawki przyjęte przez Parlament Europejski w dniu 17.01.2019 r. w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony budżetu Unii w przypadku uogólnionych braków w zakresie praworządności w państwach członkowskich, poprawka 47.

¹¹ Już w akapicie pierwszym uzasadnienia wniosku Komisji zawierającego projekt rozporządzenia (COM(2018) 324 final), czytamy: „Jak wyjaśniono w komunikacie Komisji z lutego 2018 r. pt. «Nowe, nowoczesne wieloletnie ramy finansowe dla Unii Europejskiej, która skutecznie realizuje swoje priorytety po 2020 r.», Unia jest wspólnotą prawa i jej wartości stanowią fundament jej istnienia. Przenikają one całą strukturą prawną i instytucjonalną, a także wszystkie polityki i programy. Przestrzeganie tych wartości musi być zatem zapewnione w polityce Unii we wszystkich dziedzinach. Należy do nich także budżet UE, w przypadku którego poszanowanie podstawowych wartości jest niezbędnym warunkiem wstępnym należytego zarządzania finansami oraz skuteczności unijnego finansowania. Przestrzeganie praworządności jest ważne dla europejskich obywateli, ale także z punktu widzenia inicjatyw biznesowych, innowacji i inwestycji”.

należą: zasada legalizmu, oznaczająca przejrzysty, rozliczalny, demokratyczny i pluralistyczny proces przyjmowania aktów prawnych; pewność prawa; zakaz arbitralności w działaniu władz wykonawczych; skuteczna ochrona sądowa, w tym ochrona praw podstawowych, dokonywana przez niezależne sądy; podział władzy i równość wobec prawa”; jest to definicja autonomiczna względem wartości zapisanych w art. 2 TUE. Z kolei wg lit. b art. 2: „uogólniony brak w zakresie praworządności» oznacza szeroko rozpowszechnioną lub powtarzającą się praktykę lub zaniechanie organów publicznych albo stosowany przez nie środek, które naruszają praworządność [ang. „rule of law”]”.

W niniejszym opracowaniu, chcąc oddać istotę omawianego zagadnienia, zastosowano typologię warunkowości ustaloną ze względu na moment spełniania kryterium w stosunku do uzyskiwanego finansowania, a nie względem nakładania sankcji finansowych (lub korzyści – oprócz negatywnej warunkowości wyodrębnić można warunkowość pozytywną). Wniosek Komisji zawierający projekt rozporządzenia wielokrotnie akcentuje uruchamianie ochrony praworządności nie *ex post*, tylko *ex ante* (jak się wydaje błędnie ujmowanej w piśmiennictwie jako *ex post* – Łacny 2018, 13)¹². Odbywa się to na zasadzie warunku wstępnego (kryterium „praworządności”) samoistnie ujmowanego względem konkretnych działań finansowych Unii, co już oznacza brak rzeczywistej warunkowości – poza wskazanymi powyżej przykładami, np. w uzasadnieniu wniosku Komisji akapit drugi rozpoczyna się zdaniem: „Poszanowanie zasady praworządności pozwala zyskać przekonanie, że wydatki UE w państwach członkowskich są wystarczająco chronione”; nie wiadomo, jakie konkretnie wydatki mają być chronione. W „ocenie skutków” zawartej w tym wniosku czytamy *expressis verbis* o celu zapobiegawczym.

¹² Autorka jako kryterium czasowe przyjmuje nie moment weryfikacji (sprawdzania) uwarunkowania polegającego na przestrzeganiu określonych wymogów, tutaj praworządności, tylko moment wymierzania sankcji, przez które należy rozumieć (używając słów Autorki) „np. obowiązek zwrotu funduszy UE lub zawieszenie ich wypłaty”; albo w przypadku warunkowości pozytywnej istotny ma być moment przyznawania „dodatkowych korzyści”: „Kryterium czasu przyznawania korzyści umożliwia wyróżnianie warunkowości *ex ante* – gdy korzyść jest przyznawana przed spełnieniem wymogów [przy takim ujęciu negatywna warunkowość *ex ante* polegać miałyby na tym, że najpierw wstrzymywane jest finansowanie, a później weryfikowane są określone wymogi, np. praworządność] oraz warunkowości *ex post* – gdy najpierw są spełniane wymogi, a następnie przyznawana jest korzyść [czyli przy negatywnej warunkowości *ex post* mamy: najpierw wymogi (np. praworządność), później przyznawane jest finansowanie]. Odnosząc powyższe właściwości do omawianego w tym artykule mechanizmu warunkowości, można wskazać, że jest on stosowany *ex post*, po naruszeniu zasady praworządności przez państwo członkowskie [...]”; przeciwnie co do dychotomii warunkowość *ex ante* / warunkowość *ex post*, np. w opracowaniu Parlamentu Europejskiego (Viřá 2018, 18): „Uwarunkowania *ex ante* muszą zostać spełnione przed uzyskaniem funduszy UE [...]”; przeciwnie też w piśmiennictwie (Viřá 2017, 7, 10): „Jeżeli wymagane zachowanie ma zostać spełnione przed wypłatą środków unijnych, warunek ten ma charakter *ex ante*. [...] [...] uwarunkowania mają charakter *ex ante*, co oznacza, że z zasady należy je spełnić przed wypłatą środków finansowych UE [...]”.

W odniesieniu do abstrakcyjnej ochrony interesów finansowych UE, pomijając samoistnie ujmowaną w konkluzjach Rady Europejskiej ochronę praworządności, uprawniona jest teza głosząca, iż Rada Europejska poszła dalej niż Komisja w projekcie rozporządzenia. Komisja chciała wyciągnięcia konsekwencji finansowych jedynie z tytułu niedochowania wymogu szeroko definiowanej praworządności, zaś Rada Europejska stosowanie sankcji finansowych łączy z ochroną wszystkich innych zawartych w traktatach unijnych „zasad ogólnych”. Komisja sama wskazuje w tytule tego rozporządzenia, że dotyczy ono „uogólnionych braków w zakresie praworządności w państwach członkowskich”, ale nie na zasadzie uogólnienia jako wniosku uogólniającego wyciągniętego z konkretnych okoliczności, tylko w oparciu o luźno sformułowane kryterium.

Najbardziej kontrowersyjne regulacje projektowanego rozporządzenia, wskazane przez prezydencję austriacką, odnotowała prezydencja rumuńska (Sprawozdanie z postępów w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony budżetu Unii w przypadku uogólnionych braków w zakresie praworządności w państwach członkowskich z 24.06.2019 r., pkt 8)¹³:

1) brak związku między uogólnionym brakiem praworządności a ochroną budżetu Unii (ang. „the link between a generalised deficiency in the rule of law and the protection of the Union’s budget”) – w szczególności art. 3 projektowanego rozporządzenia;

2) stosowanie zasady odwróconej większości kwalifikowanej przy przyjmowaniu decyzji Rady w sprawie proponowanych przez Komisję sankcji („środków”) wobec danego państwa członkowskiego – art. 5 ust. 7 projektowanego rozporządzenia.

Do tego należy dodać kwestię zgodności nowej warunkowości z procedurą zawartą w art. 7 TUE, co odnotowała Rada (Służba Prawna Rady) w opinii (z 25.10.2018 r.) do projektu rozporządzenia (pkt 1¹⁴; Rada do wiadomości publicznej podała tylko część pierwszych ośmiu punktów opinii). Chodzi o dublowanie się obu procedur, co samo w sobie stanowi naruszenie prawa traktatowego przez obejście tego prawa, choćby dlatego, że procedurę ochrony praworządności jest trudnej uruchomić ze względu na wymaganą większość 4/5 w Radzie (art. 7 ust. 1 TUE) i jednomyślność w Radzie Europejskiej (art. 7 ust. 2); wstrzymanie się od głosu nie uniemożliwia podjęcia decyzji jednomyślnie.

¹³ Progress report on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of the Union’s budget in case of generalised deficiencies as regards the rule of law in the Member States, Brussels, 24 June 2019, 9499/1/19 REV 1, 2; Parlament Europejski, sesja plenarna 9.07.2020 r., *Stan zaawansowania negocjacji Rady dotyczących rozporządzenia w sprawie ochrony budżetu Unii w przypadku uogólnionych braków w zakresie praworządności w państwach członkowskich*, niemiecki minister ds. europejskich Michael Roth, godz. 15:52 (https://multimedia.europarl.europa.eu/pl/plenary-session_20200709-0900-PLenary_vd).

¹⁴ Doc. ST 13593/18: „[...] compatibility of the proposed mechanism with Article 7 of the TEU [...]”.

2. PROJEKTOWANE I OBOWIĄZUJĄCE MECHANIZMY WARUNKOWOŚCI

Projektowany przez Komisję mechanizm warunkowości narusza proklamowaną w tym projekcie rozporządzenia „pewność prawa” (art. 2 lit. a), generalnie w orzecznictwie luksemburskim dekodowaną (ang. „the principle of legal certainty”) na równi z uzasadnionymi oczekiwaniami (ang. „legitimate expectation”) – wyrok TS z 12.11.1981 r., *Meridionale Industria Salumi i in.*, sprawy połączone 212/80 do 217/80, ECLI:EU:C:1981:270, pkt 10 i przytoczone tam orzecznictwo. Zarzut naruszenia pewności prawa, powyżej już wzmiankowany (warunkowość fakultatywna), uzasadniony jest mówiąc najogólniej tym, że jak to ujmuje Trybunał Obrachunkowy – w opinii nr 1/2018 (przedstawionej na mocy art. 322 ust. 1 lit. a TFUE) w sprawie wniosku z 2.05.2018 r. dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony budżetu Unii w przypadku uogólnionych braków w zakresie praworządności w państwach członkowskich), ogłoszonej 17.08.2018 r.¹⁵ – analizowane rozporządzenie przewiduje „szeroką swobodę decyzyjną dla Komisji” (opinia Trybunału Obrachunkowego nr 1/2018, śródtytuł odnoszący się do pkt 12–16), szerszą niż w przypadku ochrony praworządności z art. 7 TUE (pkt 12 tej opinii).

Takie rozwiązanie oznacza obejście art. 7 TUE, w którym w stosowaniu procedury przewidziano udział Rady Europejskiej i to na zasadzie jednomyślności (art. 7 ust. 2), na co zwraca uwagę Trybunał Obrachunkowy w ww. opinii (pkt 15) i wymaga się (art. 7 ust. 1 zd. pierwsze TUE) większości 4/5 w Radzie, by stwierdzić istnienie wyraźnego ryzyka poważnego naruszenia wartości, o których mowa w art. 2 (na to też zwraca uwagę Trybunał Obrachunkowy, w tymże pkt 15 opinii).

Z kolei jak referuje Służba Prawna Rady, wniosek Komisji zawierający projektowane rozporządzenie nie wykazuje, w jaki sposób poszanowanie praworządności jest powiązane z należywym wykonaniem budżetu UE i ochroną interesów finansowych Unii, a zamiast tego w uzasadnieniu projektu Komisji położono nacisk na fakt, że wniosek przedstawiono dlatego, iż „«instytucje takie jak Parlament Europejski, jak również ogół społeczeństwa, zażądały od Unii podjęcia działań w celu ochrony praworządności» (podkreślenie dodane [przez Służbę Prawną Rady])” (opinia, pkt 26)¹⁶. W wyniku zastosowania art. 7 TUE może dojść do nałożenia sankcji finansowych takich samych, jak poprzez projektowany mechanizm warunkowości. „Sankcje finansowe” oznaczają wstrzymanie wypłaty środków unijnych, mogą bowiem wchodzić w skład zawieszenia niektórych praw wynikających ze stosowania Traktatów dla danego państwa członkowskiego (art. 7 ust. 3 zd. pierwsze TUE)¹⁷. Na przykład zawieszenie stosowania konkretnych prze-

¹⁵ Dz. Urz. UE C 291 z 17.08.2018, 1.

¹⁶ Doc. ST 13593/18, cytowanie za: Scheppele, Pech, Kelemen, 2018: „[...] ‘take actions to protect the rule of law’ (emphasis in original at para. 26)”.

¹⁷ Zakres kompetencji przyznanych Radzie na podstawie przepisów zawartych w art. 7 TUE jest przedmiotem licznych wypowiedzi i sporów, ale: „Powszechnie przyjmuje się, że działania

pisów jednostronnego rozporządzenia o finansowaniu, na podstawie którego do poszczególnych państw członkowskich trafiają unijne środki finansowe, na mocy art. 7 ust. 3 TUE może przynieść takie same skutki, jak „środki” (sankcje) budżetowe określone w art. 4 wniosku Komisji (opinia Służby Prawnej Rady, przyp. 19). Wcześniej w opinii tej (pkt 13) czytamy generalnie w nawiązaniu do okoliczności normatywnej polegającej na tym, że art. 7 TUE sam w sobie nie ustanawia podstawy do dalszego sprecyzowania procedury, którą reguluje: „Prawo wtórne nie może zmieniać, uzupełniać ani wywoływać skutku obchodzenia procedury przewidzianej w art. 7”¹⁸. W przeciwnym razie należy mówić także o naruszeniu wymogu spójności (jednolitości albo jedności) systemu prawa Unii (ang. „the unity or consistency of EU law”) – taką zasadę, jako egzemplifikację „ogólnej zasady pewności prawa”, wskazuje TS np. w wyroku z 26.03.2020 r., Simpson/Rada i HG/Komisja, C-542/18 RX-II i C-543/18 RX-II, ECLI:EU:C:2020:232, pkt 4; zasada spójności, w kontekście m.in. spójności działań Unii, występuje w art. 13 ust. 1 TUE. Spójność prawa w piśmiennictwie utożsamia jest też z przestrzeganiem hierarchiczności prawa i ze związaną z tym wykładnią systemową (np. Gontarski 2015, 142–143).

Według projektowanego rozporządzenia Komisja wszczynałaby procedurę warunkowości, jeśli stwierdzi, że istnieją „racjonalne przesłanki”, aby uznać, że spełnione zostały warunki określone w art. 3 tego rozporządzenia (art. 5 ust. 1). Przy tym Komisja może uwzględnić wszystkie istotne informacje wspomniane w motywie 12 wniosku – „ze wszystkich dostępnych źródeł i uznanych instytucji, w tym wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, sprawozdań Trybunału Obrachunkowego oraz konkluzji i zaleceń odpowiednich międzynarodowych organizacji i sieci, takich jak organy Rady Europy, europejska sieć sądów najwyższych oraz Europejska Sieć Rad Sądownictwa”. W związku z tym zwraca uwagę Trybunał Obrachunkowy (opinia nr 1/2018, pkt 13): „Kryteria decydujące o uruchomieniu procedury i kryteria na potrzeby oceny jakościowej nie zostały jednak jasno zdefiniowane”. Jednocześnie (pkt 14 tej opinii): „Kryteria na potrzeby wyboru środków i określenia ich zakresu również nie zostały jasno zdefiniowane”. Mówiąc bardziej szczegółowo: „Nie określono jednak żadnych precyzyjnych kryteriów na potrzeby podejmowania istotnych decyzji na poszczególnych etapach, dotyczących np. wszczęcia procedury czy wyboru i określenia zakresu środków. Tym samym nie zapewniono spójnego stosowania przepisów” (pkt 21 opinii Trybunału Obrachunkowego).

Różne kryteria proceduralne wskazane w przepisach zawartych w art. 5 rozporządzenia są na tyle niejasne, że nie umożliwią dokonania „krytycznej oceny spójnego stosowania przepisów, tak by zapewnić równe traktowanie

Rady stanowią sankcje nakładane na państwa członkowskie za naruszenie zasady praworządności” (Łacny 2018, 18; Edjaharian 2013), komentarz do art. 15, nr boczny 17 oraz 18.

¹⁸ Cytowanie za: Scheppele, Pech, Kelemen 2018: „Secondary legislation may not amend, supplement or have the effect of circumventing the procedure envisaged in Article 7 TEU”.

państw członkowskich na wypadek występowania uogólnionego braku w zakresie praworządności, który zagraża należytemu zarządzaniu finansami” (pkt 23 opinii Trybunału Obrachunkowego).

Logicznie rzecz biorąc, brak powiązania praworządności z ochroną interesów finansowych Unii w przepisach analizowanego rozporządzenia – czyli brak powiązania jednego (niespełnieniem jasnych kryteriów naruszeniowych, które powinny być bezpośrednio powiązane z celem określonego finansowania) z drugim (utrata konkretnego finansowania jako sankcja z tytułu niespełniania owych kryteriów) – sprawia, że nie sposób mówić o rzeczywistej (prawdziwej, logicznej) warunkowości jako takiej. Skłania to do sformułowania następującego zalecenia: „Trybunał zaleca, aby organy prawodawcze określiły jasne i szczegółowe kryteria pozwalające zdefiniować, co stanowi uogólniony brak w zakresie praworządności, który zagraża należytemu zarządzaniu finansami, oraz pozwalające ustalić zakres środków, zarówno w proponowanym rozporządzeniu, jak i w ewentualnych przepisach wykonawczych” (opinia Trybunału Obrachunkowego, Zalecenie nr 1). Przeciwnieństwem są „jasne kryteria” naruszeniowe – przy spełnieniu wymogu bezpośredniego powiązania tych kryteriów z celem określonego finansowania i braku ww. dyskrecjonalności przy nakładaniu sankcji finansowej – zawarte w obowiązującej procedurze warunkowości, np. w regulacjach kontroli procedury nadmiernego deficytu i zakłóceń równowagi makroekonomicznej (por. pkt 23 opinii Trybunału Obrachunkowego i teksty źródłowe wskazane tam w przyp. 1). Na przykład zgodnie z art. 126 i art. 139 TFUE (ten ostatni przepis dotyczy państw członkowskich, których walutą jest euro) oraz art. 10 rozporządzenia (WE) nr 1467/97 z 7.07.1997 r. w sprawie przyspieszenia i wyjaśnienia stosowania procedury nadmiernego deficytu¹⁹, jeśli państwo członkowskie należy do strefy euro, w stosownym przypadku Rada może wstrzymać płatności z Funduszu Spójności, a także, począwszy od okresu programowania 2014–2020, z europejskich funduszy strukturalnych i inwestycyjnych²⁰.

Wychodząc poza kwestie związane ze strefą euro zauważymy, że przykładem klauzuli zawierającej rzeczywistą warunkowość, czyli klarownego systemu warunków dających się określić *a priori* oraz powiązania jednego (naruszenia) z drugim (utrata finansowania) – jest też procedura warunkowości *ex ante* zawarta w art. 19 rozporządzenia 1303/2013 (rozporządzenie w sprawie wspólnych przepisów, zwane także rozporządzeniem ogólnym; określa zasady wdrażania funduszy unijnych w latach 2014–2020)²¹ i Załączniku XI tego rozporządzenia

¹⁹ Dz. Urz. z 1997 r. L 209, 6 ze zm.; akt ten został zmieniony na mocy rozporządzenia 1056/2005, Dz. Urz. L 174, 6.

²⁰ Trybunał Obrachunkowy, Sprawozdanie specjalne nr 10/2016, pt. „Aby skutecznie wdrożyć procedurę nadmiernego deficytu, konieczne są dalsze usprawnienia”, pkt. 24iii; por. Nowak-Far 2012, komentarz do art. 126.

²¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z 17.12.2013 r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego,

(„Warunki wstępne”). Regulacje te określają oparty na koncepcji *in concreto* jasny system warunków *ex ante*, stanowiących warunki wstępne do skutecznej realizacji konkretnego celu finansowania oraz mających bezpośredni związek z taką realizacją. Dopiero brak spełnienia jednego z jasno sformułowanych warunków wstępnych (i bezpośrednio powiązanych z interesem finansowym danego finansowania) może prowadzić do zawieszenia płatności okresowych przez Komisję. Tylko z nazwy warunek *ex ante* zawiera art. 19 ust. 5 zd. drugie *in fine* rozporządzenia 1303/2013 (warunkowość w zakresie funduszy strukturalnych i inwestycyjnych – fundusze ESI; środki z europejskich funduszy strukturalnych i inwestycyjnych są wypłacane, nawet jeśli warunki wstępne nie są spełnione); wg tego przepisu „niezrealizowanie w terminie [...] działań związanych ze spełnieniem mającego zastosowanie warunku wstępnego, który nie został spełniony w dniu złożenia stosownego programu, stanowi podstawę zawieszenia przez Komisję płatności okresowych na rzecz priorytetów danego programu, których dany warunek dotyczy”. Inne przepisy rozporządzenia 1303/2013, zawierające klauzulę warunkowości makroekonomicznej (art. 23–25, wydatkowanie funduszy powiązane z należyтым zarządzaniem makroekonomicznym, ale jest to już z nazwy – i co do *meritum* – warunkowość *ex post*, tzn. z tytułu niedostosowania się przez dane państwo członkowskie do żądania Komisji w sprawie dokonania przeglądu programów finansowania w celu wsparcia realizacji tych zaleceń). Artykuł 85 stanowi (wprowadza warunkowość *ex post*, też na zasadzie warunków egzekwowanych reaktywnie w stosunku do finansowania), że Komisja dokonuje korekt finansowych w drodze anulowania całości lub części wkładu Unii do programu i odzyskania od państwa członkowskiego, w celu wyłączenia z finansowania unijnego wydatków, które naruszają obowiązujące przepisy prawa. Zaprzeczeniem tego jest fakultatywność stosowania kryteriów mechanizmu warunkowości zawarta w art. 3 ust. 2 wersji pierwotnej projektu rozporządzenia, multiplikowana w wyniku poprawek naniesionych podczas pierwszego czytania.

Inna rzecz, że we wniosku Komisji nie próbowano wyjaśnić relacji między projektowaną warunkowością odnoszoną do „praworządności” a obowiązującą warunkowością makroekonomiczną.

Jak można podsumować, zaproponowane przez Komisję w art. 3 projektowanego rozporządzenia odniesienie do praworządności jako warunku uruchamiającego proponowany mechanizm „nie jest ani konieczne, ani wystarczające, by ustalić związek z należyтым wykonaniem budżetu UE, czego wymaga warunkowość rzeczywista [ang. „genuine conditionality”]” (opinia Służby Prawnej

Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347 z 20.12.2013 r., 320 ze zm.).

Rady, pkt 36)²². Parlament Europejski w pierwszym czytaniu poprzez wzmocnienie dyskrecjonalnych uprawnień instytucji Unii w zakresie nakładania sankcji finansowych ułomność projektu spotęgował.

3. DUBLOWANIE PROCEDUR JAKO NARUSZENIA PRAWA TRAKTATOWEGO POPRAWIE OBEJŚCIE TEGO PRAWA – W ŚWIETLE ORZECZNICTWA LUKSEMBURSKIEGO

Na pytanie, kiedy ustanowiony prawem wtórnym mechanizm warunkowości nie narusza prawa traktatowego poprzez dublowanie traktatowej procedury naruszeniowej, TS miał już okazję odpowiedzieć badając relacje dotychczas obowiązujących warunkowości z procedurą przewidzianą obecnie w art. 258 TFUE (skargowa procedura naruszeniowa). Według rozstrzygnięcia TS, takiego zarzutu naruszenia prawa traktatowego nie można stawiać, jeśli cele ustanowionej w prawie wtórnym warunkowości jako takiej i traktatowej skargowej procedury naruszeniowej są niezależne nie tylko dlatego, że zostały uregulowane w odrębnych przepisach, lecz jednocześnie są inne w tym sensie, że „służą różnym celom” („serve different aims”) – tak po raz pierwszy w wyroku z 7.02.1979 r., Francja/Komisja, sprawy połączone 15/76 i 16/76, ECLI:EU:C:1979:29, pkt 26 i n.²³; tak też postanowienie z 11.07.1996 r., An Taisec i WWF UK/Komisja,

²² Doc. ST 13593/18, cytowanie za: Mańko, Sapała 2020, 11: „The reference to the rule of law in Article 3 of the proposal as a condition for triggering the proposed mechanism is neither necessary nor sufficient to establish a link with the sound implementation of the EU budget, which is required for a genuine spending conditionality”; na „genuine conditionality” opierała się wersja pierwotna konkluzji (projekt) Rady Europejskiej, datowana na 20.07.2020 r., SN 11/20, która w załączniku *expressis verbis* nawiązywała do tej opisaną szczegółowo w ww. opinii Służby Prawnej Rady warunkowości prawdziwej i bez rozszerzania wzorca o cały art. 2 TUE: „SN 11/20, ANNEX, LIMITE, EN, [pkt] 23, [s.] 17. The further work on the mechanism will have to ensure that conditionality under the regime will be genuine; the aim will be to tackle instances of deficiencies which affect or risk affecting the sound implementation of the EU budget or the financial interests of the Union in a sufficiently direct way. The instances of deficiencies will be identified with clear and sufficiently precise criteria” (<https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2020/07/sn00011.en20.pdf>) – to po pierwsze, a po drugie, ta wersja konkluzji Rady Europejskiej (projekt z 20.07.2020 r.) w pkt 24A egzekwowanie warunkowości (jako stosowanie prawa) powierzała trzem instytucjom, poza Komisją i Radą, także Trybunałowi Obrachunkowemu.

²³ TS w wyroku sprawach połączonych Francja/Komisji 15 i 16/76 scharakteryzował różnice między statuowaną prawem wtórnym procedurą rozliczania rachunków (ang. „procedure for clearance of accounts”; jest to rodzaj warunkowości w rozumieniu utrwalonej praktyki wspólnotowej) a traktatową skargą na uchybienie zobowiązaniu traktatowemu ciążącemu na państwie członkowskim (obecnie art. 258 TFUE) i uznał, że obie procedury są od siebie niezależne, ponieważ „służą różnym celom i podlegają odmiennym zasadom (ang. „serve different aims and are subject to different rules”) (pkt 26); skargi dotyczące niewypełnienia zobowiązań traktatowych są wnoszone w celu uzyskania rozstrzygnięcia, że zachowanie państwa członkowskiego narusza prawo wspólnotowe oraz w celu zaprzestania tego postępowania (pkt 27), co oznacza, iż procedura ta jest

C-325/94 P, ECLI:EU:C:1996:293, pkt 25 i przytoczone tam orzecznictwo; wyrok z 11.01.2001 r., Grecja/Komisja, C247/98, ECLI:EU:C:2001:4, pkt 13 i przytoczone tam orzecznictwo. W oparciu o te judykaty Służba Prawna Rady w ww. opinii zwraca uwagę na niewykazanie przez Komisję w wystarczającym stopniu związku między praworządnością i koniecznością zawieszania środków budżetowych (Taborowski 2019, Część druga, podrozdział „8. Relacja do pozostałych mechanizmów ochrony praworządności” i orzecznictwo przytoczone w przyp. 233; pkt 16 opinii Służby Prawnej Rady, Doc. ST 13593/18, przyp. 11); istnieją dwa opracowania odnoszące się do tej opinii Służby Prawnej Rady – jedno, które do krytycznej opinii Służby Prawnej (krytyka w tej opinii sformułowana jest z punktu widzenia zgodności z prawem traktatowym omawianego projektu rozporządzenia) odnosi się w tym sensie arbitralnie, że pomija okoliczność polegającą na tym, że argumentacja Służby Prawnej oparta została na utrwalonym orzecznictwie luksemburskim²⁴ – i drugie opracowanie, które przytacza za Służbą Prawną Rady orzecznictwo, ale opracowanie to w interesującym nas zakresie jest przyczynkarskie (zdawkowe; Taborowski 2019, Część druga, podrozdział „8. Relacja do pozostałych mechanizmów ochrony praworządności”).

Przytaczając pkt 81 z tego ostatniego orzeczenia, Sąd UE w wyroku z 17.12.2019 r., Polska/Komisja, T21/18, ECLI:EU:T:2019:865, pkt 83 – sformułował następujący cel wszelkich unijnych rozporządzeń finansowych oraz standardy warunkowości wskazując zasadę lojalnej współpracy (art. 4 ust. 3 TUE) jako podstawę traktatową tego celu i wymogów interesującej nas warunkowości, tj. warunkowości odnoszonej do wydatkowania: „Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w świetle zasady lojalnej współpracy ustanowionej w art. 4 ust. 3 TUE państwa członkowskie mają obowiązek, w odniesieniu do wydatków obciążających budżet Unii, zorganizowania skutecznego systemu kontroli administracyjnych i kontroli na miejscu pozwalających na zapewnienie, że wszystkie warunki materialne i formalne zostaną prawidłowo spełnione” – stwierdził Sąd UE, po czym z jednej strony zauważył: „Ponadto na państwach członkowskich spoczywa ogólny obowiązek podjęcia niezbędnych środków celem upewnienia się, czy operacje

zasadniczo skierowana w przyszłość, aby położyć kres lub zapobiec powtórzeniu się bezprawnych zachowań. Z kolei procedura rozliczenia rachunków ma na celu nie tylko sprawdzenie, czy wydatki zostały rzeczywiście i prawidłowo poniesione, ale także, czy ciężar finansowania Wspólnej Polityki Rolnej jest prawidłowo rozłożony między państw członkowskie i Wspólnotę, a w tym względzie Komisja, w przeciwieństwie do skargi, nie ma uprawnień dyskrecyjnych w zakresie odstępstw od obowiązujących przepisów obowiązkowych (pkt 28); „procedura ta odnosi się zatem zasadniczo do przeszłości, umożliwiając nadanie skutku konsekwencjom finansowym naruszeń prawa wspólnotowego, których dopuściły się państwa członkowskie przy stosowaniu przez nie przepisów Wspólnej Polityki Rolnej” – na co zwraca uwagę odnosząca się do tego wyroku por. opinia rzecznika generalnego Vilaça przedstawiona 12.11.1987 r. w sprawie Dania/Komisja, 349/85, ECLI:EU:C:1987:487, pkt 141.

²⁴ Arbitralne podejście do opinii Służby Prawnej Rady, bez przytoczenia orzecznictwa wskazanego w tej opinii zob. Scheppele, Pech, Kelemen 2018.

finansowane przez [...] są prawidłowe”, a z drugiej strony, sformułował obowiązek „zapobiegania nieprawidłowościom i prowadzenia postępowań w ich sprawie oraz odzyskania kwot utraconych wskutek nieprawidłowości lub zaniedbań nawet w przypadkach, gdy akt prawa Unii nie przewiduje wyraźnie przyjęcia takiego czy innego środka kontroli”.

W świetle utrwalonego orzecznictwa luksemburskiego nie można mówić o wzajemnej niezależności procedury traktatowej z art. 7 TUE i nowej procedury warunkowości, która miałaby zostać ustanowiona prawem wtórnym, jeśli dostrzeżemy dwa następujące cele procedur warunkowości postulowanych w konkluzjach Rady Europejskiej oraz w projektowanym rozporządzeniu (w projekcie rozporządzenia ten podział na poniżej wskazane dwa cele jest zawoalowany), z których to procedur obie w określony sposób pokrywają się z celem art. 7 TUE:

1) ochrona interesów finansowych Unii zgodnie z ogólnymi zasadami zawartymi w Traktatach Unii, w szczególności zgodnie z wartościami zapisanymi w art. 2 TUE (pkt A24 akapit pierwszy i akapit drugi zd. pierwsze konkluzji oraz pkt 22 akapit pierwszy i akapit drugi zd. pierwsze, a także pkt 23 załącznika do konkluzji); projektowane rozporządzenie ochronę należytego zarządzania finansami (art. 317 TFUE) zakłada w preambule, motyw 4, co znajduje odzwierciedlenie w przepisach zawartych w art. 3 ust. 1 – oba te rozwiązania oparte są na połączeniu praworządności z finansami sformułowanym *in abstracto*, a nie *in concreto*, jak tego wymaga rzeczywistość (wynikająca chociażby z definicji słownikowej) warunkowości, oddawanej w orzecznictwie TS dotyczącym ww. statutowanej prawem wtórnym procedury rozliczania rachunków (ang. „procedure for clearance of accounts”);

2) ochrona praworządności (pkt A24 akapit drugi zd. drugie konkluzji oraz pkt 22 akapit drugi zd. drugie załącznika do konkluzji); projektowane rozporządzenie jako samoistny cel ochronę praworządności wskazuje w szczególności w preambule, (motywy: 1, 2, 3, 8), co z kolei odzwierciedlone zostaje w ust. 2 art. 3.

Co prawda motywy 5, 6, 9 i 10 – zauważa Służba Prawna Rady (opinia, pkt 27) – odnoszą się do związku między poszanowaniem praworządności „a skutecznym wykonywaniem budżetu Unii, do ochrony interesów finansowych Unii oraz do przestrzegania zasady należytego zarządzania finansami”, jednak zdaniem Służby Prawnej Rady twierdzenie to nie zostało ani wyjaśnione, ani jego prawdziwość nie została dowiedziona²⁵.

Jak powyżej zauważono, kryteria warunkowości jakiegokolwiek rozporządzenia finansowego (czy innego rodzaju aktu prawnego w znaczeniu źródła prawa) w odniesieniu do zarzucanego naruszenia muszą być nie tylko jasno wyrażone

²⁵ Doc. ST 13593/18, cytowanie za: Scheppele, Pech, Kelemen 2018: „[...] CLS argued that the Commission had not demonstrated that there was any link between compliance with the rule of law and «an efficient implementation of the Union budget, preservation of the financial interests of the Union and compliance with principles of sound financial management»”.

przez prawodawcę, ale skoro mowa o warunkowości, czyli o porównywaniu jednego z drugim, to kryteria te mają jednocześnie spełniać wymóg bezpośredniego powiązania z celem określonego finansowania, jeśli warunkowość rzeczywiście chronić ma finanse. Na takiej zasadzie już obecnie obowiązujące przepisy pochodnego prawa Unii pozwalają stosować warunkowość (wskazuje się np. art. 74 ust. 3 i art. 142 ust. 1 lit. a rozporządzenia ogólnego nr 1303/2013 w zw. z art. 19 ust. 1 TUE i art. 47 Karty). W piśmiennictwie sygnalizującym to zagadnienie stosuje się podejście selektywne pomijając, że przepisy rozporządzenia 1303/2013 operują rzeczywistą warunkowością obligatoryjną, a więc warunkowością pozbawioną dyskrecjonalności (fakultatywności) przy stosowaniu kryteriów warunkowości i formułowaną *in concreto*; ten drugi wymóg oznacza warunkowość opartą na sprecyzowanych przesłankach prawnomaterialnych, także co do kryterium praworządności w kontekście prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu (art. 47 akapit drugi Karty), jak i co do samego finansowania (np. wymóg wskazania konkretnego programu operacyjnego)²⁶. O selektywności tego podejścia świadczy także to, że autorzy na przytoczenie swoich tez wskazują oparty jednak na koncepcji *in concreto* wyrok TS z 17.09.2014 r., Liivimaa Lihaveis, C-562/12, ECLI:EU:C:2014:2229, pkt 67–75, wydany w odniesieniu do przepisów rozporządzenia 1083/2006²⁷ (naruszenie art. 47 Karty poprzez stosowanie regulacji krajowej w sposób nieprzewidujący prawa dostępu do sądu w przypadku wydania decyzji administracyjnej odmawiającej finansowania z funduszy Unii; decyzja odrzucająca wniosek o dofinansowanie nie podlega zaskarżeniu do sądu – sentencja, pkt 3).

Konieczne jest podejście *in concreto*, czyli skonkretyzowane powiązanie między uchybieniem a konkretną operacją, której finansowanie zawiesza się; aby można było mówić o warunkowości rzeczywistej (niearbitralnej) ustanowione w niej wymogi przestrzegania określonych kryteriów mają być przedmiotowo związane z funduszami UE. Orzecznictwo luksemburskie w tym kontekście operuje zwrotem „wystarczająco bezpośredni związek” – wyrok Sądu UE z 19.04.2013 r., Włochy/Komisja, sprawy połączone T-99/09 i T-308/09, ECLI:EU:T:2013:200 (utrzymany w mocy wyrokiem TS z 6.11.2014 r., C385/13 P, ECLI:EU:C:2014:2350), pkt 53: „Brzmienie, kontekst prawny, cel i geneza odnośnych przepisów wskazują zatem wyraźnie, że aby uzasadnić stwierdzenie, że płatności czasowe nie mogą zostać zaakceptowane ze względu na toczące się postępowanie w sprawie naruszenia, wystarczy, aby Komisja wykazała, iż przedmiot tego postępowania pozostaje

²⁶ Podejście selektywne np. Scheppele, Kelemen 2020, 442–443 oraz przytoczone tam piśmiennictwo i orzecznictwo luksemburskie; Kelemen, Scheppele 2018 oraz przytoczone tam piśmiennictwo i orzecznictwo luksemburskie.

²⁷ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 z 11.07.2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz.U. 2006, L 210, 25, uchylone i zastąpione rozporządzeniem 1303/2013.

w wystarczająco bezpośrednim związku ze ‘środkiem’, w którego zakres wchodzi ‘działania’, których dotyczy dany wniosek o płatność”. I dalej ten wyrok (pkt 55): „Wobec tego należy zbadać, czy w niniejszym wypadku Komisja właściwie oceniła istnienie wystarczająco bezpośredniego związku pomiędzy przedmiotem postępowania w sprawie naruszenia [...] i przedmiotem środka [...] od którego zależały wnioski o płatności uznane za niedopuszczalne”.

Mówimy o „wystarczająco bezpośrednim związku” (fr. „*lien suffisamment direct*”; zwrot ten stosunkowo często występuje w orzecznictwie luksemburskim w rozmaitym kontekście) – a nie o ryzyku wystąpienia tego związku, tak jak to ma miejsce w art. 3 ust. 1 in pr. projektowanego rozporządzenia zawierającym zwrot „*risks affecting*” – ryzyko polegające na tym, że naruszenie kryterium praworządności może wpływać na należyte zarządzanie finansami i ochronę interesów finansowych UE, chociaż ten wpływ nie musi mieć miejsca. O takim związku („wystarczająco bezpośrednim związku”) i to o związku realnym (a nie o ryzyku wystąpienia tego związku), czytamy w pkt 100 ww. wyroku TS w sprawie C385/13 P (wydany w reakcji na odwołanie złożone od powyżej cytowanego wyroku Sąd T-99/09; dostępna jest tylko włoska i francuska urzędowa wersja językowa) – Komisja przekonała Trybunał przedstawieniem niepodważalnego dowodu „istnienia [fr. „*l’existence*”] wystarczająco bezpośredniego związku między przedmiotem postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego [...] a przedmiotem wniosków o płatności uznanych za niedopuszczalne, zaś związek ten sam w sobie uzasadnia zastosowanie art. 32 ust. 3 akapit pierwszy lit. f i akapit drugi rozporządzenia nr 1260/1999”²⁸. Dowodem na brak owego „bezpośredniego związku” jest np. art. 4 ust. 3 projektowanego rozporządzenia, w myśl którego przyjęte środki (sankcje finansowe) są proporcjonalne do charakteru, powagi i zakresu uogólnionego braku w zakresie praworządności, lecz nie do powagi faktycznych, czy nawet potencjalnych konsekwencji dla budżetu Unii – co przeczy tezie o „ściśłym i znaczącym powiązaniu” zawartej w materiałach Parlamentu Europejskiego dotyczących teorii (istoty) warunkowości i praktyki legislacyjnej UE („warunkowość musi mieć ściśle i znaczące powiązanie z wydatkami”)²⁹.

Proponowany mechanizm warunkowości nie ustanawia prawdziwego (rzeczywistego) związku między sankcjami, które mają zostać przyjęte a ochroną finansów (budżetu), ale służyć ma nałożeniu sankcji z tytułu naruszenia praworządności jako takiej, tak samo, jak to ma miejsce na mocy procedury ustanowionej w art. 7 ust. 3 TUE. Odnośne cele i konsekwencje obu procedur nie są właściwie oddzielone i mogą się ze sobą pokrywać. Systemu warunkowości przewidzianego we wniosku Komisji „nie można uznać za niezależny lub autonomiczny

²⁸ Chodzi o rozporządzenie Rady (WE) nr 1260/1999 z 21.06.1999 r. ustanawiające przepisy ogólne w sprawie funduszy strukturalnych (Dz.U. L 161, 1).

²⁹ „Finally, there is growing consensus that conditionality must have a close and meaningful link to spending” (Viřá 2018, 20).

od procedury określonej w art. 7, gdyż jego odnośne cele i konsekwencje nie są właściwie oddzielone i mogą się ze sobą pokrywać” – konkluduje w swojej opinii Służba Prawna Rady³⁰.

4. PRZESTRZEGANIE „PRAWORZĄDNOŚCI” WARUNKIEM KONIECZNYM WYPŁATY TAKŻE ŚRODKÓW FINANSOWYCH ZAWARTYCH W INSTRUMENCIE *NEXT GENERATION EU* – PKT 22 I PKT 23 ZAŁĄCZNIKA DO KONKLUZJI RADY EUROPEJSKIEJ

Załącznik do konkluzji Rady Europejskiej łączy ochronę interesów finansowych UE nie tylko z zasadą praworządności, lecz także z innymi ogólnymi zasadami zawartymi w Traktatach Unii, w szczególności zgodnie z wartościami zapisanymi w art. 2 TUE i w stosunku do samych konkluzji rozszerza nowy system warunkowości na instrument *Next Generation EU* (pkt 22 akapit pierwszy załącznika do konkluzji Rady Europejskiej). Z kolei w akapicie drugim pkt 22 załącznika do konkluzji, tak jak w konkluzjach, w dwóch oddzielnych zdaniach odniesiono się do: ochrony interesów finansowych UE i odrębnie do poszanowania praworządności. Na pytanie o sankcje z tytułu nieprzestrzegania praworządności odpowiedź pada w pkt 23 akapit pierwszy załącznika do konkluzji (nawiązujący do pkt 22 załącznika do konkluzji): „Na tej podstawie zostanie wprowadzony system warunkowości w celu ochrony budżetu i instrumentu *Next Generation EU*. W tym kontekście Komisja proponuje środki w przypadku naruszeń przyjmowane przez Radę większością kwalifikowaną”.

Wieloletnie ramy finansowe i wieloletni instrument odbudowy oparte są prawnie na tym samym akcie, tj. na decyzji o zasobach własnych Unii. Według pkt 5 konkluzji Rady Europejskiej, Komisja przy organizowaniu *Next Generation EU* zostanie uprawniona – na mocy decyzji w sprawie zasobów własnych – do zaciągnięcia w imieniu Unii pożyczek na rynkach kapitałowych do wysokości 750 mld EUR w cenach z 2018 r. Oznacza to, że implementacja konkluzji Rady Europejskiej w zakresie instrumentu odbudowy wymaga ratyfikacji w państwach członkowskich. Bez tej ratyfikacji instrument odbudowy nie będzie działać. Konieczne będzie stosowanie przepisów, o których mowa w art. 311 TFUE akapit trzeci zd. pierwsze TFUE, w odniesieniu do których Rada, stanowiąc zgodnie ze specjalną procedurą ustawodawczą, jednomyślnie i po konsultacji z Parlamentem Europejskim, przyjmuje decyzję określającą przepisy mające zastosowanie do systemu zasobów własnych Unii – oraz po ratyfikacji w państwach członkowskich (zd. trzecie akapit trzeci art. 311), co decyzję w sprawie zasobów własnych

³⁰ Doc. ST 13593/18, cytowanie za: Scheppele, Pech, Kelemen 2018: „cannot be regarded as independent or autonomous from the procedure laid down in Article 7 TEU”; Mańko, Sapała 2020, 11.

Unii upodabnia do prawa pierwotnego (por. uwagi na kanwie art. 269 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, Inghelram 2008, 379).

Obowiązująca decyzja Rady z 26.05.2014 r. w sprawie systemu zasobów własnych Unii Europejskiej,³¹ dotycząca perspektywy 2014–2020, stosowana będzie do czasu, aż zostanie uchylona przez nową decyzję i ta nowa decyzja obowiązywać będzie z datą wsteczną, jeśli np. ze względu na proces ratyfikacji w państwach członkowskich wejdzie w życie po 1 stycznia 2021 r. Polska dokonała ratyfikacji tej decyzji ustawą z 9.04.2015 r.³² Decyzja ta, zgodnie z jej art. 11 akapit trzeci, weszła w życie w stosunku do wszystkich stron, w tym w stosunku do Polski, 1.10.2016 r., a więc z prawie dwuletnim opóźnieniem (zgodnie z art. 11 akapit czwarty decyzji stosuje się ją od 1.01.2014 r.). Retroakcja jest cechą charakterystyczną unijnych regulacji finansowych, np. art. 312 ust. 4 TFUE (rozporządzenie ustanawiające nowe wieloletnie ramy finansowe) albo obowiązujące rozporządzenie wykonawcze budżetu rocznego z 18.07.2018 r.³³, o którym mowa w art. 322 ust. 1 TFUE, stosuje się od 2.08.2018 r., ale wg motywu 222 tego rozporządzenia, w celu zapewnienia, aby cały okres programowania podlegał spójnemu zbiorowi zasad, konieczne jest, aby niektóre zmiany do tych rozporządzeń miały zastosowanie od 1.01.2014 r. – przy zastrzeżeniu: przewidując stosowanie tych zmian z mocą wsteczną, uwzględnia się uzasadnione oczekiwania. Ewentualne zawetowanie przez któreś z państw członkowskich, niezadowolonych z prac nad nową warunkowością, obecnie projektowanej decyzji Rady w sprawie systemu zasobów własnych Unii Europejskiej pozwoli przyjąć budżet (bez instrumentu *Next Generation*).

Przypomnijmy, że obecnie praktykowany model finansowania Unii Europejskiej opiera się na wprowadzeniu budżetu ogólnego, jako przeciwieństwa budżetów instytucji europejskich, które początkowo stanowiły odrębne dziedziny integracji (Żukrowska 2009, 56). Powstawanie budżetu ogólnego opiera się na budżecie wieloletnim (wyodrębnianym obok budżetu właściwego, tzn. budżetu rocznego), określanego mianem wieloletnich ram (perspektyw) finansowych (WRF). Wieloletnie ramy finansowe stanowią narzędzie służące programowaniu finansowemu i zapewnianiu dyscypliny budżetowej, która ma na celu zagwarantowanie, aby wydatki Unii były przewidywalne i utrzymywały się w uzgodnionych granicach. Z Ramami tymi ma być zgodny budżet roczny (art. 312 ust. 1 akapit trzeci TFUE). Jednak bez nowych WRF finansowanie w Unii odbywać się może w oparciu o budżet właściwy, a nawet w oparciu o prowizorium przewidziane

³¹ Dz. Urz. UE L 168 z 7.06.2014 r., 105.

³² Ustawa z 9.04.2015 r. o ratyfikacji decyzji Rady z 26.05.2014 r. w sprawie systemu zasobów własnych Unii Europejskiej (2014/335/UE, Euratom), Dz.U. poz. 764.

³³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) 2018/1046 z 18.07.2018 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii, zmieniające rozporządzenia (UE) nr 1296/2013, (UE) nr 1301/2013, (UE) nr 1303/2013, (UE) nr 1304/2013, (UE) nr 1309/2013, (UE) nr 1316/2013, (UE) nr 223/2014 i (UE) nr 283/2014 oraz decyzję nr 541/2014/UE, a także uchylające rozporządzenie (UE, Euratom) nr 966/2012, (Dz.U. L 193 z 30.07.2018, 1).

w art. 315 TFUE, jeśli daje o sobie znać przeszkoda w osiągnięciu politycznego porozumienia dotyczącego budżetu (rocznego), czyli gdy na początku roku budżetowego budżet nie jest jeszcze przyjęty, co miało miejsce w przeszłości (np. budżety na lata 1980, 1985, 1986, 1988, które uchwalono z opóźnieniem, wprowadzając prowizorium budżetowe na okresy od pięciu do sześciu miesięcy); odpowiednikiem art. 315 TFUE w odniesieniu do WRF jest art. 312 ust. 4 TFUE, czyli poprzednie WRF są podstawą rozwiązania przejściowego tak, jak plan budżetowy poprzedniego roku budżetowego względem wyjątkowego budżetu określonego w art. 315 akapit pierwszy TFUE (Waldhoff 2016, komentarz do art. 312 TFUE, nr boczny 6).

Rozwiązanie legislacyjne oparte na jednomyślności w Radzie i ratyfikacji w państwach członkowskich daje państwom prawo podwójnego weta – pierwszy raz, gdy państwa działają poprzez Radę; dwa – bezpośrednio, w związku z wymogiem ratyfikacji. Z tego można wyprowadzić zakaz przyjmowania rozporządzenia zawierającego procedurę warunkowości w zwykłej procedurze (kwalifikowaną większością w Radzie, co zakłada projekt Komisji), skoro procedura ta ma odnosić się także do instrumentu *Next Generation EU*.

5. ODWRÓCONA WIĘKSZOŚĆ KWALIFIKOWANA

Załącznik do konkluzji Rady Europejskiej, inaczej niż zaprojektowane przez Komisję rozporządzenie o nowym mechanizmie warunkowości (art. 5 ust. 7 rozporządzenia), posługuje się pojęciem kwalifikowanej większości (pkt 23 akapit pierwszy zd. drugie załącznika do konkluzji), a nie odwróconej większości kwalifikowanej (projekt rozporządzenia). W myśl obu rozwiązań Komisja proponuje środki (konsekwencje prawne w postaci wstrzymania finansowania) przyjmowane przez Radę (uprawnienie wykonawcze w znaczeniu stosowania prawa). Według projektu rozporządzenia decyzję proponowaną przez Komisję uznaje się automatycznie za przyjętą, jeśli państwo członkowskie, którego decyzja dotyczy, nie zdoła uzyskać w Radzie kwalifikowanej większości do odrzucenia proponowanej przez Komisję decyzji; odwróconą większością kwalifikowaną nazywa się „pół-automatyzmem” (Kranz, Wyrozumska 2012 i akta unijnego prawa pochodnego wskazane w przyp. 28). Odwrócona zasada głosowania większością kwalifikowaną została wprowadzona do paktu fiskalnego w art. 7 zd. drugie (Traktatu o stabilności, koordynacji i zarządzaniu w Unii Gospodarczej i Walutowej)³⁴ i uznawana jest za regulację wywołującą „największe wątpliwości prawne” w tym pakcie³⁵,

³⁴ Dz.U. z 2013 r. poz. 1258.

³⁵ Tak np. Herma 2012, 51; Eysymontt 2014, 110: „Art. 7 paktu fiskalnego wprowadza więc modyfikację art. 126 [...] ze względu na zmniejszenie roli Rady [...], a zatem stanowi obejście procedury zmiany TFUE w zakresie m.in. ust. 6, 9 i 11 art. 126 TFUE, przewidzianej w art. 48 TFUE i w konsekwencji stanowi naruszenie zasady lojalnej współpracy”.

choć przepis ten adresowany jest nie do instytucji Unii, tylko do państw stron paktu. Mimo to w opracowaniach wydawałoby się naukowych dotyczących omawianego projektu rozporządzenia ta odwrócona metoda głosowania jest ujmowana bez szerszego kontekstu systemowego³⁶ lub wręcz pomijana jest kwestia legalności tej procedury (Poździk 2018, 4 i n.).

Natomiast zaproponowana w załączniku do konkluzji Rady Europejskiej „zwykła” kwalifikowana większość Rady (zdefiniowana w art. 238 ust. 3 lit. a zd. pierwsze TFUE) oznacza, że do odrzucenia proponowanych przez Komisję sankcji finansowych wobec danego państwa członkowskiego wystarczy mniejszość blokująca (art. 238 ust. 3 lit. a zd. drugie TFUE), np. wystarczy do odrzucenia sankcji wymierzonych w Polskę, aby Polska przekonała trzy inne państwa, które wraz z Polską reprezentują 35 proc. populacji UE. W przypadku odwróconej większości kwalifikowanej Polska musiałaby przekonać 55 proc. państw członkowskich (praktycznie jest to szesnaście państw) reprezentujących 65 proc. populacji Unii. Mało tego, w odniesieniu do kwalifikowanej większości państwo wstrzymujące się od głosu jest traktowane jako państwo głosujące przeciw (przeciw projektowi decyzji przedstawionej przez Komisję). Wystarczy, aby państwo zagrożone sankcjami przekonało inne państwa do samego wstrzymania się; zaś przy odwróconej większości kwalifikowanej i głos wstrzymujący się jest liczony jako głos przeciw odrzuceniu decyzji Komisji.

Legalność odwróconej większości należy rozważyć też w zw. z art. 291 ust. 2 TFUE ustanawiającym kompetencje wykonawcze Rady. Przepis ten ustanawia ramy prawne, zgodnie z którymi unijny prawodawca w aktach prawa wtórnego może powierzyć Radzie uprawnienie wykonawcze. Jednak przeciwko wprowadzaniu uprawnień wykonawczych Rady – w ramach stanowienia jednolitych warunków wykonywania prawnie wiążących aktów Unii na podstawie art. 291 ust. 2 TFUE – do wydawania „aktu, który ustanawia uprawnienie do nakładania grzywien na państwo członkowskie” wypowiedział się TS (biorąc pod uwagę specyfikę tej regulacji traktatowej) w wyroku z 20.12.2017 r., Hiszpania/Rada, C-521/15, ECLI:EU:C:2017:982, pkt 48–49³⁷. Jak wynika z tego orzeczenia, pojęcie

³⁶ Zob. Łacny 2018, 21: „[...] należy wskazać, że zaproponowany w projekcie rozporządzenia sposób głosowania przez Radę odwróconą kwalifikowaną większością głosów w sprawie zawieszenia funduszy UE zasadniczo nie jest zgodny z traktatowym wymogiem podejmowania tego rodzaju decyzji przez Radę kwalifikowaną większością głosów (art. 7 ust. 3 TUE)”.

³⁷ Wyrok TS w sprawie Hiszpania/Rada, C-521/15, pkt 48–49: „[...] art. 291 ust. 2 TFUE dotyczy jedynie prawnie wiążących aktów Unii, które co do zasady nadają się do wprowadzenia w życie przez państwa członkowskie tak jak akty, do których odnosi się art. 291 ust. 1 TFUE, lecz które w przeciwieństwie do nich muszą z określonego powodu zostać wykonane za pośrednictwem środków przyjętych nie przez poszczególne zainteresowane państwa członkowskie, lecz przez Komisję i Radę w celu zapewnienia ich jednolitego stosowania w Unii. Tymczasem w oczywisty sposób nie jest tak w przypadku aktu, który ustanawia uprawnienie do nakładania grzywien na państwo członkowskie. Taki akt w żaden sposób nie nadaje się bowiem do wprowadzenia w życie przez same państwa członkowskie, ponieważ takie wprowadzenie w życie implikuje przyjęcie środka

„decyzji” wydawanej przez Radę na podstawie art. 291 ust. 2 TFUE odnosi się zarówno do pojęcia stanowienia prawa (odnosi się do aktów generalnych i abstrakcyjnych), jak i do aktów indywidualno-konkretnych (do stosowania prawa). „Jednolite wdrażanie” (o którym mowa w tym przepisie) danego aktu prawa (w znaczeniu źródła prawa, czyli aktu legislacyjnego) samo w sobie uzasadniać może nadanie Radzie uprawnienia do przyjmowania decyzji jednostkowych – akt stosowania, tj. mówiąc w skrócie subsumpcja jako istota stosowania prawa, polegająca na zestawieniu stanu faktycznego i prawnego (por. np. Ziemiński 1997, 226–227), a nie stanowienia prawa – o nałożeniu sankcji finansowych na dane państwo członkowskie. Tak traktuje o tym np. motyw 25 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1173/2011 z 16.11.2011 r. w sprawie skutecznego egzekwowania nadzoru budżetowego w strefie euro³⁸. Artykuł 8 rzeczonego rozporządzenia, zatytułowany „Sankcje za manipulowanie danymi statystycznymi”, przewiduje w ust. 1 in pr.: „Rada, stanowiąc na zalecenie Komisji, może zdecydować o nałożeniu grzywny na państwo członkowskie [...]”. Na tym polega hybrydalne podejście do pojęcia „akty prawa”, co dotyczy może decyzji i rozporządzeń w rozumieniu art. 288 TFUE (por. Kurcz 2012, komentarz do art. 288, teza 288.1.1.).

Artykuł 5 ust. 8 projektowanego rozporządzenia: „Rada, stanowiąc [ang. „acting”] większością kwalifikowaną, może zmienić wniosek Komisji i przyjmując zmieniony tekst jako decyzję Rady”. Określenia typu „stanowiąc” lub „przyjmuje” w systemie Unii mają znaczenie autonomiczne i w języku angielskim oznaczają po prostu „działanie”, które w odniesieniu do Rady co do zasady jest legislacją (art. 16 ust. 1), zaś co do wyjątku subsumpcją. Do obu postaci tego „działania” („stanowienia”) odnosi się art. 16 ust. 3 TUE. Innego generalnego przepisu traktatowego mówiącego o procedurze głosowania przez Radę nie ma, a w myśl art. 13 ust. 2 zd. pierwsze TUE, każda instytucja działa w granicach uprawnień przyznanych jej na mocy Traktatów, zgodnie z procedurami, na warunkach i w celach w nich określonych, zaś zdanie drugie tego przepisu stanowi, że instytucje lojalnie ze sobą współpracują.

Zaproponowana przez Komisję, w projekcie rozporządzenia zawierającym nowy mechanizm warunkowości, odwrócona większość kwalifikowana wydaje się pozostawać w sprzeczności z art. 16 ust. 3 TUE („o ile Traktaty nie stanowią inaczej, Rada stanowi [ang. „shall act” – jako działanie] większością kwalifikowaną”). Już naruszeniem tego przepisu poprzez obejście zawartego w nim prawa byłoby np. stwierdzenie, że art. 16 ust. 3 TUE, ponieważ odnosi się do procedury stanowienia prawa, nie znajduje zastosowania do stosowania prawa, czyli do uprawnień wykonawczych Rady ujmowanych jako akt subsumpcji (takie podejście jest możliwe, jeśli nie posłużymy się pojęciami autonomicznymi prawa Unii,

przymusu w stosunku do jednego z nich”; orzeczenie to rozstrzyga kwestię ważności decyzji Rady (UE) 2015/1289 z 13.07.2015 r. w sprawie nałożenia na Hiszpanię grzywny za manipulowanie danymi dotyczącymi deficytu we Wspólnocie Autonomicznej Walencji (Dz.U. 2015, L 198, 19).

³⁸ Dz.U. 2011, L 306, 1.

trafnie oddawanymi w warstwie leksykalnej w języku angielskim). Wtedy Rada najpierw jako instytucja prawodawcza stanowiłaby prawo pochodne wg procedury wymaganej traktatem (kwalifikowaną większością), a następnie w ramach tego stanowienia przyjąłaby dla siebie procedurę wykonawczą (w rozumieniu stosowania tego prawa) obcą prawu pierwotnemu, pozwalającą „działać” („stanowić”) odwróconą większością kwalifikowaną. W tym kontekście stwierdzimy, że art. 5 ust. 1 w zw. z art. 13 ust. 2 TUE nakazuje odnieść zasadę przyznania do podziału kompetencji między instytucjami Unii.

Dodajmy, iż TFUE na zasadzie wyjątku w art. 136 ust. 3 (dodany 1.05.2013 r.)³⁹ – zawierającym postanowienia szczególne dla państw członkowskich (mechanizm stabilności), których walutą jest euro (dotyczy rygorystycznych warunków udzielania pomocy finansowej w ramach mechanizmu stabilności) – dopuszcza (w zdaniu drugim) odwróconą większość kwalifikowaną, ale jako kompetencję adresowaną nie do instytucji Unii, lecz wyłącznie do państw członkowskich. W sumie art. 136 ust. 3 TFUE legalizuje art. 7 zd. drugie paktu fiskalnego, skoro art. 2 ust. 2 zd. pierwsze tego paktu zawiera deklarację zgodności z Traktatami stanowiącymi podstawę UE.

Biorąc pod uwagę hybrydalny charakter unijnych aktów prawa, w interesującym nas zakresie należy przytoczyć wyrok TS z 6.05.2008 r., Parlament Europejski/Rada, C-133/06, ECLI:EU:C:2008:257, pkt 56: „Uznanie, że instytucja ma możliwość wprowadzania wtórnych podstaw prawnych – niezależnie od tego, czy zmierzałyby one do usztywnienia, czy też złagodzenia trybu wydawania aktu – oznaczałoby przyznanie jej uprawnień prawodawczych wykraczających poza to, co przewiduje traktat”. I dalej pkt 57 (oraz przytoczone tam orzecznictwo): „Prowadziłoby to również do zezwolenia jej na naruszenie zasady równowagi instytucjonalnej, która oznacza, że każda instytucja wykonuje swoje kompetencje z poszanowaniem kompetencji pozostałych instytucji”.

Nie można mówić o koncepcji art. 16 ust. 3 TUE jako domyślnej metody działania Rady (jeśli przepis prawa pochodnego nie stanowi inaczej) w odniesieniu do kwalifikowanej większości Rady z przepisów rozporządzenia 1303/2013 ustanawiających warunkowość makroekonomiczną – w art. 23 ust. 10 w zw. z ust. 9 rozporządzenia 1303/2013 (odwrócona większość kwalifikowana), w przeciwieństwie do ust. 6 art. 23 (większość kwalifikowana). Wszak 25 państw członkowskich UE, które podpisały Traktat o stabilności, koordynacji i zarządzaniu (pakt fiskalny), zgodziło się zastosować mechanizm odwróconej większości kwalifikowanej m.in. przy podejmowaniu decyzji, czy objąć państwo członkowskie procedurą nadmiernego deficytu (tak argumentowała Komisja w 2014 r.⁴⁰, a także Służba Prawna Rady w opinii wydanej pod-

³⁹ Artykuł 136 ust. 3 TFUE dodany został (na podstawie art. 48 ust. 6 TUE) przez art. 1 decyzji nr 2011/199/UE Rady Europejskiej z 25.03.2011 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 782) zmieniającej niniejszym umowę międzynarodową z dniem 1 maja 2013 r.

⁴⁰ Tak w streszczeniu rozporządzenia (WE) nr 1467/97, „The EU’s economic governance explained”, Komisja Europejska, 28.11.2014 r. (<http://publications.europa.eu/resource/>

czas negocjacji w sprawie paktu fiskalnego⁴¹), chociaż jedynie w strefie EURO – art. 7 zd. drugie tego Traktatu (modyfikuje art. 126 TFUE) w zw. z zd. pierwszym art. 7 i art. 2 ust. 2 w zw. z art. 136 ust. 3 zd. drugie TFUE, a ten ostatni przepis stanowi podstawę traktatową owej modyfikacji. Taka argumentacja przemawia za odrzuceniem głosowania większością odwróconą zaproponowaną przez Komisję w projektowanym rozporządzeniu, która to forma głosowania nie znajduje jakiegokolwiek potwierdzenia w podstawie traktatowej (brakuje odpowiednika art. 136 ust. 3 zd. drugie TFUE, a przepis ten adresowany jest tylko do państw członkowskich).

Oprócz tego koncepcja domyślnej metody głosowania wymagałaby szczegółowego uzasadnienia istoty danej regulacji i warunków stosowania tej regulacji – zwraca uwagę wyrok TS w sprawie Parlament Europejski/Rada, C-133/06, pkt 45–47 i przytoczone tam orzecznictwo. Rozstrzygnięcie to dotyczy „wprowadzania środków, które nie mają zasadniczego znaczenia dla materii wymagającej uregulowania” jako uprawnienia Rady do przyjmowania środków wykonawczych, gdy metoda podejmowania decyzji jest odmienna od domyślnej metody głosowania. Wskazane orzecznictwo wyklucza odwróconą większość kwalifikowaną w przypadku projektowanej warunkowości, bowiem tutaj nie mamy do czynienia z wprowadzaniem środków, które nie mają zasadniczego znaczenia dla materii wymagającej uregulowania – to po pierwsze. Po drugie, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem „sama praktyka Rady nie może [...] prowadzić do odchodzenia od norm traktatu, a w konsekwencji nie może stanowić precedensu wiążącego instytucje Unii” – wyrok TS z 25.10.2017 r., Komisja/Rada (CMR15), C-687/15, ECLI:EU:C:2017:803, pkt 42 i przytoczone tam orzecznictwo.

W każdym bądź razie nawet „najpłytszego” warunku *sine qua non* w postaci szczegółowego uzasadnienia zarówno co do charakteru, jak i warunku przyjmowanych przez Radę środków – jeśli Rada miałaby uzyskać uprawnienia oparte na innej metodzie głosowania niż ta z art. 16 ust. 3 TUE – nie spełnia wniosek Komisji zawierający omawiane rozporządzenie, w którym to wniosku uzasadnienie większości odwróconej (zawarte w motywie 15 zd. ostatnie) jest zwykłym stwierdzeniem głoszącym, że należy stosować odwróconą kwalifikowaną większość, czyli „brakuje odpowiedniego uzasadnienia”⁴².

Dotychczas TS nie wypowiedział się w sprawie ustanowienia odwróconej zasady głosowania w prawie wtórnym.

cellar/7291a4a1-f08e-4712-919d-2b65fd452582.0012.03/DOC_1): „Decyzje o większości sankcji w ramach procedury nadmiernego deficytu są podejmowane odwróconą kwalifikowaną większością głosów. Oznacza to, że grzywnę uznaje się za nałożoną, chyba że Rada odrzuci ją kwalifikowaną większością głosów”; por. Barcz 2014 i piśmiennictwo powołane w przyp. 37.

⁴¹ W trakcie negocjacji paktu fiskalnego Służba Prawna Rady wydała opinię prawną z argumentacją, iż nic nie stoi na przeszkodzie zaciągnięciu przez państwa członkowskie zobowiązań określających ich konkretne zachowania w unijnym procesie decyzyjnym (Herma 2012, 53–54).

⁴² Taki zarzut formułuje opinia Służby Prawnej Rady, Doc. ST 13593/18, pkt 50 – cytowanie za: Mańko, Sapała 2020, 11.

6. POWRÓT RADY EUROPEJSKIEJ DO NOWEJ WARUNKOWOŚCI

Powstaje pytanie, co kryje się pod treścią zawartą w akapicie drugim pkt 23 załącznika do konkluzji Rady Europejskiej zapowiadającym szybki powrót Rady Europejskiej do omawianej warunkowości mającej na celu ochronę budżetu i instrumentu *Next Generation EU*. Przede wszystkim należy odrzucić następujący scenariusz trzech kroków, który może wydawać się logiczny na pierwszy rzut oka:

1. Komisja przedstawi propozycję mechanizmu warunkowości w celu ochrony budżetu (w celu ochrony finansowych interesów UE).
2. Rada UE zatwierdza mechanizm większością kwalifikowaną.
3. Sprawa wraca na radę Europejską (tutaj obowiązuje jednomysłność).

Ad. 1

Jak już wyżej wyjaśniono, konkluzje Rady Europejskiej proklamują – **po pierwsze** – abstrakcyjną ochronę interesów finansowych Unii, która ma odbywać się w sposób konkurencyjny względem art. 7 TUE, w szczególności w oparciu o wszystkie wartości zawarte w art. 2 TUE (a nie tylko w oparciu o występujący tam wymóg praworządności) związane z ochroną finansów jedynie w sposób abstrakcyjny (pkt A24 akapit pierwszy konkluzji i pkt 22 akapit pierwszy załącznika do konkluzji), zaś w projektowanym przez Komisję rozporządzeniu takie abstrakcyjne powiązanie dotyczy tylko praworządności, aczkolwiek szerzej ujmowanej niż w prawie traktatowym; **po drugie**, jedynie w konkluzjach Rady Europejskiej oddzielnie proklamowana jest ochrona samoistnie wskazanej praworządności (pkt A24 akapit drugi zd. drugie konkluzji i pkt 22 akapit drugi zd. drugie załącznika do konkluzji) jako jednego ze składników art. 2 TUE, tzn. praworządności ujętej w oderwaniu nawet od pojmowanej czysto abstrakcyjnie ochrony interesów finansowych (bez skonkretyzowania finansów) – w przeciwnym razie zbędny byłby właśnie pkt A24 akapit drugi zd. drugie konkluzji i pkt 22 akapit drugi zd. drugie załącznika do konkluzji.

Z kolei w świetle art. 3 ust. 1 tego rozporządzenia w wersji pierwotnej naruszenie praworządności nie byłoby ani elementem koniecznym, ani wystarczającym, by ustanowić prawdziwy mechanizm warunkowości, co oznacza warunkowość niby obligatoryjną. Niby ten przepis jest obligatoryjny („odpowiednie środki są przyjmowane”), w przeciwieństwie do uznaniowego ust. 2 art. 3 („następujące elementy mogą być uznane za uogólnione braki w zakresie praworządności”; warunkowość fakultatywna), to nie można powiedzieć, że pewność prawa zostaje dotrzymana. Wszak odpada argumentacja głosząca, iż instytucje UE oceniają wyłącznie spełnienie przesłanek koniecznych do zastosowania warunkowości, skoro przesłanek tych nie sprecyzowano. Ponadto, aby mechanizm taki stanowił rzeczywistą warunkowość, nieprawidłowe funkcjonowanie praworządności musiałoby wpłynąć *in concreto* na obowiązek należytego zarządzania finansami

w ramach wykonywania unijnych środków finansowych lub na ochronę interesów finansowych Unii.

Abstrahując od wyodrębnionej w konkluzjach Rady Europy praworządności, z konkluzji tych oraz z przedstawionego przez Komisję projektu rozporządzenia wynika, że ochrona praworządności ma być ujmowana w tym sensie oddzielnie względem ochrony interesów finansowych UE, że samoistnie i *ex ante*, tzn. czysto prewencyjnie (zapobiegawczo), co akcentuje piśmiennictwo anglojęzyczne (Komisja, chcąc napiętnować Polskę i Węgry, powieliła i poprawiła mechanizm prewencyjny z art. 7 TUE „z obawy przed wymogiem jednomyślności w odniesieniu do sankcji przewidzianych zgodnie z art. 7 ust. 2 i 3 TUE”)⁴³, czyli najpierw uwarunkowania (praworządność), później fundusze (warunkowość *ex ante*). Wtedy sankcje finansowe z tytułu nieprzestrzegania praworządności mogą być stosowane bez związku z tym, jak w rzeczywistości przeprowadzana jest w danym państwie członkowskim kontrola wydatkowania unijnych środków finansowych. Zdaniem Trybunału Obrachunkowego, projekt przedstawiony przez Komisję ma na celu ustanowienie przepisów dających Komisji prawo do wszczęcia procedury, zanim faktycznie wystąpią jakies zagrożenia praworządności⁴⁴; praworządność jako „warunek wstępny”.

Słowem, nieuprawnione wydaje się twierdzenie, że Rada implementując konkluzje Rady Europejskiej ograniczy się do przedstawienia propozycji mechanizmu warunkowości w celu ochrony finansowych interesów UE. Taka negacja wynika zarówno z jedynie abstrakcyjnie powiązanych z ochroną interesów finansowych Unii wszystkich traktatowych zasad ogólnych, jak i tym bardziej z powodu dodatkowego, samoistnego ujęcia jednej z tych zasad w konkluzjach, tj. zasady praworządności, a do tego dochodzi brak jasnych kryteriów praworządności. Inna rzecz, że odwołanie się do „uogólnionych braków w zakresie praworządności” w projektowanym rozporządzeniu nawet już po poprawkach naniesionych do projektu rozporządzenia (uwzględnionych w ww. Sprawozdaniu z 24.06.2018 r., 9499/1/19 REV 1), oznacza dublowanie takiej warunkowości

⁴³ Halmai 2018, podrozdział „4 Conclusion”: „After coming to the conclusion that in the case of the backsliding Hungary and Poland the traditional mechanism of the infringement procedure did not work, and in fear of the unanimity requirement for sanctions according to Article 7(2) and (3), the European Commission duplicated the preventive mechanism of Article 7(1) by introducing the Rule of Law mechanism. The use of rule of law conditionality depends on the political will of the EU institutions, as well as on their vision for the future of the EU”.

⁴⁴ Trybunał Obrachunkowy, opinia nr 1/2018, Wstęp, pkt 6: „Dokładniej rzecz ujmując, wniosek Komisji ma na celu ustanowienie przepisów niezbędnych ‘do ochrony budżetu Unii w przypadku uogólnionych braków w zakresie praworządności w państwach członkowskich’, które to braki wpływają bądź mogą wpłynąć na należyte zarządzanie finansami lub ochronę interesów finansowych Unii. Tym samym daje on Komisji prawo do wszczęcia procedury, zanim faktycznie wystąpią tego rodzaju zagrożenia. Poprzez zwiększenie ochrony przed ewentualnymi praktykami i zaniechaniami organów publicznych, które są niezgodne z zasadą praworządności, wniosek ma wywrzeć pozytywny wpływ na należyte zarządzanie środkami z budżetu UE”.

z procedurą ustanowioną w art. 7 TUE. Natomiast w wyniku pierwszego czytania w Parlamencie Europejskim, w stosunku do wersji pierwotnej, dublowanie to nie odbywa się w formie zawołowanej. Do preambuły dodano następujący motyw: „Zgodnie z art. 2, art. 3 ust. 1 i art. 7 TUE Unia ma możliwość podjęcia działań w celu ochrony jej nadrzędnych wartości konstytucyjnych i wspólnych wartości, na których została zbudowana, w tym jej zasad budżetowych. Państwa członkowskie, instytucje, organy i jednostki organizacyjne Unii oraz kraje kandydujące są zobowiązane do przestrzegania, ochrony i propagowania tych zasad i wartości oraz mają obowiązek lojalnej współpracy” (motyw 1b)⁴⁵.

Dublowanie potęguje poprawka do art. 2 ust. 1 lit. b projektu rozporządzenia zawierającego definicję legalną „uogólnionego braku w zakresie praworządności”. Poprawka ta ów „brak w zakresie praworządności” łączy z negatywnym wpływem na ochronę środków finansowych UE poprzez powtórzenie ww. art. 3 ust. 1 in pr. w wersji pierwotnej projektu, czyli nadal „uogólnione braki w zakresie praworządności” w sposób abstrakcyjny mają zostać połączone z bliżej nieokreślonymi finansami Unii⁴⁶; inna poprawka⁴⁷ przynosi dalsze rozszerzenie wzorca o „prawidłowe funkcjonowanie gospodarki rynkowej, a tym samym poszanowanie zasad gospodarki rynkowej i sił rynkowych w Unii, jak również skuteczne wdrożenie obowiązków wynikających z członkostwa, w tym osiągnięcie celu unii politycznej, gospodarczej i walutowej [ang. „monetary union”]” (dodany art. 3 ust. 1 lit. aa). Zwraca uwagę zwłaszcza „unia walutowa”, wskazana w art. 3 ust. 4 TUE, o której nie ma mowy w art. 3 ust. 1 TFUE przynoszącym katalog kompetencji wyłącznych UE, gdyż nie wszystkie kraje członkowskie należą do unii walutowej. Wyłączność kompetencji Unii w zakresie polityki pieniężnej została wskazana i zdefiniowana dopiero w Rozdziale 2 („Polityka pieniężna”; ang. „Monetary policy”) tytułu VIII („Polityka gospodarcza i pieniężna”) części trzeciej TFUE, który to tytuł zawiera wyodrębnione przepisy szczególne dotyczące wyłącznie strefy euro (Rozdział 4; por. Saganek 2010, 92–93). Takie odwołanie do unii walutowej w projektowanym mechanizmie warunkowości, przy wykładni dosłownej tego mechanizmu, można odebrać jako próbę wywierania presji na państwa członkowskie spoza na przyjęcie waluty unijnej, skoro nie zastrzeżono, iż dotyczy to państw, których walutą jest

⁴⁵ Poprawki przyjęte przez Parlament Europejski w dniu 17.01.2019 r. w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony budżetu Unii w przypadku uogólnionych braków w zakresie praworządności w państwach członkowskich, poprawka 3.

⁴⁶ Poprawki przyjęte przez Parlament Europejski w dniu 17.01.2019 r. w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony budżetu Unii w przypadku uogólnionych braków w zakresie praworządności w państwach członkowskich, poprawka 30.

⁴⁷ Poprawki przyjęte przez Parlament Europejski w dniu 17.01.2019 r. w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony budżetu Unii w przypadku uogólnionych braków w zakresie praworządności w państwach członkowskich, poprawka 36.

euro. Zwłaszcza, że jednocześnie Parlament Europejski zapis projektu rozporządzenia w zakresie Prokuratury Europejskiej poprawił warunkowo: „pod warunkiem uczestnictwa danego państwa członkowskiego” – art. 3 ust. 1 lit. f. Przepis ten, oparty na fakultatywności przy wymierzaniu sankcji finansowych („można stwierdzić”) oraz na przesłankach czysto formalnych, tj. przy braku przesłanki materialnej w postaci uchybień w wykorzystywaniu funduszy unijnych (naruszenie zasady proporcjonalności), brzmi następująco: „Uogólniony brak w zakresie praworządności w państwie członkowskim można stwierdzić, jeżeli wpływa to lub może wpływać w szczególności na co najmniej jeden z poniższych elementów: skuteczność i terminowość współpracy – na podstawie odpowiednich aktów prawnych i zgodnie z zasadą lojalnej współpracy – z Europejskim Urzędem ds. Zwalczenia Nadużyć Finansowych oraz – pod warunkiem uczestnictwa danego państwa członkowskiego – [oznaczony wyimek dopisano w pierwszym czytaniu]⁴⁸ z Prokuraturą Europejską w ramach prowadzonych przez te organy dochodzeń lub postępowań przygotowawczych bądź wnoszonych i popieranych przez nie oskarżeń”.

Piśmiennictwo anglojęzyczne w kontekście projektowanego rozporządzenia operując „Dokumentem otwierającym debatę w sprawie pogłębienia unii gospodarczej i walutowej” – COM(2017) 291 z 31.05.2017 r. – wyjaśnia, że Dokument ten wydaje się popierać wzmacnianie zarządzania strefą euro pozostawiając poza tą strefą resztę państw członkowskich „włączając Węgry i Polskę z ich brakami w zakresie praworządności i praw podstawowych”⁴⁹.

Abstrahując od rozszerzenia zakresu przedmiotowego wzorca w wyniku pierwszego czytania projektu rozporządzenia – które zwłaszcza ze względu na „unię walutową” jest dalej idące niż rozszerzenie zawarte w konkluzjach Rady Europejskiej – zauważamy, iż takie ujęcie warunkowości nie ma nic wspólnego z warunkowością rzeczywistą. „Prawdziwy mechanizm warunkowości nie może opierać się na założeniu, że ryzyko dla budżetu Unii istnieje siłą rzeczy, gdy pewne braki zostaną zakwalifikowane jako uogólnione. Wymaga raczej, aby istnienie takiego ryzyka było określone na podstawie jednoznacznych standardów i kryteriów”⁵⁰, a kryteria te muszą być bezpośrednio powiązane z celem

⁴⁸ Poprawki przyjęte przez Parlament Europejski w dniu 17.01.2019 r. w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony budżetu Unii w przypadku uogólnionych braków w zakresie praworządności w państwach członkowskich, poprawka 42.

⁴⁹ „Similarly, the Commission’s Reflection paper on the deepening of the economic and monetary union seems to advocate strengthening Eurozone governance, and leaving the rest, including Hungary and Poland with their rule of law, democracy and fundamental rights deficits behind” (Halmai 2018, podrozdział „4 Conclusion”).

⁵⁰ Opinia Służby Prawnej Rady, pkt 51, przytoczona w: Mańko, Sapała 2020, 11: „a genuine conditionality mechanism cannot be based on the presumption that a risk for the EU budget necessarily exists once certain deficiencies are qualified as generalised. Rather, it requires that the existence of such a risk is established on the basis of ... explicit standards and criteria”.

określonego finansowania. Tymczasem podejściu opartemu na przeciwnym rozumowaniu daje wyraz, w jeszcze w większym stopniu w stosunku do projektu pierwotnego, poprawka Parlamentu Europejskiego zastępująca ww. art. 3 ust. 1 in pr. katalogiem otwartym (w „szczegółności”) wraz z wykreśleniem nawet abstrakcyjnego połączenia przestrzegania praworządności w państwach członkowskich z ochroną finansów Unii⁵¹. W sumie w projektowanym rozporządzeniu, po pierwszym czytaniu, mowa jest wprost o dublowaniu procedury ochrony praworządności przewidzianej w art. 7 TUE (skoro znajdujemy bezpośrednie odwołanie do art. 7 TUE) i brakuje chociażby abstrakcyjnego połączenia ochrony finansów Unii z domniemanym naruszeniem praworządności, co oddawane jest w konkluzjach Rady Europejskiej poprzez dodatkowe samoistne wskazanie praworządność (pkt A24 akapit drugi zd. drugie konkluzji i pkt 22 akapit drugi zd. drugie załącznika do konkluzji). Już uznaniowość przepisów uprawniających Komisję i Radę do nakładania sankcji finansowych (art. 3 ust. 2 in pr. w wersji pierwotnej projektowanego rozporządzenia przewidywał, że „niektóre elementy mogą zostać uznane za uogólnione braki praworządności”, czego nie było w pierwotnym brzmieniu art. 3 ust. 1 in pr.) skomentowano w piśmiennictwie: „Przedstawione przepisy definiujące uogólnione braki w zakresie praworządności, będące przesłankami stosowania mechanizmu warunkowości, zostały sformułowane w sposób niezwykle szeroki, ich zakres jest właściwie niemożliwy do określenia *a priori*” (Łacny 2018, 14). W wyniku pierwszego czytania w Parlamencie Europejskim, jak powyżej wykazano, uznaniowość ta, sprzeczna z orzecznictwem luksemburskim, została spotęgowana (w szczególności nowe brzmienie art. 3 ust. 1 i art. 4 ust. 1).

Ad. 2

Rozwiązanie polegające na tym, że Rada kwalifikowaną większością przyjmowałaby w zwykłej procedurze ustawodawczej rozporządzenie ustanawiające nowy system warunkowości jest korzystne dla Komisji. We wniosku zawierającym projekt rozporządzenia jako podstawę prawną wskazano art. 322 ust. 1 lit. a TFUE⁵² (przepis ten stanowi podstawę rozporządzenia finansowego określającego nie wieloletnie ramy finansowe, tylko rozporządzenia wykonawczego budżetu rocznego). Jednocześnie Komisja w tym wniosku nie wyklucza, że rozporządzenie ustanawiające nowy system warunkowości mogłoby stanowić część rozporządzenia finansowego, ale nie rozporządzenia finansowego określającego wieloletnie ramy finansowe (implementującego konkluzje Rady Europejskiej

⁵¹ Poprawki przyjęte przez Parlament Europejski w dniu 17.01.2019 r. w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony budżetu Unii w przypadku uogólnionych braków w zakresie praworządności w państwach członkowskich, poprawka 34.

⁵² COM(2018) 324 final, Wniosek, 7; Uzasadnienie, 4: „Podstawę niniejszego wniosku stanowi art. 322 ust. 1 lit. a Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz art. 106a Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Energii Atomowej”.

dotyczące tych ram), które wyjątkowo przyjmowane jest przez Radę w specjalnej, a nie zwykłej, procedurze ustawodawczej – jednogłośnie, po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego, który stanowi większością głosów wchodzących w jego skład członków (art. 312 ust. 2 TFUE). Komisja proponuje wpisanie nowego mechanizmu warunkowości do ww. rozporządzenia wykonawczego budżetu rocznego⁵³ przyjmowanego w zwykłej procedurze ustawodawczej, gdzie Rada działa kwalifikowaną większością. Skoro rzeczywiste mechanizmy warunkowości stanowią logiczną część funkcjonowania danego systemu finansowego i są konieczne dla realizacji celów lub ochrony takiego systemu, to ustanawiane są na tej samej materialnej podstawie prawnej, której użyto do przyjęcia instrumentu finansowego wspomaganego przez dany mechanizm. Jak podkreśla Trybunał Obrachunkowy, wniosek Komisji „stanowi odrębne rozporządzenie w ramach pakietu regulacyjnego dotyczącego wieloletnich ram finansowych na lata 2021–2027” (opinia, pkt 5), czyli nie odnosi się jedynie do budżetu rocznego.

Słowem, racjonalną podstawą prawną rozporządzenia ustanawiającego rzeczywisty system warunkowości odnoszony do WRF wydaje się być art. 312 TFUE⁵⁴. Natomiast biorąc pod uwagę, że wg konkluzji Rady Europejskiej nowy system warunkowości ma dotyczyć także instrumentu odbudowy implementowanego poprzez przyszłą decyzję Rady w sprawie systemu zasobów własnych Unii i decyzja ta jest wspólnym aktem także względem WRF, to w tej decyzji powinien zostać ustanowiony nowy system warunkowości. Takie podejście odpowiada orzecznictwu luksemburskiemu, zgodnie z którym podstawa traktatowa wtórnego aktu prawnego uzależniona ma być „w szczególności od celu i treści tego aktu” – wyrok TS z 22.10.2013 r., Rada/Komisja, C-137/12, ECLI:EU:C:2013:675, pkt 52 i przytoczone tam orzecznictwo. Jeśli państwa członkowskie mają mieć przyznane środki finansowe z funduszu odbudowy tworzonego w oparciu o przepisy zawarte w decyzji w sprawie systemu zasobów własnych, ewentualne wstrzymanie wypłaty tych środków z powodu niespełniania wzorca warunkowości mogłoby mieć miejsce też na podstawie przepisów zawartych w tej

⁵³ COM(2018) 324 final, Uzasadnienie, 3: „W niniejszym wniosku ustanawia się przepisy niezbędne do ochrony budżetu Unii w przypadku uogólnionych braków w zakresie praworządności w państwach członkowskich. Przepisy te mogłyby zostać włączone do rozporządzenia finansowego mającego tę samą podstawę prawną przy okazji przyszłego przeglądu [Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) nr 966/2012 z 25 października 2012 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002, Dz.U. L 298 z 26.10.2012, 1–96]”.

⁵⁴ Por. Kelemen, Scheppele 2018: „While the regulation itself announces that it is based on Article 322 TFEU which uses the ordinary legislative procedure for implementing legislation that carries out the budget and therefore allows the rogue states to be outvoted, some critics have argued that the new proposal belongs instead under Article 312 TFEU, on the multi-annual financial framework itself, which requires unanimity in the Council. Given this resistance, the difficulty of the legal questions involved and the short time European institutions have to enact conditionality rules before the budget must go into effect, the regulation may well not pass”.

decyzji, ustanawiających nową warunkowość, jak to wynika ze standardu określonego w ww. wyroku TS. Pod warunkiem, że będzie to wzorzec warunkowości spełniający kryteria orzecznictwa luksemburskiego, tj. powyżej scharakteryzowany wzorzec warunkowości rzeczywistej, czego nie można powiedzieć o projekcie pierwotnym rozporządzenia zawierającym nowy system warunkowości, a tym bardziej o projekcie zawierającym poprawki naniesione w wyniku pierwszego czytania w Parlamencie Europejskim oraz o projekcie postulowanym w konkluzjach Rady Europejskiej.

Ad. 3

Twierdzenie jakoby sprawa wniosku Komisji przedstawiającego projekt rozporządzenia zawierającego mechanizm warunkowości w toku procesu ustawodawczego miałyby wrócić do Rady Europejskiej (gdzie obowiązuje konsensus – art. 15 ust. 4 TUE) jest *contra legem*. W myśl art. 15 ust. 1 TUE: „Rada Europejska nadaje Unii impulsy niezbędne do jej rozwoju i określa ogólne kierunki i priorytety polityczne. Rada Europejska nie pełni funkcji prawodawczej”. Inna rzecz, że gdy ta kwestia wróci do Rady Europejskiej, na zasadzie niewiążącego impulsu legislacyjnego, to każde państwo członkowskie będzie mogło wetować nowe ustalenia.

W zakresie legislacyjnym kompetencja Rady Europejskiej ogranicza się do formułowania impulsu o charakterze politycznym. Impuls legislacyjny Rady Europejskiej nie jest prawnie wiążący dla instytucji Unii mających kompetencje legislacyjne. Doktryna zwraca uwagę, że chociaż Rada Europejska wydaje się być „pozbawiona funkcji legislacyjnej”, to instytucje unijne „były zazwyczaj ściśle związane jej sugestiami i wskazówkami. [...] nie było czymś nietypowym, że w przypadku zablokowania procesu decyzyjnego w Radzie, projekt został przekazany do Rady Europejskiej w celu znalezienia kompromisu” (Edjaharian 2013, komentarz do art. 15, nr boczny 17 oraz 18). Właśnie na takiej zasadzie problem odwróconej kwalifikowanej większości z projektowanego rozporządzenia (obok samego powiązania praworządność z funduszami unijnymi) trafił do Rady Europejskiej – wyjaśniła prezydencja niemiecka podczas sesji plenarnej Parlamentu Europejskiego w dniu 9.07.2020 r. (*Stan zaawansowania negocjacji Rady dotyczących rozporządzenia w sprawie ochrony budżetu Unii w przypadku uogólnionych braków w zakresie praworządności w państwach członkowskich*): „Bez wytycznych Rady Europejskiej na temat elementów politycznych, które zostały wypracowane podczas oceny projektu, nie ma w zasadzie możliwości przeprowadzenia dalszych prac na poziomie technicznym. Jak tylko będą te wytyczne – mam nadzieję, że to nastąpi wkrótce – będziemy mogli bezzwłocznie podjąć prace nad tekstem ustawodawczym, aby negocjacje z Parlamentem mogły rozpocząć się jak najszybciej”⁵⁵.

⁵⁵ Parlament Europejski, sesja plenarna 9.07.2020 r., *Stan zaawansowania negocjacji Rady dotyczących rozporządzenia w sprawie ochrony budżetu Unii w przypadku uogólnionych braków*

Według utrwalonego orzecznictwa luksemburskiego, co się tyczy ewentualnego „politycznego” przełożenia konkluzji Rady Europejskiej na prawo inicjatywy ustawodawczej Komisji, przełożenie to „nie może stanowić dla Trybunału podstawy do stwierdzenia nieważności” aktu unijnego prawa wtórnego wydanego wbrew konkluzjom Rady Europy, a w szczególności bezpodstawne jest powoływanie się na art. 15 TUE i zasadę lojalnej współpracy instytucji Unii, w celu stwierdzenia nieważności aktu wydanego przez instytucje UE wbrew konkluzjom Rady Europejskiej – wyrok TS z 21.06.2018 r., Polska/Parlament i Rada, C-5/16, ECLI:EU:C:2018:483, pkt 86 (dotyczy konkluzji Rady Europejskiej z 23–24.10.2014 r.) i przytoczone tam orzecznictwo; na rozstrzygnięciu zawartym w tymże pkt 86 opiera się rozstrzygnięcie z wyroku Sądu UE z 12.12.2019 r., Tãpias, T-527/16, ECLI:EU:T:2019:856, pkt 117 i przytoczone tam orzecznictwo (dotyczy konkluzji Rady Europejskiej z 7–8.02.2013 r.).

Słowem, Rada Europejska z prawnego punktu widzenia nie uczestniczy w procesie legislacyjnym ustanawiającym jakąkolwiek procedurę, np. warunkowości, a w wykonywaniu procedury (subsumpcja) bierze udział na postawie szczególnego przepisu traktatowego, np. art. 7 ust. 2 TUE.

7. WNIOSKI

1) Prawdziwa warunkowość (ang. „genuine conditionality” – określenie Służby Prawnej Rady zawarte w opinii z 25.10.2018 r.), zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wymaga istnienia (fr. „l’existence”) naturalnego (faktycznego) związku przyczynowo-skutkowego (fr. „lien suffisamment direct” – określenie TSUE) między sprecyzowanym kryterium pozbawionym uznaniowości (charakteryzującej warunkowość fakultatywną) a konkretnym finansowaniem; nie wystarczy ryzyko wystąpienia takiego związku (oznaczające warunkowość prewencyjną). W projektowanym przez Komisję rozporządzeniu z 2.05.2018 r., a tym bardziej w konkluzjach Rady Europejskiej z 17–21.07.2020 r., żaden z tych wymogów nie jest spełniony. Jeśli nawet te wymogi zostałyby spełnione, to i tak taka warunkowość pozostawałaby w sprzeczności z art. 7 TUE, gdyby jako kryterium przyjmowała art. 2 TUE bądź którąś z wartości wskazanych w tym przepisie, w tym zasadę „rule of law” (w urzędowym przekładzie TSUE zasada ta określana jest jako „praworządność”). W odniesieniu do takiego systemu warunkowości, w kontekście niezgodności z art. 7 TUE, Służba Prawna Rady konkluduje: „nie można uznać za niezależny lub autonomiczny od procedury określonej w art. 7, gdyż jego odnośne cele i konsekwencje nie są właściwie oddzielone i mogą się ze sobą pokrywać” (opinia, pkt 34 oraz pkt 51).

w zakresie praworządności w państwach członkowskich, niemiecki minister ds. europejskich Michael Roth, godz. 15:52–54.

Poprzez rozporządzenie nie można dublować lub modyfikować regulacji traktatowych. Jakiegokolwiek rozporządzenie wprowadzające nową warunkowość opartą na praworządności lub innych wartościach zapisanych w art. 2 TUE mogłoby być aktywowane dopiero po wyczerpaniu procedury opisanej w art. 7 TUE, w tym po jednomyślnym stwierdzeniu przez Radę Europejską „poważnego i stałego naruszenia” tych wartości (art. 7 ust. 2 TUE), czyli nie wystarczy ryzyko wystąpienia tej przesłanki materialnej, za czym przemawia zasada jednolitości systemu prawa Unii.

2) Najpierw dochowanie praworządności, później finansowanie unijne (warunkowość *ex ante*) – na takiej zasadzie opiera się nowy mechanizm warunkowości zawarty w projektowanym przez Komisję rozporządzeniu z 2.05.2018 r., zwłaszcza po poprawkach wprowadzonych podczas pierwszego czytania w Parlamencie Europejskim (17.01.2019 r.). Jeszcze bardziej hasło „fundusze za praworządność” oddano w konkluzjach Rady Europejskiej z 17–21.07.2020 r. Nie jest to logiczna (prawdziwa, rzeczywista) warunkowość, wymagana traktatami, akcentowana przez orzecznictwo luksemburskie oraz przez opinię Służby Prawnej Rady i opinię Trybunału Obrachunkowego ogłoszonej 17.08.2018 r. Bliżej niesprecyzowane nieprawidłowe postępowanie danego państwa członkowskiego nie musiałoby wpłynąć realnie lub nawet potencjalnie w konkretnej sytuacji na ochronę interesów finansowych Unii albo na obowiązek należytego zarządzania finansami Unii. Ponadto poprawki Parlamentu Europejskiego jako kryterium poza samą praworządnością wskazują m.in. „prawidłowe funkcjonowanie gospodarki rynkowej, a tym samym poszanowanie zasad gospodarki rynkowej i sił rynkowych w Unii, również skuteczne wdrożenie obowiązków wynikających z członkostwa, w tym osiągnięcie celu unii politycznej, gospodarczej i walutowej” – co przy wykładni dosłownej tego mechanizmu, można odebrać jako próbę wywierania presji na państwa członkowskie spoza strefy EURO na przyjęcie waluty unijnej.

3) Warunkowość *ex ante* powiązana z praworządnością stanowić będzie naruszenie art. 7 TUE poprzez obejście procedury tam zawartej, bowiem ta traktatowa procedura ma charakter reaktywny i w przeciwieństwie do warunkowości projektowanej stosowana jest w trybie jednomyślności Rady Europejskiej – która działa w sytuacji wystąpienia „poważnego i stałego naruszenia” wartości określonych w art. 2 TUE, czyli nie wystarczy samo ryzyko naruszenia na czym polega warunkowość projektowana – a nie kwalifikowanej większości Rady (tak konkluzje Rady Europejskiej) bądź odwróconej kwalifikowanej większości Rady (projekt Komisji).

4) W konkluzjach Rady Europejskiej utożsamianie kryteriów warunkowości (jako procedury mającej chronić interesy finansowe Unii) nie tylko z ogólnie sformułowaną praworządnością, lecz także z innymi ogólnymi zasadami zawartymi w Traktatach Unii – połączono z oddzielnym ujmowaniem praworządności, jako wartości samoistnej, tzn. w oderwaniu od ochrony interesów finansowych. Potęguje to bezprawność (naruszenie prawa traktatowego) w stosunku do projektowanego

przez Komisję rozporządzenia. Wymagany przez rzeczywistość warunkowość bezpośredni związek między uchybieniem a ryzykiem odnoszonym do konkretnej operacji, której finansowanie zawiesza się, siłą rzeczy jeszcze bardziej staje się pośredni, jeśli w ogóle jest dostrzegalny. W dwójnasób odpada więc argumentacja głosząca, iż powiązanie wieloletnich ram finansowych 2021–2027 z praworządnością odnosi się wyłącznie do kontroli wydatków.

5) Konkluzje Rady Europejskiej, w stosunku do projektu rozporządzenia, praworządność dodatkowo ujmują *expressis verbis* jako konkurencyjne rozwiązanie normatywne względem art. 7 TUE, co wprost oznacza naruszenie tego przepisu poprzez jego obejście; poprawiona przez Parlament Europejski preambuła do projektu rozporządzenia wskazuje art. 7 jako wzorzec nowej warunkowości. Taka ochrona praworządności, ze względu na samoistnie ujęcie tej zasady w konkluzjach Rady Europejskiej i nowej redakcji projektu rozporządzenia, czyli nawet bez abstrakcyjnego połączenia z ochroną interesów finansowych Unii, w stosunku do pierwotnego projektu rozporządzenia – gdzie obejście art. 7 też ma miejsce, ale przyjmuje zawoalowaną formę – jeszcze bardziej odchodzi od sformułowanych w orzecznictwie luksemburskim wymogów warunkowości rzeczywistej.

6) W odniesieniu do proklamowanej ochrony interesów finansowych Rada Europejska w konkluzjach w większym stopniu narusza wymogi rzeczywistej warunkowości niż Komisja w projekcie rozporządzenia. Komisja chce wyciągnięcia konsekwencji finansowych, jeśli naruszenie niejasno sformułowanej praworządności („rule of law”), definiowanej w oparciu o zmodyfikowaną treść art. 2 TUE, wpływa lub może wpływać *in abstracto* na ochronę interesów finansowych Unii. Rada Europejska stosowanie sankcji finansowych łączy z abstrakcyjnie ujmowaną ochroną wszystkich innych zawartych w traktatach unijnych „zasad ogólnych”, w szczególności ze wszystkimi wartościami zapisanymi w art. 2 TUE, w tym z zasadą „rule of law” jako częścią art. 2. W sumie przy obu propozycjach zamiast czynności stosowania prawa mielibyśmy subsumpcję abstrakcji pod abstrakcję. Poprawki do projektu rozporządzenia wprowadzone przez Parlament Europejski w jakimś stopniu zrównują pod tym względem (pod względem naruszania zasady pewności prawa) projekt rozporządzenia z konkluzjami Rady Europejskiej na rzecz warunkowości nie-rzeczywistej.

7) Załącznik do konkluzji Rady Europejskiej rozszerza postulowany system warunkowości na instrument odbudowy (*Next Generation EU*).

8) Rzeczywiste mechanizmy warunkowości stanowią część funkcjonowania danego systemu finansowego i jako takie zwykle ustanawiane są na tej samej materialnej podstawie prawnej, której użyto do przyjęcia instrumentu finansowego wspomaganego przez dany mechanizm. Dlatego racjonalną podstawą prawną rozporządzenia ustanawiającego system warunkowości jest nie art. 322 ust. 1 lit. a TFUE – proponowany przez Komisję – gdzie obowiązuje zwykła procedura ustawodawcza z większością kwalifikowaną Rady, lecz art. 311 TFUE (jednomyślność Rady i ratyfikacja w państwach członkowskich) i ewentualnie art. 312 TFUE

(jednomyślność Rady) stanowiące podstawę prawną wydania przepisów wprowadzających odpowiednio instrument *Next Generation EU* i wieloletnie ramy finansowe. Jednak skoro wspólnym aktem prawnym dla instrumentu odbudowy i WRF jest decyzja Rady w sprawie systemu zasobów własnych Unii Europejskiej, to podstawą nowej warunkowości, tak samo jak tej decyzji, powinien być art. 311 TFUE.

9) Chcąc zagwarantować przestrzeganie zasady pewności prawa należałoby dążyć do ustanowienia mechanizmu warunkowości już przy implementacji instrumentu *Next Generation EU* i wieloletnich ram finansowych – czyli w oparciu o jednomyślność Rady, a nawet przy wymaganej ratyfikacji przez państwa członkowskie. W przeciwnym razie później Komisja może zrealizować swój projekt rozporządzenia w zwykłej procedurze ustawodawczej (większością kwalifikowaną Rady), przy oparciu mechanizmu warunkowości nawet na odwróconej większości kwalifikowanej Rady. Oznaczałoby to, że chcąc odrzucić wnioski złożone przez Komisję wobec danego państwa członkowskiego sankcje finansowe zwane „środkiem” (wstrzymania finansowania), państwo to musiałoby znaleźć w Radzie kwalifikowaną większość, a głos wstrzymujący się liczony byłby jako głos przeciw odrzuceniu decyzji Komisji. Konkluzje Rady Europejskiej zakładają, wbrew projektowi rozporządzenia przedstawionego przez Komisję, że w procedurze warunkowości Komisja proponuje „środki” przyjmowane przez Radę większością kwalifikowaną. Jednak konkluzje Rady Europejskiej nie są prawnie wiążące. W konsekwencji wydanie przez instytucje Unii aktu prawa wtórnego wbrew ustaleniom zawartym w konkluzjach Rady Europejskiej nie podlega skarżeniu do Trybunału Sprawiedliwości, jak głosi utrwalone orzecznictwo tego Trybunału, wydane ostatnio w sprawie polskiej.

10) Rzeczywisty system warunkowości (warunkowość prawdziwa – „genuine conditionality”) mający służyć ochronie należytego wykonania budżetu UE mógłby być aktywowany w przypadku uogólnionego nieprawidłowego funkcjonowania organów państwowych, ale tylko wtedy, gdy spełnione zostałyby następujące wymogi oparte na koncepcji *in concreto*, co dawałoby warunkowość obligatoryjną – instytucje UE oceniają wyłącznie spełnienie skonkretyzowanych przesłanek koniecznych do zastosowania warunkowości, tj. bez uznaniowości:

a) przypadki nieprawidłowego funkcjonowania wskazane są za pomocą jasnej i wystarczająco precyzyjnej definicji, z tym że kryteria te nie mogą być konkurencyjne względem art. 7 TUE – zwłaszcza nie mogą opierać się na ryzyku wystąpienia naruszenia praworządności, skoro (w myśl art. 7 ust. 2) Rada Europejska na zasadzie jednomyślności w określonej sytuacji może „stwierdzić poważne i stałe naruszenie” wartości, o których mowa w art. 2 TUE, czyli nie wystarczy samo ryzyko takiego naruszenia;

b) nieprawidłowe funkcjonowanie wpływa *in concreto* na obowiązek należytego zarządzania finansami w ramach wykonywania unijnych środków finansowych lub na ochronę interesów finansowych Unii;

c) istnienie wystarczająco bliskiego związku między nieprawidłowym funkcjonowaniem a wykorzystaniem budżetu zostaje stwierdzone za pomocą weryfikowalnych dowodów;

d) skala przyjętych środków jest proporcjonalna do negatywnych skutków nieprawidłowego funkcjonowania z punktu widzenia wykorzystania budżetu Unii.

Od autora

Od 11 stycznia 2021 r. wchodzi w życie rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ogólnego systemu warunkowości służącego ochronie budżetu Unii [09980/1/2020 – C9–0407/2020 – 2018/0136(COD)], stanowiące wynik kontynuacji prac legislacyjnych nad powyżej omawianym projektem pierwotnym Komisji z 2.05.2018 r. Oto porównanie wybranych przepisów wchodzącego w życie rozporządzenia (w wersji trilogu, przetłumaczone z j. angielskiego na potrzeby niniejszej publikacji) z projektem pierwotnym Komisji – wyróżnione fragmenty przepisów wchodzących w życie powtarzają konstrukcje normatywne zawarte w projekcie pierwotnym rozporządzenia:

Art. 2a ust. 1 lit. a (rozporządzenie wchodzące w życie; po skonsolidowaniu zamiast art. 2a będzie art. 3): *Na potrzeby niniejszego rozporządzenia **następujące elementy mogą*** [ang. „**the following may**” – warunkowość fakultatywna, przy czym nie chodzi o dyskrecjonalność w znaczeniu dowolności przy podejmowaniu decyzji o uruchomieniu procedury (np. na zasadzie władzy dyskrecjonalnej Komisji co do wniesienia skargi z art. 258 TFUE albo co do uruchomienia procedury warunkowości na podstawie art. 142 ust. 1 lit. a rozporządzenia ogólnego nr 1303/2013), ale o dyskrecjonalność już przy stosowaniu kryterium warunkowości, po uruchomieniu tej procedury – przyp. mój, W.G.] *wskazywać na naruszenie zasad **praworządności*** [ang. „**the principles of the rule of law**”]: ***zagrożenie niezależności wymiaru sprawiedliwości*** [ang. „**endangering the independence of judiciary**” – słowo „**endangering**” oznacza niepewność prawa polegającą na tym, że wystarczy stwierdzenie istnienia samego ryzyka (zagrożenia) naruszenia art. 47 akapit drugi Karty praw podstawowych, a co daje niedookreśloność (uznaniowość) kryterium warunkowości potęgowaną uznaniowością (ang. „**may**”) już przy stosowaniu tego kryterium, niedopuszczalną w świetle orzecnictwa luksemburskiego domagającego się, aby wymóg pewności prawa był przestrzegany ze szczególnym rygorem w przypadku regulacji przewidującej skutki finansowe – przyp. mój, W.G.].

Art. 3 [po skonsolidowaniu art. 4] ust. 1: *Odpowiednie środki są przyjmowane w przypadku stwierdzenia zgodnie z art. 5, że naruszenia zasad praworządności w państwie członkowskim wpływają lub stwarzają poważne **ryzyko wpływu** na należyte zarządzanie finansami z budżetu Unii lub ochronę interesów finansowych Unii* [ang. „**risk affecting** the sound financial management of the EU budget or

the protection of the financial interests of the Union”; zwrot ten w zbliżonej treści występuje w wersji pierwotnej projektu rozporządzenia w art. 3 ust. 1 in pr. („**risks affecting** the principles of sound financial management or the protection of the financial interests of the Union, in particular”), ale w polskiej urzędowej wersji językowej „**risks affecting**” zastąpiono „mogą wpłynąć” – przyp. mój, W.G.] w sposób wystarczająco bezpośredni [ang. „in a sufficiently direct way”; zastąpienie słowa „ryzyko” zwrotem „poważne ryzyko” oraz dodanie odpowiedniego związku przyczynowego relatywizowane jest utrzymaniem pojęcia ryzyka, co daje niedookreśloność tej przesłanki procesowej, czyli nadal brakuje przesłanki istnienia (fr. „l’existence”) związku wystarczająco bezpośredniego (fr. „lien suffisamment direct”) wymaganego orzecznictwem luksemburskim od rzeczywistej warunkowości, bowiem ustanowiono związek potencjalny].

Art. 3 [po skonsolidowaniu art. 4] ust. 2 lit. g [po skonsolidowaniu lit. h]: *Na potrzeby niniejszego rozporządzenia naruszenia zasad praworządności dotyczą co najmniej jednego z następujących elementów: innych sytuacji* [ang. „other situations” – sytuacje te nie muszą dotyczyć zachowań organów państw członkowskich, co oznacza, że do zawieszenia unijnych płatności (art. 4 i art. 5) wystarczą uznane przez Komisję (dyskrecjonalność) przesłanki zawierające się w katalogu zupełnie otwartym, określonym angielskim zwrotem „other situations” (po tym, jak zgodzi się na to Rada większością kwalifikowaną, bowiem na takiej większości opiera się art. 5 ust. 7 i ust. 8 rozporządzenia wchodzącego w życie) – przyp. mój, W.G.] *lub zachowań organów państw członkowskich, mających znaczenie dla należytego zarządzania finansami z budżetu Unii lub ochrony interesów finansowych Unii* [ang. „or conducts of the authorities of the Member States relevant for the sound financial management of the Union budget or the protection of the financial interests of the Union”].

BIBLIOGRAFIA

- Barcz, Jan. 2014. „Szczyt państw strefy euro (Euro Summit) – ocena z ustrojowego i prawnego punktu widzenia”. *Europejski Przegląd Sądowy* 1: 4–11.
- Barcz, Jan. 2019. „Unia Europejska wobec niepraworządnego państwa członkowskiego”. *Państwo i Prawo* 1: 3–23.
- Dunaj, Bogusław. Red. 1996. *Słownik współczesnego języka polskiego*. Warszawa: Wilga.
- Edjaharian, Vérane. 2013. „The European Council”. W *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*. 615–644. Red. Hermann-Josef Blanke, Stelio Mangiameli. Berlin: Springer-Verlag Berlin Heidelberg.
- Eysymontt, Małgorzata. 2014. „Analiza prawna Traktatu o Stabilności, Koordynacji i Zarządzaniu w Unii Gospodarczej i Walutowej: ocena możliwych korzyści i zagrożeń dla polskiego systemu konstytucyjnego”. W *Prawo UE i porządek konstytucyjny państw członkowskich. Problem konkurencji i wzajemnych relacji*. 97–132. Red. Dominika E. Harasimiuk, Marcin Olszówka, Andrzej Zinkiewicz. Warszawa: Oficyna Wydawnicza Uczelni Łazarskiego.

- Gontarski, Waldemar. 2013. „Sprawca nieumyślny a sprawca przypadkowy”. W *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje*. 194–238. Red. Wojciech Cieślak, Sławomir Steinborn. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business.
- Gontarski, Waldemar. 2015. „Skuteczność prawa Unii Europejskiej. Zarys teorii”. W *Skuteczność prawa europejskiego. Zarys teorii i praktyki*. 11–152. Red. Genowefa Grabowska. Warszawa: Wydawnictwo Europejskiej Wyższej Szkoły Prawa i Administracji.
- Halmi, Gábor. 2018. „The Possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality”. *Hague Journal on the Rule of Law* 11(1): 171–188.
- Herma, Cezary. 2012. „Aspekty proceduralne i prawne negocjacji w sprawie Traktatu o unii fiskalnej”. W *Rewizja Traktatów stanowiących podstawę Unii Europejskiej po wejściu w życie Traktatu z Lizbony*. 29–64. Red. Jan Barcz. Warszawa: Elipsa.
- Inghelram, Jan. 2008. „Legal instruments, decision-making and EU finances”. W *The Law of the European Union and the European Communities: with Reference to Changes to be Made by the Lisbon Treaty*. 349–419. Red. Paul Joan George Kapteyn et al. Wyd. czwarte. Austin: Wolters Kluwer Law & Business; Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Kelemen, R. Daniel. Kim Lane Scheppele. 2018. „How to Stop Funding Autocracy in the EU”. *Verfassungsblog*. 12 września. <https://verfassungsblog.de/how-to-stop-funding-autocracy-in-the-eu/>
- Kranz, Jerzy. Anna Wyrozumska. 2012. „Powierzenie Unii Europejskiej niektórych kompetencji a traktat fiskalny”. *Państwo i Prawo* 7: 20–36.
- Kurcz, Bartłomiej. 2012. „Art. 288”. W *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*. T. III. Red. Andrzej Wróbel. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Łacny, Justyna. 2017. *Korekty finansowe nakładane przez Komisję Europejską na państwa członkowskie za niezgodne z prawem wydatkowanie funduszy Unii Europejskiej*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Łacny, Justyna. 2018. „Zawieszenie wypłat funduszy UE przekazywanych państwom członkowskim naruszającym zasadę praworządności – nowy mechanizm warunkowości w prawie”. *Europejski Przegląd Sądowy* 12: 12–23.
- Mańko, Rafał. Magdalena Sapała. 2020. „Protecting the EU budget against generalised rule of law deficiencies”. W *European Parliamentary Research Service. EU Legislation in Progress 2021–2027*: 1–12. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/630299/EPRS_BRI\(2018\)630299_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/630299/EPRS_BRI(2018)630299_EN.pdf)
- Nowak-Far, Artur. 2012. „126.14. Pakt stabilności i wzrostu – procedura wzajemnego monitorowania. Akty wiążące prawnie”. W *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*. T. II. Red. Krystyna Kowalik-Bańczyk, Monika Szwarc-Kuczer, Andrzej Wróbel. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Poździk, Rafał. 2018. „Wpływ naruszenia praworządności w państwach członkowskich na politykę spójności w latach 2021–2027”. *Europejski Przegląd Sądowy* 12: 4–11.
- Saganek, Przemysław. 2010. „Nowe reguły dotyczące podziału kompetencji między Unię Europejską a państwa członkowskie w świetle Traktatu z Lizbony”. *Przegląd Sejmowy* 4: 83–106.
- Scheppele, Kim Lane. Laurent Pech. R. Daniel Kelemen. 2018. „Never Missing an Opportunity to Miss an Opportunity: The Council Legal Service Opinion on the Commission’s EU budget-related rule of law mechanism”. *Verfassungsblog*. 12 listopada. <https://verfassungsblog.de/never-missing-an-opportunity-to-miss-an-opportunity-the-council-legal-service-opinion-on-the-commissions-eu-budget-related-rule-of-law-mechanism/>
- Scheppele, Kim Lane. R. Daniel Kelemen. 2020. „Defending Democracy in EU Member States”. W *EU Law in Populist Times: Crises and Prospects*. 413–456. Red. Francesca Bignami. Cambridge: Cambridge University Press.

- Taborowski, Maciej. 2019. *Mechanizmy ochrony praworządności państw członkowskich w prawie Unii Europejskiej. Studium przebudzenia systemu ponadnarodowego*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Waldhoff, Christian. 2016. „Art. 312 AEUV”. W *EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar*. 2604–2607. Red. Christian Calliess, Matthias Ruffert. Wyd. piąte. Monachium: C.H. Beck.
- Viță, Viorica. 2017. „Revisiting the Dominant Discourse on Conditionality in the EU: The Case of EU Spending Conditionality”. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 19: 116–143 (1–28).
- Viță, Viorica. 2018. „Research for REGI Committee – Conditionalities in Cohesion Policy.” *European Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies*: 1–63. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/617498/IPOL_STU\(2018\)617498_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/617498/IPOL_STU(2018)617498_EN.pdf)
- Ziemiński, Zygmunt. 1997. *Logika praktyczna*. Wyd. dwudzieste. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Żukrowska, Katarzyna. 2009. „Budżet ogólny Unii Europejskiej w warunkach kryzysu”. W *Unia Europejska wobec kryzysu ekonomicznego*. 53–78. Red. Joachim Osiński. Warszawa: Szkoła Główna Handlowa w Warszawie – Oficyna Wydawnicza.

Akty prawne

- Decyzja nr 2011/199/UE Rady Europejskiej z 25.03.2011 r. w sprawie zmiany art. 136 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w odniesieniu do mechanizmu stabilności dla państw członkowskich, których walutą jest euro; Dz. Urz. UE 2011, L 91, 1.
- Decyzja Rady (UE) 2015/1289 z 13.07.2015 r. w sprawie nałożenia na Hiszpanię grzywny za manipulowanie danymi dotyczącymi deficytu we Wspólnocie Autonomicznej Walencji; Dz. Urz. UE 2015, L 198, 19.
- Decyzja Rady z 26.05.2014 r. w sprawie systemu zasobów własnych Unii Europejskiej; Dz. Urz. UE 2014, L 168, 105.
- Karta praw podstawowych Unii Europejskiej; Dz. Urz. UE 2007, C 303, 1.
- Rozporządzenie (WE) nr 1467/97 z 7.07.1997 r. w sprawie przyspieszenia i wyjaśnienia procedury nadmiernego deficytu; Dz. Urz. WE 1997, L 209, 6 ze zm.
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1173/2011 z 16.11.2011 r. w sprawie skutecznego egzekwowania nadzoru budżetowego w strefie euro; Dz. Urz. UE 2011, L 306, 1.
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z 17.12.2013 r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006; Dz. Urz. UE 2013, L 347, 320 ze zm.
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) nr 966/2012 z 25.10.2012 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002; Dz. Urz. UE 2012, L 298, 1 – uchylone przez: Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) 2018/1046 z dnia 18 lipca 2018 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii, zmieniające rozporządzenia (UE) nr 1296/2013, (UE) nr 1301/2013, (UE) nr 1303/2013, (UE) nr 1304/2013, (UE) nr 1309/2013, (UE) nr 1316/2013, (UE) nr 223/2014 i (UE)

- nr 283/2014 oraz decyzję nr 541/2014/UE, a także uchylające rozporządzenie (UE, Euratom) nr 966/2012 PE/13/2018/REV/1; Dz. Urz. UE. 2018, L 193, 1.
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) 2018/1046 z 18.07.2018 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii, zmieniające rozporządzenia (UE) nr 1296/2013, (UE) nr 1301/2013, (UE) nr 1303/2013, (UE) nr 1304/2013, (UE) nr 1309/2013, (UE) nr 1316/2013, (UE) nr 223/2014 i (UE) nr 283/2014 oraz decyzję nr 541/2014/UE, a także uchylające rozporządzenie (UE, Euratom) nr 966/2012; Dz. Urz. UE 2018, L 193, 1.
- Rozporządzenie Rady (WE) nr 1056/2005 z 27.06.2005 r. zmieniające rozporządzenie Rady (WE) nr 1467/97 w sprawie przyspieszenia i wyjaśnienia procedury nadmiernego deficytu; Dz. Urz. UE 2005, L 174, 6.
- Rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 z 11.07.2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999; Dz. Urz. UE 2006, L 210, 25.
- Rozporządzenie Rady (WE) nr 1260/1999 z 21.06.1999 r. ustanawiające przepisy ogólne w sprawie funduszy strukturalnych; Dz. Urz. WE 1999, L 161, 1, wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 14, t. 1, 31.
- Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana); Dz. Urz. UE 2016 C 202, 1.
- Traktat o stabilności, koordynacji i zarządzaniu w Unii Gospodarczej i Walutowej (zwany także paktem fiskalnym); Dz.U. z 2013 r. poz. 1258.
- Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana); Dz. Urz. UE 2016 C 202, 1.
- Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana); Dz. Urz. UE 2006 CE 321.
- Ustawa z 9.04.2015 r. o ratyfikacji decyzji Rady z 26.05.2014 r. w sprawie systemu zasobów własnych Unii Europejskiej (2014/335/UE, Euratom); Dz.U. poz. 764.

Orzecznictwo

- Opinia rzecznika generalnego TS Vilaça przedstawiona 12.11.1987 r. w sprawie Dania/Komisja, 349/85, ECLI:EU:C:1987:487.
- Opinia nr 1/2018 Trybunału Obrachunkowego (przedstawiona na mocy art. 322 ust. 1 lit. a TFUE) w sprawie wniosku z dnia 2 maja 2018 r. dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony budżetu Unii w przypadku uogólnionych braków w zakresie praworządności w państwach członkowskich; Dz. Urz. UE 2018 C 291, 1.
- Postanowienie TS z 11.07.1996 r., An Taise i WWF UK/Komisja, C-325/94 P, ECLI:EU:C:1996:293.
- Wyrok Sądu UE z 19.04.2013 r., Włochy/Komisja, sprawy połączone T-99/09 i T-308/09, ECLI:EU:T:2013:200.
- Wyrok Sądu UE z 12.12.2019 r., Tãpias, T-527/16, ECLI:EU:T:2019:856.
- Wyrok Sądu UE z 17.12.2019 r., Polska/Komisja, T-21/18, ECLI:EU:T:2019:865.
- Wyrok TS z 7.02.1979 r., Francja/Komisja, sprawy połączone 15/76 i 16/76, ECLI:EU:C:1979:29.
- Wyrok TS z 12.11.1981 r., Meridionale Industria Salumi i in., sprawy połączone 212/80 do 217/80, ECLI:EU:C:1981:270.
- Wyrok TS z 11.01.2001 r., Grecja/Komisja, C-247/98, ECLI:EU:C:2001:4.
- Wyrok TS z 21.06.2007 r., ROM-projecten, C-158/06, ECLI:EU:C:2007:370.
- Wyrok TS z 6.05.2008 r., Parlament Europejski/Rada, C-133/06, ECLI:EU:C:2008:257.
- Wyrok TS z 22.10.2013 r., Rada/Komisja, C-137/12, ECLI:EU:C:2013:675.
- Wyrok TS z 17.09.2014 r., Liivimaa Lihaveis, C-562/12, ECLI:EU:C:2014:2229.
- Wyrok TS z 6.11.2014 r., Włochy/Komisja, C-385/13 P, ECLI:EU:C:2014:2350.
- Wyrok TS z 25.10.2017 r., Komisja/Rada (CMR 15), C-687/15, ECLI:EU:C:2017:803.
- Wyrok TS z 20.12.2017 r., Hiszpania/Rada, C-521/15, ECLI:EU:C:2017:98.

Wyrok TS z 21.06.2018 r., Polska/Parlament i Rada, C-5/16, ECLI:EU:C:2018:483.

Wyrok TS z 24.06.2019 r., Komisja/Polska, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531.

Wyrok TS z 26.03.2020 r., Simpson/Rada i HG/Komisja, C-542/18 RX-II i C-543/18 RX-II, ECLI:EU:C:2020:232.

Strony internetowe

http://publications.europa.eu/resource/cellar/7291a4a1-f08e-4712-919d-2b65fd452582.0012.03/DOC_1

<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13593-2018-INIT/en/pdf>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0324&from=EN>

https://multimedia.europarl.europa.eu/pl/plenary-session_20200709-0900-PLenary_vd

<https://www.consilium.europa.eu/media/45127/210720-euco-final-conclusions-pl.pdf>

<https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2020/07/sn00011.en20.pdf>

*Małgorzata Niewiadomska-Cudak**

 <https://orcid.org/0000-0002-1745-7707>

EWOLUCJA REGULACJI PRAWNYCH DOTYCZĄCYCH OBYWATELSKIEJ INICJATYWY UCHWAŁODAWCZEJ ORAZ JEJ PRAKTYCZNE ZASTOSOWANIE NA PRZYKŁADZIE PROJEKTÓW UCHWAŁODAWCZYCH ZAPROPONOWANYCH PRZEZ MIESZKAŃCÓW ŁODZI

Streszczenie. Artykuł poświęcony jest problemowi obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej. Przedmiotem podjętych rozważań jest dokonanie analizy obowiązujących uregulowań prawnych dotyczących obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej. W artykule omówiono prace nad zmianami w polskim prawodawstwie, mające na celu ułatwienie w korzystaniu z tej formy aktywności społecznej. Na przykładzie Łodzi zaprezentowano aktywność obywateli w zakresie wnoszenia obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej tuż przed, jak i po zmianie przepisów. Tym samym przeanalizowano trafność i zupełność rozwiązań legislacyjnych w kontekście praktycznym.

Artykuł jest także odpowiedzią na pytanie, czy uregulowanie obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej w przepisach ustawowych rozwiązało dylematy prawne w tym zakresie. Uwzględnienie obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej w ustawach samorządowych to pierwszy krok w kierunku urzeczywistnienia fazy inicjatorskiej tworzenia przez mieszkańców lokalnego prawa, ale nie jedyny, który należy podjąć, aby owa instytucja zaistniała w świadomości mieszkańców.

Słowa kluczowe: inicjatywa obywatelska, inicjatywa uchwałodawcza, jednostki samorządu terytorialnego, statut, polskie prawodawstwo.

THE EVOLUTION OF CIVIL LEGISLATIVE INITIATIVE LEGAL REGULATION AND ITS PRACTICAL PURPOSE BASED ON CITIZENS OF ŁÓDŹ DRAFT OF RESOLUTION PROJECTS

Abstract. The article concerns on the citizens' resolution initiative issue. The subject matter of the study is to undertake an analysis of the current legal regulations applicable to citizens' resolution initiative in terms of the above mentioned initiative. The article discusses works on changes in the Polish legislation which will simplify the usage of this form of civil activity. Based on the example of the city of Łódź, the author has presented the citizens' activity in the field of civil legislative initiative before and after changes in law. Thereby, the accuracy and absoluteness of these legislative solutions has been analysed practically.

The article also tries to answer the question, whether the settlement of civil legislative initiative in legal regulations solved the legitimate dilemma in this range. The settlement of the civil legislative initiative in self-governments' statutory law is the first step to implement the initiative

* Akademia Ekonomiczno-Humanistyczna w Warszawie, m.niewiadomska-cudak@vizja.pl

stage of locals creating the law, but not the only one which has to be taken, so the mentioned institution can come into existence in the residents' awareness.

Keywords: citizens' initiative, regulation initiative, unit of territorial self-government, statute, Polish legislation.

1. WSTĘP

W wyniku transformacji ustrojowej po 1989 roku nastąpiły radykalne zmiany w zakresie struktury administracji publicznej, wcześniej określanej jako państwowa. Największym jej osiągnięciem było przywrócenie samorządu gminnego w 1990 roku, a w 1998, wraz z reformą administracyjną państwa, samorządu powiatowego i wojewódzkiego¹.

W ustawie zasadniczej z 1997 roku określono zasadę samodzielności i niezależności samorządu terytorialnego w Polsce. Samorząd terytorialny uznano za najważniejszą formę decentralizacji władzy publicznej (art. 15 ustawy z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. Nr 78, poz. 483, ze zm.). Zgodnie zaś z art. 16 ust. 1 Konstytucji RP podmiotem władzy w jednostkach samorządu terytorialnego stała się wspólnota samorządowa, definiowana jako ogół mieszkańców danej jednostki samorządu terytorialnego. W literaturze przedmiotu podkreślano, że aktywna rola członków społeczności lokalnej może przejawiać się poprzez mechanizmy demokracji bezpośredniej (referenda lokalne) czy partycypacji społecznej w procesie zarządzania (prawo współuczestnictwa w procesie decyzyjnym) (Swianiewicz 2008, 83).

Warunkiem koniecznym ewolucji samorządu terytorialnego jako instytucji społeczeństwa obywatelskiego stało się uczestnictwo i zaangażowanie obywateli oraz organizacji obywatelskich w działalność lokalną (Brzeski 2014). Wyposażenie mieszkańców w możliwość bezpośredniego i pośredniego udziału w podejmowaniu rozstrzygnięć, artykułowanie swoich potrzeb oraz rozwiązywanie rzeczywistych problemów może odbywać się za pomocą wykorzystania jednego z instrumentów partycypacji społecznej (Szewc, Szewc 1999, 56; Koniuszewska 2019), a mianowicie obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej. Należy ją uznać za odpowiednik inicjatywy ustawodawczej na poziomie samorządu terytorialnego (Staszczak 2012, 296). Jest ona przejawem demokracji semibezpośredniej (Uziębło 2009, 11–19, 61–65; Staszczak 2012, 291). Tylko referendum lokalne jest przykładem demokracji bezpośredniej w czystej postaci, gdyż mieszkańcy mają wówczas przyznane uprawnienia o charakterze władczym (Staszczak 2012, 291).

Do czasu wprowadzenia ustawowej regulacji inicjatywy uchwałodawczej, nieliczne gminy zdecydowały się na wprowadzenie tej instytucji (Staszczak 2012,

¹ Od dnia 1 stycznia 1999 r. jednostkami terytorialnego podziału państwa stały się gminy, powiaty i województwa.

296; Dolnicki 2012). Od wielu lat wielokrotnie wskazywano na potrzebę ustawowej regulacji w tym zakresie (Augustyniak 2014, 378).

Obywatelska inicjatywa uchwałodawcza polega na tym, że mieszkańcom danej jednostki samorządowej przyznaje się prawo do przedstawienia projektów uchwał pod obrady organu stanowiącego. Jest to forma wpływania na działania organów samorządowych (Łabędź 2015, 99). Należy więc stwierdzić, że uprawnienie to jest instrumentem służącym uwalnianiu energii społecznej wspólnoty samorządowej, której celem jest udział obywateli w sprawowaniu władzy lokalnej poprzez kreowanie rzeczywistości za pomocą tworzonego prawa.

Dyskusja dotycząca udziału mieszkańców w kształtowaniu sytuacji prawnej, mającej znaczenie dla ich życia codziennego, toczy się od dłuższego czasu. Obywatelska inicjatywa uchwałodawcza stała się skutecznym narzędziem będącym szybką reakcją prawną obywateli na zmieniającą się rzeczywistość.

Niniejszy artykuł ma na celu odpowiedzieć na pytanie, czy uregulowanie obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej w przepisach ustawowych rozwiązało wszystkie dylematy, zarówno prawne, jak i politologiczne w tym zakresie. Wcześniej pojawiły się zastrzeżenia odnośnie legalności przyjmowania tej instytucji w statutach jednostek samorządu terytorialnego. Zostanie przedstawiona geneza dotycząca wprowadzenia obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej do unormowań legislacyjnych. W tym celu przeanalizowano propozycje Prezydenta RP Bronisława Komorowskiego oraz petycję złożoną przez obywateli do kancelarii Sejmu RP. Odniesienie badań do określonych przepisów prawnych stało się konieczne z uwagi na postawioną hipotezę, którą jest założenie, że tylko w ten sposób można było ograniczyć dużą swobodę rad miejskich, zezwalającą im chociażby na decydowanie o kręgu osób uprawnionych do inicjatywy uchwałodawczej. W konsekwencji doprowadzało to często do faktycznego wyłączenia możliwości partycypacji mieszkańców w uchwalaniu prawa miejscowego, na co wcześniej zwracali uwagę niektórzy badacze (Staszczak 2012, 297). W literaturze przedmiotu podkreślano, że „brak szczegółowej regulacji ustawowej nie może być w żadnym wypadku uznawany za milczący zakaz przyznawania mieszkańcom wspólnoty samorządowej dodatkowych praw, które nie są przewidziane w ustawodawstwie” (Uziębło 2011, 53 i n.).

Druga hipoteza stanowi, że uwzględnienie obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej w ustawach samorządowych to nie tylko urzeczywistnienie fazy inicjatorskiej tworzenia przez mieszkańców lokalnego prawa, ale także ugruntowanie owej instytucji w świadomości mieszkańców.

Należy podkreślić, że z uwagi na doniosłe znaczenie obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej dla działalności jednostek samorządu terytorialnego, wielokrotnie zabiegano o wprowadzenie ustawowych regulacji w tym zakresie. Formułowano wręcz postulat *de lege ferenda*, aby przyjmowane podstawy prawne w możliwie największym stopniu umożliwiały mieszkańcom korzystanie z inicjatywy uchwałodawczej (Rachwał 2016, 21). Warto więc przeanalizować proces

legislacyjny, który zakończył się normatywną legitymacją w ustawodawstwie zwykłym poprzez wejście w życie ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o zmianie niektórych ustaw w celu zwiększenia udziału obywateli w procesie wybierania, funkcjonowania i kontrolowania niektórych organów publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 130).

Konstrukcja artykułu obejmuje wstęp, problemy występujące w związku z brakiem umocowania tej instytucji w ustawie, charakterystykę podstaw prawnych obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej przed wprowadzeniem ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. oraz związane z tym wątpliwości, które pojawiły się w orzecznictwie sądów administracyjnych, w sytuacji gdy organ nadzoru kwestionował legalność uchwał organów jednostek samorządu terytorialnego w tej kwestii. Zostanie także zaprezentowana próba podjęta przez Prezydenta RP Bronisława Komorowskiego, polegająca na wprowadzeniu projektu ustawy dotyczącego obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej, a także petycja wniesiona do Sejmu RP w sprawie uregulowania tej instytucji. Przedstawiono drogę dojścia do aktualnych unormowań prawnych w tym zakresie i propozycje grupy posłów z klubu parlamentarnego Prawa i Sprawiedliwości. Na przykładzie Łodzi zaprezentowano także aktywność obywateli w zakresie wnoszenia obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej tuż przed, jak i po zmianie przepisów. Tym samym przeanalizowano trafność i zupełność rozwiązań legislacyjnych w kontekście praktycznym. W zakończeniu zinterpretowano wnioski z przeprowadzonej analizy.

2. PROBLEMY WYNIKAJĄCE Z BRAKU REGULACJI PRAWNEJ W ZAKRESIE INICJATYWY UCHWAŁODAWCZEJ MIESZKAŃCÓW

W każdym mieście lub gminie szczegółowe rozwiązania dotyczące inicjatywy uchwałodawczej ustalało się lokalnie (Niewiadomska-Cudak 2018, 94). Przedmiotowa procedura była przyjmowana zazwyczaj w statutach jednostek samorządu terytorialnego, gdzie przeważnie zapisywano, że „prawo inicjatywy uchwałodawczej przysznaje się mieszkańcom gminy posiadającym prawo wybierania do rady gminy” (Brzeski 2014, 283).

W świetle przepisów konstytucyjnych i odpowiednich norm ustrojowych² podstawą prawną dla uregulowania obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej stały się właśnie statuty poszczególnych jednostek. To wspólnoty mieszkańców miały decydować o tym, czy w statucie danej jednostki samorządu terytorialnego ma

² Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, Dz.U. z 2019 r. poz. 506, ze zm. dalej jako u.s.g. o ustroju gminy stanowi jej statut. Natomiast art. 22 ust. 1 u.s.g. stanowi, że organizację wewnętrzną oraz tryb pracy organów gminy określa statut gminy w ustawie o samorządzie gminnym. Analogicznie regulacje zawierają przepisy: art. 2 ust. 4 i art. 19 ustawy o samorządzie powiatowym, Dz.U. z 2019 r. poz. 511, ze zm. oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie wojewódzkim, Dz.U. z 2019 r. poz. 512, ze zm.

występować taka instytucja. Należy więc zaznaczyć, że zarówno ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, ani ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym i wojewódzkim nie zawierały żadnych regulacji, które by wprost odnosiły się do pojęcia inicjatywy uchwałodawczej mieszkańców i definiowały je. Jedynie ustawa o samorządzie gminnym w art. 5 ust. 2 wspominała o inicjatywie mieszkańców w zakresie uchwały o utworzeniu jednostki pomocniczej gminy. Brak było jednak szczegółowych zasad i trybu występowania przez mieszkańców z taką inicjatywą. Warto podkreślić, że żaden z przepisów nie rozstrzygał powyższej kwestii, w jakiej formie i w jakiej liczbie mieszkańcy mogliby wyrazić swoją wolę (Izdebski 2011, 100; Bohdan 2013, 399). Skoro w ustawie nie sprecyzowano, co należy uznać za inicjatywę mieszkańców, uważano, że owo zagadnienie powinno być rozstrzygnięte w statucie gminy, w rozdziale, który został poświęcony zasadom tworzenia, łączenia, podziału i znoszeniu jednostek pomocniczych (Szewc, Jyż, Pławecki 2011, 172). Obywatelska inicjatywa uchwałodawcza, jak podkreślano w literaturze, komponuje się z zasadą demokratycznego państwa prawa wyrażaną w art. 2 ustawy zasadniczej (Miruć 2010, 31). Inną konstytucyjną podstawą miała być zasada subsydiarności (pomocniczości) oraz forma dialogu społecznego wspomniana w Preambule Konstytucji RP. Z jednej strony obywatelska inicjatywa uchwałodawcza miała wystarczającą do zaistnienia konstytucyjną podstawę prawną oraz ustawy ustrojowe upoważniające do statutowego unormowania tej instytucji, z drugiej wskazywano na konieczność uchwalenia bardziej szczegółowych unormowań prawnych w tym zakresie. Wynikało to z kilku poniżej wskazanych przyczyn.

Po pierwsze, konsekwencją braku unormowania wprost omawianej instytucji było konkretne jej zapisanie w statucach poszczególnych jednostek samorządu terytorialnego (lub w ich załącznikach) albo w statutach jednostek pomocniczych (sołectwa, osiedla). Jednak, jak zwrócił uwagę Grzegorz Makowski – „wykonywanie prawa do obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej przez sołectwo nie było formą w pełni bezpośredniego udziału mieszkańców w sprawowaniu władzy” (Makowski 2012, 299).

Istniała również trzecia możliwość przedkładania obywatelskich projektów uchwał organom stanowiącym przez złożenie wniosku³. Ten tryb nie był jednak często wykorzystywany. Jak argumentowano, nie wszyscy obywatele byli świadomi, że korzystając z przepisów kodeksu postępowania administracyjnego, mogą zaproponować radzie czy sejmikowi własny projekt uchwały (Makowski 2012, 301). Poza tym kodeks postępowania administracyjnego nie gwarantował obywa-

³ Zgodnie z przepisami kodeksu postępowania administracyjnego G. Makowski nazwał go „trybem wnioskowym”, natomiast specjalne przepisy zawarte w statucie danej jednostki samorządowej, zapewniające grupie mieszkańców prawo inicjatywy uchwałodawczej – „trybem statutowym” oraz dzięki przepisom statutów jednostek samorządowych lub statutów jednostek pomocniczych, umożliwiającym tym jednostkom występowanie z własnymi projektami uchwał – „trybem jednostkowym” (Makowski 2012, 297–298).

telom aktywnego udziału w całości procesu uchwałodawczego (Makowski 2012, 301).

Z uwagi na to, że ustawa o samorządzie gminnym stanowi, że o „ustroju gminy decyduje jej statut”, kwestię inicjatywy uchwałodawczej zaczęto traktować jako stricte ustrojową. To statuty określały tryb, sposób, liczbę osób mogących występować z taką inicjatywą, jak również wzory formularzy do wypełnienia przez inicjatorów. Z analizy treści statutów 619 jednostek samorządu terytorialnego (wszystkie powiaty i gminy miejskie) przeprowadzonej przez Fundację Inicjatywy na Rzecz Społeczeństwa wynikało, że zaledwie w 29% samorządach przewidziano możliwość występowania z inicjatywą uchwałodawczą przez podmioty zewnętrzne⁴. Natomiast z badań przeprowadzonych w ramach projektu „Decydujemy razem” wynikało, że w swoich statutach kwestię obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej zapisało tylko 41% gmin (zob. Kubel-Grabau 2015)⁵. Z obserwacji zrealizowanych przez Magdalenę Kalisiak-Mędelską wynikało, że bezpośrednia inicjatywa uchwałodawcza mieszkańców jako narzędzie współdecydowania była stosowana przez 16,5% badanych gmin, w tym 31,6% stanowiły gminy miejskie, 13,3% miejsko-wiejskie, 14,7% wiejskie (Kalisiak-Mędelska 2015, 258). Nasuwał się z tego wniosek, że forma partycypacji społecznej najlepiej była rozwinięta w gminach miejskich, w których – jak wskazywała badaczka – wykorzystywany był zdecydowanie szerszy i bardziej zróżnicowany katalog narzędzi partycypacyjnej aktywności (Kalisiak-Mędelska 2015, 260). Badania przeprowadzone przez G.A. Makowskiego dowiodły, że inicjatywę uchwałodawczą można było spotkać w 53% statutach przebadanych gminach miejskich, 43% gminach wiejskich i 30% gminach miejsko-wiejskich (Makowski 2012, 299). Natomiast projekty uchwał przedkładane przez jednostki pomocnicze rozpatrywano w 11% samorządów (Makowski 2012, 298). Jeżeli chodzi o „tryb wnioskowy”, to tylko w siedmiu badanych samorządach zgłoszono w ten sposób obywatelski projekt uchwały (Makowski 2012, 298). Miejskie wzorce regulacji inicjatywy uchwałodawczej mieszkańców określone w statutach nie były więc uniwersalne. Pojawiły się bowiem wątpliwości, czy statut gminy powinien być jedynym źródłem owej regulacji prawnej (Staszczak 2012, 297; Niewiadomska-Cudak 2018, 95).

Po drugie, kluczowym zagadnieniem było ustalenie liczby osób mogących wystąpić z omawianą inicjatywą. W jednostkach samorządu terytorialnego występowały duże różnice w ustaleniu wysokości koniecznego poparcia. W Tomaszowie Mazowieckim i w Toruniu wymagana liczba podpisów, stanowiąca procent liczby mieszkańców, wynosiła 0,08 (Staszczak 2012, 296). W Łodzi poparcie dla

⁴ Fundacja Inicjatywy na Rzecz Społeczeństwa przeprowadziła analizę statutów pod kątem regulacji odnoszących się do zasady jawności funkcjonowania organów stanowiących (Widera 2015).

⁵ Należy także wspomnieć o badaniach przeprowadzonych przez Stowarzyszenie Akcja Koin, które wysłało ankiety do 1400 urzędów dotyczące obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej. Wynika z niej, że takie rozwiązanie wprowadziło jedynie 21% samorządów (Dudkiewicz 2016).

obywatelskiego projektu uchwały wynosiło po wprowadzeniu zapisów w statucie w 2008 r. 0,83% liczby mieszkańców czyli 6 tysięcy osób⁶. Natomiast w Warszawie na ponad 1,7 miliona mieszkańców należało zebrać 15 tysięcy podpisów (0,87%), a w Płocku niezbędne stało się zebranie 3 tysięcy podpisów (2,43%) na 124 tysiące mieszkańców (Fundacja Normalne Miasto Fenomen 2014). W województwie łódzkim, oprócz Łodzi i Tomaszowa Mazowieckiego, tę instytucję wprowadzono w Piotrkowie Trybunalskim, Pabianicach, Skierniewicach, Brzezinach i Bełchatowie. W każdym z tym miast regulację dotyczącą obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej zapisano w statutach i tam również określono liczbę osób popierających dany projekt uchwałodawczej inicjatywy obywatelskiej. Co ciekawe, w Tomaszowie Mazowieckim była to grupa 50 mieszkańców gminy, posiadających czynne prawo wyborcze do Rady Miejskiej Tomaszowa Mazowieckiego, a w Piotrkowie Trybunalskim wprowadzono poziom tysiąca podpisów, a miasta te mają podobną liczbę mieszkańców (szerzej: Niewiadomska-Cudak 2018, 86). Taka swoboda była przyczyną tego, że procedura wnoszenia projektu uchwały wyglądała inaczej w każdej gminie (Staszczak 2012, 297). Z racji tego, że nie istniały żadne ograniczenia dotyczące kwestii wysokości koniecznego poparcia tej inicjatywy, jak się okazało, rady miejskie stosowały zupełną dowolność w tej materii (Staszczak 2012, 297; Niewiadomska-Cudak 2018, 86).

Ustawowe uregulowanie tej kwestii miało usystematyzować także sprawę reprezentatywności, określonej na poziomie procentowym w stosunku do liczby mieszkańców posiadających czynne prawo wyborcze. Ustalenie tej liczby na zbyt wysoką mogło zniechęcić potencjalnych mieszkańców do inicjatywy. W Warszawie, gdzie konieczne było zebranie 15 tysięcy podpisów pod projektem, mieszkańcy nie byli w stanie zgłosić żadnego projektu uchwały (Staszczak 2012, 297). Natomiast w Łodzi wcześniejsze rozwiązania przyjęte przez radnych, a dotyczące m.in. wysokiej liczby podpisów wynoszącej 6 tysięcy, nie znalazły akceptacji u organizacji pozarządowych, które postanowiły zabiegać o zmniejszenie liczby osób popierających projekt uchwałodawczej inicjatywy obywatelskiej (Niewiadomska-Cudak 2018, 87).

Sugerowano także, że zbyt mała liczba podpisów może powodować wnoszenie przez mieszkańców często nieprzemyślanych i niepotrzebnych projektów. W praktyce nie miało to jednak uzasadnienia (Staszczak 2012, 298). Koniecznym zagadnieniem było więc ustalenie liczby podpisów pod poparciem projektu uchwały.

Po trzecie, widoczny był opór władz lokalnych przed przyznaniem tego uprawnienia mieszkańcom (Makowski 2012, 303). Radni uważali, że inicjowanie procesu uchwałodawczego jest wyłącznie ich domeną, bo to przecież oni zostali

⁶ W uchwale nr XCIII/1964/14 Rady Miejskiej w Łodzi z dnia 24 września 2014 r. w sprawie zmiany Statutu Miasta Łodzi dokonano ważnych zmian polegających nie tylko na zmniejszeniu liczby podpisów do 1000, ale także dokładnie określono kwestie związane z pracami nad obywatelskim projektem uchwały.

wybrani i otrzymali mandat do reprezentowania wspólnoty samorządowej (Makowski 2012, 303).

Najczęściej podnoszonym argumentem był ten, że mieszkańcy nie posiadają odpowiedniego przygotowania merytorycznego do stanowienia prawa. Należy podkreślić, że często sami włodarze miast czy radni nie mieli odpowiedniego wykształcenia prawniczego i doświadczenia w procesie stanowienia prawa (Makowski 2012, 298). Innym argumentem była obawa, że przyznanie tego uprawnienia powodowałoby zakłócenia spokojnej i prawidłowej działalności rady miasta (Staszczak 2012, 298–299), co także należało uznać za bezzasadne, gdyż sesje rad miejskich nierzadko stawały się polem walki organu wykonawczego z opozycyjnymi radnymi (Staszczak 2012, 298–299)⁷.

Po czwarte, brak świadomości mieszkańców, że mają możliwość inicjatywy uchwałodawczej, był kolejnym argumentem, aby tę instytucję uregulować w aktach prawnych rangi ustawowej (Staszczak 2012, 298–299).

3. ROZBIEŻNOŚCI W ORZECZNICTWIE SĄDÓW ADMINISTRACYJNYCH W ZAKRESIE BRAKU PODSTAW PRAWNYCH DO UMIESZCZENIA OBYWATELSKIEJ INICJATYWY UCHWAŁODAWCZEJ W STATUTACH JEDNOSTEK SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO

W poszczególnych samorządach szczegółowe rozwiązania dotyczące obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej, jak wspomniano wyżej, ustalano lokalnie, a następnie zapisywano w statutach gmin, miast, powiatów i jednostek pomocniczych. Z uwagi na brak regulacji w aktach prawa powszechnie obowiązującego, pojawiły się wątpliwości, czy statut gminy czy powiatu powinien być jedynym źródłem regulacji prawnej w tym zakresie.

Na brak podstawy prawnej do umieszczenia takich przepisów w statutach wskazywały orzeczenia niektórych wojewódzkich sądów administracyjnych. Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 3 kwietnia 2006 r. stwierdził, że rada gminy nie może w statucie określić, że mieszkańcom wspólnoty samorządowej przysługuje inicjatywa uchwałodawcza (sygn. akt III SA/Wr 584/05). Wyrok ten nie został zaskarżony skargą kasacyjną przez gminę, stąd Naczelny Sąd Administracyjny nie miał możliwości wypowiedzieć się w przedmiotowej kwestii w owym okresie. Warto jednak zwrócić uwagę, że ocena prawna wyrażona w prawomocnym wyroku WSA we Wrocławiu oddziaływała na kolejne orzeczenia sądów w powyższej materii. WSA w Olsztynie wyrokiem z 28 października 2008 r. (II SA/OI 737/08) w swoich rozstrzygnięciach prawnych

⁷ Zob. także: Uchwała NR LXXXVI/1782/14 Rady Miejskiej w Łodzi z dnia 7 maja 2014 r. Stanowisko w sprawie publicznej oceny działalności Rady Miejskiej w Łodzi, dokonanej przez Prezydenta Miasta Łodzi podczas LXXXIV sesji w dniu 23 kwietnia 2014 r.

odwołał się i zacytował ocenę prawną wyrażaną w wyroku WSA we Wrocławiu z 3 kwietnia 2006 r.

Nieco inne stanowisko zostało przyjęte przez WSA w Olsztynie w związku ze skargą Wojewody Warmińsko-Mazurskiego, dotyczącą uchwały Rady Miasta Ełku z dnia 29 stycznia 2008 r. w sprawie uchwalenia Statutu Miasta Ełku. W wyroku z dnia 14 maja 2013 r. (wyr. WSA w Olsztynie z dnia 14 maja 2013 r., sygn. akt II SA/OI 196/13) sąd nie podzielił argumentacji wojewody i stwierdził, że Rada Miasta Ełku nie naruszyła prawa, wprowadzając zapis dotyczący przyznania inicjatywy uchwałodawczej grupie osób stanowiącej co najmniej 1% mieszkańców Ełku posiadających czynne prawo wyborcze. WSA w Olsztynie argumentował, że jeżeli wprowadzone uprawnienie nie narusza żadnego z przepisów ustawy o samorządzie gminnym, Konstytucji RP lub też innego aktu normatywnego, to nie sposób uznać, że zapis taki jest niezgodny i pozostaje poza pojęciem „w granicach ustaw”. Organ nadzoru zaskarżył to orzeczenie skargą kasacyjną i Naczelny Sąd Administracyjny po raz pierwszy miał możliwość wypowiedzenia się w przedmiotowej sprawie.

W tezie do wyroku sprawy ze skargi kasacyjnej Wojewody Warmińsko-Mazurskiego od wyroku WSA w Olsztynie z dnia 14 maja 2013 r. sygn. akt II SA/OI 196/13 Naczelny Sąd Administracyjny wyjaśnił, że

przyznanie grupom mieszkańców inicjatywy uchwałodawczej, przy braku unormowań regulujących tę kwestię oraz w świetle wykładni systemowej ustawy o samorządzie gminnym i wspólnotowego charakteru jednostek samorządu terytorialnego, mieści się w granicach obowiązującego prawa, a tym samym prawa tego nie narusza⁸.

NSA podkreślił w uzasadnieniu wyroku, że

samorząd sam w sobie jest wartością demokratyczną, a do jego cech (określanych także jako „wartości”) zalicza się m.in. samodzielność i wspólnotowy, społecznościowy charakter. Wyposażenie mieszkańców jednostki samorządu terytorialnego w inicjatywę uchwałodawczą wpisuje się w nurt społeczeństwa obywatelskiego, pozwalając na bezpośredni udział obywateli w podejmowaniu rozstrzygnięć przez organ uchwałodawczy⁹.

W późniejszych orzeczeniach sądów administracyjnych przedmiotem rozważań była kwestia szczegółowych przepisów regulujących inicjatywę uchwałodawczą. Warto wskazać na wyrok WSA w Olsztynie z 23 stycznia 2014 r. (sygn. akt II SA/OI 553/13) dotyczący rozpoznania skargi Wojewody Warmińsko-Mazurskiego z dnia 27 maja 2013 r. Sąd opowiedział się za legalnością postanowień statutu odnoszących się do przyznania mieszkańcom gminy inicjatywy uchwałodawczej, jednak zakwestionował unormowania w zakresie dwuetapowości postępowania (zob. więcej: Cudak 2018, 74).

⁸ Wyr. NSA z dnia 21 listopada 2013 r., sygn. akt II OSA 1887/13.

⁹ Ibidem.

Należy więc przyjąć, że w orzecznictwie sądów administracyjnych ostatecznie uznano, że jednostki samorządu terytorialnego są uprawnione do wprowadzenia w swych statutach owej instytucji. Było to jednak uzależnione od organów stanowiących, co powodowało, że nie wszędzie wprowadzono obywatelską inicjatywę uchwałodawczą. Samorządy same określały zasady realizacji tej inicjatywy.

4. PROPOZYCJE PRAWNYCH UREGULOWAŃ OBYWATELSKIEJ INICJATYWY UCHWAŁODAWCZEJ ZAINICJOWANE PRZEZ PREZYDENTA RP ORAZ OBYWATELI W FORMIE PETYCJI

W 2013 roku Prezydent RP Bronisław Komorowski podjął próbę inicjatywy ustawodawczej w zakresie uregulowania obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej. Uczynił to w projekcie ustawy o współdziałaniu w samorządzie terytorialnym na rzecz rozwoju lokalnego i regionalnego oraz o zmianie niektórych ustaw¹⁰. Zaproponowany projekt aktu normatywnego miał unormować stan prawny co do obowiązywania obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej w statucie jednostki samorządowej, a tym samym rozwiać wątpliwości co do podstaw prawnych uregulowania tej instytucji.

W przedmiotowym projekcie proponowano nowelizację ustawy o samorządzie gminnym poprzez dodanie art. 12a w brzmieniu: „Mieszkańcom gminy mającym prawo wybierania do rady gminy przysługuje prawo obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej”. Projekt ustawy zawierał również zastrzeżenie, iż „obywatelska inicjatywa uchwałodawcza nie może dotyczyć uchwał, dla których ustawy zastrzegają wyłączną właściwość organu wykonawczego do wniesienia projektu uchwały”. Chodziło tutaj w szczególności o budżet gminy i miejscowe plany zagospodarowania przestrzennego lub zmiany tych aktów. W projekcie zapisano, że to statut gminy określa zasady i tryb wykonania prawa obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej, oraz minimalną liczbę mieszkańców mogących wystąpić z inicjatywą uchwałodawczą, która nie może być większa niż 15% mieszkańców zamieszkujących daną gminę. Rada gminy projekt uchwały wniesiony jako obywatelska inicjatywa uchwałodawcza miała rozpatrzyć bez zbędnej zwłoki (zob. Druk Nr 1699, art. 12 ust. 3 pkt 2). Statut gminy miał także określać uprawnienia wnioskodawcy na etapie prac rad gminy nad projektem uchwały (zob. Druk Nr 1699, art. 12 ust. 3 pkt 3).

Analogiczne zmiany przewidywano w ustawie o samorządzie powiatowym i wojewódzkim, przy czym w tym ostatnim liczba mieszkańców mogących

¹⁰ Projekt ustawy o współdziałaniu w samorządzie terytorialnym na rzecz rozwoju lokalnego i regionalnego oraz o zmianie niektórych ustaw, wychodzący z założenia, iż „istotą samorządu terytorialnego jest samodzielność, wpływająca z urzeczywistnienia zasady pomocniczości”, wniesiony został do Sejmu 30 sierpnia 2013 r. przez Prezydenta RP.

wystąpić z inicjatywą uchwałodawczą nie mogła być większa niż 5% posiadających czynne prawo wyborcze (zob. Druk Nr 1699, art. 5a ust. 1, ust. 2–3).

Omawiany projekt Prezydenta RP zawierał także przepisy przejściowe, które miały znaleźć zastosowanie w sytuacji, gdy organ stanowiący nie znowelizował statutu (zob. Druk Nr 1699, art. 91, 92 ust. 1 i 2, art. 92 ust. 3, art. 93 ust. 1–5).

W zaproponowanym projekcie ustawy gminy (podobnie powiaty i samorządowe województwa) miały swobodę określania minimalnej liczebności grupy mieszkańców uprawnionych do wystąpienia z obywatelską inicjatywą uchwałodawczą. Jedynym ustawowym ograniczeniem tej swobody było wprowadzenie maksymalnego progu wymaganego poparcia w wysokości 15% (5% w przypadku województwa) uprawnionych do głosowania. W mojej ocenie ten maksymalny pułap został określony zbyt wysoko. Przykładowo w przypadku dużych miast takich jak Kraków czy Łódź, ta liczba, przy zastosowaniu 15%, wynosiłaby ponad 100 tysięcy mieszkańców uprawnionych do głosowania w wyborach do rady miejskiej. W ten sposób byłaby to fikcja i taka regulacja mogłaby zablokować inicjatywę mieszkańców.

Prezydencki projekt ustawy nie został jednak uchwalony. Wraz z zakończeniem VII kadencji Sejmu RP, zgodnie z zasadą dyskontynuacji, nie można było prowadzić dalszych prac legislacyjnych.

Nadal więc organ stanowiący danej jednostki samorządowej, poprzez zapis w swoim statucie, miał decydować o tym, czy mieszkańcy będą mogli występować z projektem uchwały czy nie. Ta swoboda, jaką miały samorządy w tworzeniu tej regulacji, jak argumentowano wyżej, generowała wiele rozwiązań. Taki stan prawny należało oceniać negatywnie.

Do kancelarii Sejmu RP trafiła petycja obywateli dotycząca zmiany ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym oraz ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie wojewódzkim. Petycja dotyczyła wprowadzenia ustawowej możliwości występowania przez mieszkańców gmin, powiatów i województw z obywatelską inicjatywą uchwałodawczą do organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego¹¹. Autorzy argumentowali, że „wprowadzenie obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej w polskich ustawodawstwie spowoduje, że mieszkańcy danej jednostki staną się realnym partnerem organów władzy samorządowej i czynnym uczestnikiem procesu jej sprawowania”¹². Projektodawcy proponowali, aby obywatelska inicjatywa uchwałodawcza nie mogła dotyczyć uchwał, dla których

¹¹ Petycja w sprawie zmiany ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2016 r. poz. 446 ze zm.), ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz.U. z 2016 r. poz. 814 ze zm.) oraz ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz.U. z 2016 r. poz. 486 ze zm.) w zakresie wprowadzenia możliwości występowania przez mieszkańców gmin, powiatów i województw z obywatelską inicjatywą uchwałodawczą do organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego.

¹² Ibidem.

ustawy zastrzegają wyłączną właściwość organu wykonawczego do wniesienia projektu uchwały. Grupa osób mogąca wnieść obywatelską inicjatywę uchwałodawczą w gminie i powiecie miała wynosić co najmniej 10% mieszkańców gminy mających prawo wybierania do rady gminy i rady powiatu, a w województwie 5%. Statut gminy miał określać zasady i tryb wykonywania obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej. Podczas posiedzenia Komisji do Spraw Petycji w dniu 12 września 2017 r. najwięcej wątpliwości wzbudziła liczebności grupy mieszkańców uprawnionych do wystąpienia z obywatelską inicjatywą uchwałodawczą (zob. Komisja do Spraw Petycji 2017). Wskazywano, że jest to zbyt wysoki pułap w przypadku dużych jednostek samorządu terytorialnego. W trakcie trwania komisji inicjatorzy skorygowali swój błąd dotyczący pułapu liczby podpisów, wskazując, że zaproponowane progi liczebności inicjatywy uchwałodawczej nie są minimalne, tylko maksymalne. Urszula Augustyn, która jako zastępca przewodniczącego Komisji do Spraw Petycji przedstawiała ten projekt, uważała, że należy nadać mu dalszy bieg, ponieważ poruszane kwestie nie budzą żadnych wątpliwości, a autorzy projektu przygotowali konkretne rozwiązania. Przewodniczący komisji – Sławomir Piechota – zarekomendował, aby wystąpić z inicjatywą ustawodawczą w oparciu o analizowaną petycję i w ramach prac rozważyć kwestie budzące wątpliwości. Komisja nie tylko więc postanowiła zająć się zaproponowaną petycją, ale w oparciu o nią wystąpić do Marszałka Sejmu RP z konkretnym projektem ustawy (Komisja do Spraw Petycji 2017). Należy zatem stwierdzić, że petycja mogła mieć wpływ na ostatecznie sformułowane przepisy, które znalazły się w ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o zmianie niektórych ustaw w celu zwiększenia udziału obywateli w procesie wybierania, funkcjonowania i kontrolowania części organów publicznych, dotyczące obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej.

5. WPROWADZENIE USTAWOWYCH REGULACJI OBYWATELSKIEJ INICJATYWY UCHWAŁODAWCZEJ

Poselski projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu zwiększenia udziału obywateli w procesie wybierania, funkcjonowania i kontrolowania niektórych organów publicznych z ramienia Prawa i Sprawiedliwości wpłynął do Sejmu 10 listopada 2017 r. (Druk Nr 2001). Projekt dotyczył, zgodnie z uzasadnieniem – zmiany ustaw o samorządzie gminy, powiatu, województwa mającej na celu zwiększenie udziału obywateli w procesie kontrolowania oraz funkcjonowania niektórych organów publicznych – władzy samorządowej oraz zwiększenia roli społeczeństwa w procesie wybierania organów pochodzących z wyborów powszechnych, a także kontroli tego procesu i organów opowiadających za przygotowanie i przeprowadzenie wyborów¹³.

¹³ Druk Nr 2001: uzasadnienie projektu ustawy.

Podczas pierwszego czytania w dniu 24 listopada 2017 r. zgłoszono wniosek o skierowanie projektu ustawy do Komisji Nadzwyczajnej do rozpatrzenia projektów ustaw z zakresu prawa wyborczego¹⁴. Komisja Nadzwyczajna w zakresie artykułów dotyczących obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej w ustawie o samorządzie gminnym, powiatowym i wojewódzkim, nie wniosła żadnych uwag (Druk Nr 2113). Ostatecznie cały projekt ustawy został przyjęty przez Sejm po III czytaniu w dniu 14 grudnia 2017 r. Ustawa weszła w życie 31 stycznia 2018 r.

W ustawie o samorządzie gminnym po artykule 41 dodano artykuł 41a, który stanowi, że grupa mieszkańców gminy, posiadających czynne prawa wyborcze do organu stanowiącego, może wystąpić z obywatelską inicjatywą uchwałodawczą.

Wyznaczono także dokładną liczbę osób, które mogą taką inicjatywą podjąć. W gminie do 5 tysięcy mieszkańców wskazano co najmniej 100 osób, w gminie do 20 tysięcy mieszkańców – co najmniej 200 osób, w gminie powyżej 20 tysięcy mieszkańców – co najmniej 300 osób.

W ust. 3 art. 41a przedmiotowej ustawy dodano, że „projekt uchwały zgłoszony w ramach obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej staje się przedmiotem obrad rady gminy na najbliższej sesji po złożeniu projektu, jednak nie później niż po upływie 3 miesięcy od dnia złożenia projektu”.

W ust. 4 art. 41a wskazano, że komitet inicjatywy uchwałodawczej ma prawo wskazywać osoby uprawnione do reprezentowania komitetu podczas prac rady gminy. Rada gminy miała jednak określić w drodze uchwały szczegółowe zasady wnoszenia inicjatyw obywatelskich, zasady tworzenia komitetów inicjatyw uchwałodawczych, zasady promocji obywatelskich inicjatyw uchwałodawczych, formalne wymogi, jakim muszą odpowiadać składane projekty, z zastrzeżeniem przepisów niniejszej ustawy¹⁵.

Natomiast w ustawie o samorządzie powiatowym z 5 czerwca 1998 r. dodano art. 42a, gdzie także wskazano grupę mieszkańców powiatu, posiadających czynne prawa wyborcze do organu stanowiącego, która może wystąpić z obywatelską inicjatywą uchwałodawczą. Może ona liczyć w powiecie do 100 tysięcy mieszkańców – co najmniej 300 osób, a w powiecie powyżej 100 tysięcy mieszkańców – co najmniej 500 osób. Projekt uchwały zgłoszony w ramach obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej staje się, podobnie jak w gminie, przedmiotem obrad rady powiatu na najbliższej sesji po złożeniu projektu, jednak nie później niż po upływie 3 miesięcy od dnia złożenia projektu.

Tutaj także komitet inicjatywy uchwałodawczej otrzymał prawo wskazania osoby uprawnionej do reprezentowania komitetu podczas prac rady. Rada powiatu również w drodze głosowania określała szczegółowe zasady wnoszenia inicjatyw

¹⁴ Druk Nr 2001: przebieg prac.

¹⁵ Ustawa z dnia 11 stycznia 2018 r. o zmianie niektórych ustaw w celu zwiększenia udziału obywateli w procesie wybierania, funkcjonowania i kontrolowania niektórych organów publicznych, Dz.U., poz 130.

obywatelskich, zasady tworzenia komitetów inicjatyw uchwałodawczych, zasady promocji obywatelskich inicjatyw uchwałodawczych, formalne wymogi, jakim muszą odpowiadać składane projekty, z zastrzeżeniem przepisów niniejszej ustawy.

Do ustawy o samorządzie wojewódzkim dodano art. 89a, w którym, podobnie jak w gminie i powiecie, grupa mieszkańców województwa, posiadających czynne prawa wyborcze do organu stanowiącego, może wystąpić z obywatelską inicjatywą uchwałodawczą. Grupa ta musi liczyć co najmniej 1000 osób. Zmieniła się więc tylko liczba osób, które z taką inicjatywą mogły wystąpić.

Przepisy ustawowe po pierwsze uregulowały wszelkie wątpliwości co do zastosowania obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej. Po drugie, określiły dokładnie liczbę osób, które mogą wystąpić z taką inicjatywą oraz czas wprowadzenia jej pod obrady sesji organu stanowiącego. Warto odnotować, że w porównaniu z poprzednimi propozycjami, wprowadzony maksymalny próg wymaganego poparcia określono na niewygórowanym poziomie. Sprawy szczegółowe dotyczące rodzaju spraw, formalnych wymogów, miały być określone w odrębnych przepisach.

Ustawodawca nie uregulował jednak kwestii dotyczących wydatków związanych z wykonaniem inicjatywy uchwałodawczej, co może rodzić wątpliwości dotyczące ponoszenia kosztów wynikających z realizacji obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej. Delegacja art. 41a ust. 5 ustawy o samorządzie gminnym nie upoważnia bowiem organu stanowiącego do nakładania obowiązku załączenia do projektu uchwały uzasadnienia, które powinno zawierać m.in. skutki finansowe i prawne wynikające z podjęcia uchwały oraz wskazywać źródła finansowania, jeżeli projekt pociąga za sobą obciążenie budżetu.

Kolejne zagadnienie dotyczyły zasad promocji obywatelskich inicjatyw uchwałodawczych, które miały określić w odrębnych uchwałach rady gmin. Rodzi to wątpliwości dotyczące braku jednolitości w uregulowaniu kampanii promocyjnych.

Poza tym wprowadzenie przepisów RODO może utrudnić gromadzenie podpisów pod inicjatywami obywatelskimi. Wynika to ze wzrostu ostrożności i społecznej wrażliwości w odniesieniu do własnych danych osobowych, na co zwrócili uwagę badacze zajmujący się analizą obywatelskich inicjatyw ustawodawczych (Peisert 2020, 69). Ta anachroniczność w zbieraniu podpisów wyłącznie drogą pisemną może być przyczyną zwiększenie się odmów podawania kompletnych danych wśród osób gotowych poprzeć projekt. Ustawodawca nie przewidział możliwości wprowadzenia elektronicznego udzielenia poparcia obywatelskim projektom uchwałodawczym.

6. OBYWATELSKIE PROJEKTY UCHWAŁODAWCZE ZAPROPONOWANE PRZEZ MIESZKAŃCÓW ŁODZI W DWÓCH OSTATNICH KADENCJACH

Po wprowadzeniu przepisów zawartych w ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. Rada Miejska w Łodzi podjęła uchwałę w sprawie szczegółowych zasad wnoszenia obywatelskich inicjatyw uchwałodawczych (Uchwała Nr LXXVI/2088/18 z dnia 10 października 2018 r. Rady Miejskiej w Łodzi w sprawie szczegółowych zasad wnoszenia obywatelskich inicjatyw uchwałodawczych). Regulowała ona również zasady tworzenia komitetów inicjatyw uchwałodawczych, zasady promocji obywatelskich inicjatyw uchwałodawczych i formalnych wymogów, jakim muszą odpowiadać składane projekty. W § 4 tej uchwały przewidziano, że obywatelski projekt uchwały przygotowuje grupa co najmniej 5 mieszkańców Miasta Łodzi, posiadających czynne prawo wyborcze w wyborach do Rady Miejskiej w Łodzi i wpisanych do stałego rejestru wyborców Miasta Łodzi, stanowiąca Komitet obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej. Komitet ma wskazać pełnomocnika uprawnionego do złożenia wniosku o podjęcie uchwały oraz jej prezentowania. Zgodnie z § 6: „Komitet może promować projekt w każdy prawnie dopuszczalny sposób”. Ustalono także, że projekt uchwały powinien być zredagowany w sposób zgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami w sprawie zasad techniki prawodawczej. Przewodniczący Rady nie nadaje biegu projektowi uchwały, który jest niezgodny z prawem, w tym przedmiot regulacji nie pozostaje w kompetencji Rady Miejskiej w Łodzi. Wstępny projekt uchwały pełnomocnik składa Przewodniczącemu Rady Miejskiej w Łodzi, który w terminie dwóch dni roboczych kieruje go do Prezydenta Miasta w celu uzyskania opinii prawnej w przeciągu 10 dni do projektu uchwały (zob. § 10 przedmiotowej uchwały). W terminie 30 dni od dnia otrzymania opinii, pełnomocnik komitetu przekłada Przewodniczącemu Rady projekt uchwały, spełniający wymogi formalne (zob. § 12 przedmiotowej uchwały).

W uchwale zawarto również informacje dotyczące tego, co powinien zawierać projekt złożony przez mieszkańców¹⁶ i jego dalszą procedurę w przypadku spełnienia wymogów formalnych, określonych w § 8. W punkcie 5 § 8 wskazano, że projekt uchwały powinien również zawierać określenie organu odpowiedzialnego za wykonanie uchwały i źródła pokrycia wydatków związanych z jej realizacją, jeżeli wynika to z treści uchwały.

Po przeprowadzonej weryfikacji podpisów pod kątem zgodności z rejestrem wyborców, projekt poddaje się opinii prawnej. Jeżeli opinia prawna wykaże,

¹⁶ Oprócz daty, tytułu, projektodawcy, podstawy prawnej podjętej uchwały, projekt powinien zawierać merytoryczną regulację będącą przedmiotem uchwały, określenie organu odpowiedzialnego za wykonanie uchwały i źródła dla pokrycia wydatków związanych z jej realizacją, jeżeli wynika to z treści uchwały; rozstrzygnięcie dotyczące daty ogłoszenia uchwały, jeżeli nie wynika ono z przepisów prawa, przepisy przejściowe i derogacyjne, jeżeli wynika to z treści uchwały oraz uzasadnienie, zob. § 8 przedmiotowej uchwały.

że projekt uchwały jest niezgodny z prawem, w tym przedmiot regulacji nie pozostaje w kompetencji Rady Miejskiej w Łodzi lub nie zostały uwzględnione wnioski zawarte w opinii, o której mowa w § 10, Przewodniczący Rady nie nadaje biegu projektowi uchwały, o czym niezwłocznie informuje pełnomocnika komitetu (zob. § 16 przedmiotowej uchwały). Ta skomplikowana procedura może zniechęcić grupę inicjatywną do nadania projektowi dalszego biegu, zwłaszcza w przypadku pojawienia się problemów natury prawnej.

Kolejna uchwała z dnia 5 czerwca 2019 r., zmieniająca uchwałę w sprawie szczegółowych zasad wnoszenia obywatelskich inicjatyw uchwałodawczych, dodawała § 17, który mówił o tym, że „po upływie 2 miesięcy od rozpatrzenia projektu uchwały zgłoszonego przez grupę co najmniej 300 mieszkańców Miasta Łodzi, lista mieszkańców popierających ten projekt podlega brakowaniu, zgodnie z przepisami o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach” (Uchwała Nr X/357/19 Rady Miejskiej w Łodzi z dnia 5 czerwca 2019 r. zmieniająca uchwałę w sprawie szczegółowych zasad wnoszenia obywatelskich inicjatyw uchwałodawczych). Osoby podpisujące się pod danym projektem uchwały zyskały możliwość dowiedzenia się, jak długo dana lista, pod którą złożyły podpisy, będzie przechowywana. Był to bardzo istotny przepis, który gwarantował mieszkańcom ochronę danych osobowych.

W VIII kadencji Rady Miejskiej w Łodzi (2018–2023) do dnia 25 marca 2020 r.¹⁷ wpłynęło 5 projektów uchwał obywatelskich i tylko jeden z nich został poddany pod głosowanie. Projekty te dotyczyły następujących spraw: 1) uchylenia uchwały III/56/18 w sprawie zasad przyznawania środków finansowych przeznaczonych na realizację zadań jednostek pomocniczych Miasta Łodzi – osiedli; 2) stanowiska w sprawie opracowania standardów zatrudnienia w spółkach z udziałem miasta Łodzi („Korytko+”); 3) stanowiska w sprawie opracowania standardów zatrudnienia w spółkach z udziałem miasta Łodzi („Korytko+”) – dwa projekty o tym samym tytule różniące się jednak w treści; 4) w sprawie kierunków działania dla Prezydenta Miasta Łodzi w zakresie opracowania Programu „Nasz Księży Młyn” dla części osiedla Stary Widzew i osiedla Katedralna; 5) projekt uchwały zmieniający uchwałę Nr XLVII/1216/17 Rady Miejskiej w Łodzi z dnia 26 kwietnia 2017 r. w sprawie określenia kryteriów branych pod uwagę na drugim etapie postępowania rekrutacyjnego do przedszkoli miejskich oraz przyznania im określonej liczby punktów. Należy podkreślić, że tylko w przypadku ostatniego obywatelskiego projektu uchwały Biuro Prawne Urzędu Miasta Łodzi wydało pozytywną opinię i dzięki temu nadano mu dalszy bieg. Grupa inicjatywna rozpoczęła zbieranie wymaganych podpisów. W dniu 24 marca 2020 r. złożyła projekt obywatelski wraz z listą podpisów, który został przekazany do Prezydenta Miasta w celu poddania go analizie pod kątem weryfikacji zgodności podpisów i wydania opinii prawnej. Zgodnie z uchwałą Rady Miejskiej w Łodzi z 10 października

¹⁷ Dane uzyskane z Biura Rady Miejskiej w Łodzi.

2018 r. odbywa się to w terminie 10 dni. W dniu 31 marca 2020 r. wydano pomyślną opinię prawną do niniejszego projektu uchwały. Projekt wprowadzono do porządku obrad XXV sesji Rady Miejskiej w Łodzi, która odbyła się 13 maja 2020 r. (zob. Protokół Nr XXV/20). Został on pozytywnie przegłosowany przez wszystkich radnych obecnych na sesji, bez żadnych głosów przeciwnych i wstrzymujących się. W dyskusji indywidualnej jeden z radnych podkreślił, że mieszkańcy zgłaszający inicjatywę uchwałodawczą oczekują, że ich projekt nie będzie przez radnych modyfikowany. W tym przypadku chodziło o niezmienną liczbę dodatkowych punktów za szczepienia przy naborze dzieci do miejskich przedszkoli.

Cztery pierwsze projekty nie spełniały standardów legislacyjnych, stąd nie nadano im dalszego biegu¹⁸. W przypadku projektów dotyczących opracowania standardów zatrudnienia w spółkach z udziałem miasta („Korytko+”) w opinii prawnej przygotowanej przez Wydział Prawny UMŁ napisano, że jeden z projektów nie spełnia wymogów prawnych, gdyż jego realizacja przez prezydenta miasta naruszałaby zapisy Konstytucji RP oraz ustawy o samorządzie gminnym. Natomiast w przypadku drugiego uznano, że jest on sprzeczny z kodeksem spółek handlowych, który sprawy kadrowe pozostawia w kompetencjach zarządów spółek. Zasadniczą przyczyną nienadania biegu projektom uchwał obywatelskich były wady prawne.

Warto dodać, że ustawodawca zmniejszył liczbę wymaganych podpisów, która obecnie wynosi dla mieszkańców tej aglomeracji co najmniej 300 pod tego typu projektami. Poprzednio w Statucie Miasta Łodzi liczbę tę określono do 1000 mieszkańców Miasta Łodzi, posiadających czynne prawo wyborcze i wpisanych do stałego rejestru wyborców Miasta Łodzi (Uchwała Nr XCI-II/1964/14 Rady Miejskiej w Łodzi z dnia 24 września 2014 r. w sprawie zmiany Statutu Miasta Łodzi). Taka zmiana powinna więc zaowocować większą aktywnością mieszkańców w tym zakresie. Jak się jednak okazało, to nie zbiórka podpisów stanowiła największy kłopot, tylko problemy wynikające z braku wiedzy prawniczej projektodawców, która uwidoczniła się już w pierwszym etapie składania zaproponowanych projektów uchwał.

W poprzedniej kadencji (2014–2018) wpłynęło 13 projektów uchwał obywatelskich. Tylko cztery z nich zostały poddane pod głosowanie rady, gdyż w siedmiu przypadkach pełnomocnicy grupy, po otrzymaniu negatywnej opinii prawnej z uwagi na brak zgodności z zasadami techniki prawodawczej, nie nadawali projektom dalszego biegu.

W przypadku projektu dotyczącego uchylenia uchwały w sprawie wyrażenia zgody na sprzedaż w drodze przetargu nieruchomości położonej w Łodzi przy ul. Strażackiej bez numeru, po weryfikacji 1021 podpisów mieszkańców okazało się, że lista osób wpisanych do rejestru wyborców wynosiła 957, a liczba osób

¹⁸ Informacje uzyskane z Biura Rady Miejskiej w Łodzi na dzień 25 marca 2020 r.

nie wpisana do stałego rejestru wyborców – 64¹⁹. Wymagana liczba podpisów wyniosła wówczas 1000. Z tego powodu wydano negatywną opinię prawną (treść projektu nie budziła zastrzeżeń prawnych). Opinię przekazano pełnomocnikowi, który pozostawił ją bez odpowiedzi.

Kolejny projekt odnosił się do nadania drogom wewnętrznym nazwy Rynku Włókniarek Łódzkich. Zweryfikowana lista podpisów spełniała wymogi prawne (weryfikacji poddano 2005 podpisów mieszkańców, a potrzebnych było 1000). Wydano opinię prawną zawierającą uwagi merytoryczne, które nie zostały uwzględnione przez grupę inicjatywną.

Projekt uchwały obywatelskiej zmieniający uchwałę w sprawie ustalenia opłat za usługi przewozowe lokalnego transportu zbiorowego w Łodzi, po weryfikacji zgodności podpisów i wydaniu pozytywnej opinii prawnej, wprowadzono do porządku obrad XLV sesji Rady Miejskiej w dniu 5 kwietnia 2017 r. W wyniku głosowania projekt nie został przyjęty (12 głosów „za”, 22 „przeciw”, brak głosów „wstrzymujących się”, zob. Protokół Nr XLV/17). Przewodniczący jednego z klubów radnych, który zagłosował przeciwko projektowi, tak argumentował decyzję klubu podczas prezentacji stanowisk klubowych:

Warto pamiętać, że taki projekt uchwały istnieje w obiegu i chcemy nim rozwiązać pewne problemy. Szanujemy głos obywatelski, czego dowodem jest zgłoszony projekt. W wystąpieniu projektodawców nie usłyszeliśmy jednak o kosztach zaproponowanego projektu. Poważna propozycja powinna mówić skąd te środki wziąć (ibidem, 51).

W porządku obrad LVII sesji Rady Miejskiej w Łodzi w dniu 20 września 2017 r. znalazł się projekt obywatelskiej uchwały w sprawie zmiany załącznika nr 7 do uchwały Nr XXXVIII/1012/16 Rady Miejskiej w Łodzi z dnia 7 grudnia 2016 r. w sprawie wykazu przedszkoli miejskich i pozostały placówek oświatowych objętych obsługą Centrum Usług Wspólnych Oświaty w Łodzi wraz z zakresem obowiązków Centrum. Podczas obrad sesji, w trakcie procedowania tego punktu, przewodniczący Komisji Edukacji Rady Miejskiej w Łodzi poinformował radnych, że opinia komisji w przypadku przedmiotowego projektu jest negatywna z uwagi na obowiązujące przepisy prawne (Protokół Nr LVII/17, 26). W wyniku głosowania projekt ten nie został przyjęty (14 głosów „za”, 21 „przeciw”, brak głosów „wstrzymujących się”, zob. Protokół Nr LVII/17).

Nieco inny los spotkał projekt uchwały obywatelskiej w sprawie kierunków działania dla Prezydenta Miasta Łodzi w zakresie opracowania Programu „Wschód Śródmieścia w Łodzi” dla Osiedla Śródmieście-Wschód. Po wydaniu pozytywnej opinii prawnej, projekt wprowadzono do porządku obrad LXXII sesji Rady Miejskiej w dniu 13 czerwca 2018 r. W wyniku głosowania projekt został przyjęty – uchwała Nr LXXII/1862/18 (31 głosów „za”, brak „przeciw”, brak głosów „wstrzymujących się”, zob. Protokół Nr LXXII/18). Kolejnym projektem

¹⁹ Liczba wymaganych podpisów zapisanych w uchwale Nr XCIII/1964/14 Rady Miejskiej Łodzi z dnia 24 września 2014 r. w sprawie zmiany Statutu Miasta Łodzi wynosiła 1000.

uchwały obywatelskiej, który w dniu 19 września 2018 r. wstawiono do porządku obrad LXXV sesji, było stanowisko w sprawie wprowadzenia programu zapewnienia bezpłatnych, ciepłych i pełnowartościowych obiadów uczniom szkół podstawowych. W wyniku głosowania projekt został przyjęty – uchwała Nr LXXV/2042/18 (30 głosów „za”, brak „przeciw”, brak głosów „wstrzymujących się”, zob. Protokół Nr LXXV/18).

Mimo że w Łodzi została zmniejszona liczba podpisów pod obywatelskimi projektami uchwały z 1000 do 300, po wprowadzeniu przepisów ustawowych w tej materii aktywność mieszkańców jest hamowana przez widoczny brak zgodności zaproponowanych projektów z zasadami techniki prawodawczej.

Jak się okazuje, droga do procedowania projektu uchwały obywatelskiej podczas sesji rady miejskiej jest bardzo długa. Opinia prawna wyrażona przez prawnika zatrudnionego w urzędzie może być sprzeczna z intencjami mieszkańców. Projekt uchwały powinien być zredagowany w sposób zgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami w sprawie zasad techniki prawodawczej, aby mógł być dalej procedowany. Tymczasem dla mieszkańców, którzy nie mają wystarczającej wiedzy prawnej w tym zakresie, ten warunek okazuje się trudny do zrealizowania. Pomimo że komitet może promować projekt w każdy prawnie dopuszczalny sposób, to najczęściej z uwagi na braki w spełnianiu wymogów prawnych, określonych w uchwale Rady Miejskiej w Łodzi, grupa inicjatywna nie decydowała się nadać projektowi dalszego biegu. Pomoc władz miasta w tym zakresie wydaje się niewystarczająca. Zwrócenie uwagi na uchybienia prawne bez konkretnej propozycji dotyczącej rozwiązania problemu powoduje, że mieszkańcy są zniechęceni do wnoszenia tego typu inicjatyw. Wystarczy dobra wola urzędu w proponowaniu środków zaradczych, która pobudziłaby aktywność społeczności lokalnej.

Warto dodać, że nawet jeśli taki projekt trafi pod obrady sesji, to ostateczną decyzję co do przyjęcia lub odrzucenia podejmuje rada miasta, która może nie zgodzić się z argumentami inicjatorów, co było przedstawione wyżej. Organ stanowiący pozostaje więc gospodarzem procesu legislacyjnego i w głosowaniu może wyrazić swoją wolę co do przyjęcia bądź odrzucenia danego projektu. Rola mieszkańców, po przekazaniu obywatelskiego projektu radzie w procedurze legislacyjnej, zostaje więc zredukowana. Kluczowe jest jednak zainteresowanie mieszkańców tą formą partycypacji społecznej oraz wiedza na temat swoich uprawnień i możliwości wpływania na decyzje władz miejskich.

7. WNIOSKI KOŃCOWE

Należy wskazać, że ustawodawca wprowadzając unormowania prawne w ustawie o samorządzie gminnym, powiatowym i wojewódzkim uregulował stan prawny w zakresie obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej. Wprowadził

także dokładną liczbę osób w gminie, powiecie i województwie, które z taką inicjatywą mogą wystąpić.

Warto także zaznaczyć, że liczba ta na szczeblu gminnym i powiatowym została uzależniona od liczby mieszkańców w danej jednostce samorządowej. Natomiast w województwie może liczyć co najmniej 1000 osób bez względu na liczbę mieszkańców. Liczbę podpisów na wszystkich szczeblach samorządu terytorialnego należy uznać za niewygórowaną zwłaszcza, że w niektórych statutach jednostek, o czym wspomniano w artykule, była ona bardzo zróżnicowana. Nie wszędzie bowiem brano pod uwagę liczbę mieszkańców zamieszkujących dany teren. W Łodzi do złożenia inicjatywy potrzebnych było najpierw 6 tysięcy podpisów, po zmianie statutu – 1000 podpisów, a obecnie próg się zmniejszył ponad dwukrotnie do 300, czyli 0,07% mieszkańców (Niewiadomska-Cudak 2018, 88). Natomiast w Tomaszowie Mazowieckim, gdzie próg wcześniej wynosił 50 podpisów, obecnie został on zwiększony przez ustawodawcę do 300, czyli niecałe 0,5% osób zamieszkujących miasto. To jest jednak o wiele mniej, niż przewidywał projekt prezydencki z 2013 r.

Ustawodawca również wskazał, że mieszkańcy wszystkich trzech szczebli samorządu terytorialnego, którzy chcą wnieść obywatelską inicjatywę uchwałodawczą, muszą posiadać czynne prawa wyborcze do organu stanowiącego.

Poza tym określono dokładny czas, w którym projekt uchwały zgłoszony w ramach obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej staje się przedmiotem obrad rady gminy, powiatu oraz sejmiku województwa. Ma się to stać na najbliższej sesji po złożeniu projektu, jednak nie później niż po upływie 3 miesięcy od dnia złożenia projektu. Jest to o tyle ważne, że dowolność czasu potrzebnego do zaprezentowania projektu na sesji mogłaby spowodować jego odraczenie w nieokreślonym terminie z uwagi na inne istotne dla organu stanowiącego i wykonawczego projekty uchwał.

Ustawodawca nie zapomniał także o unormowaniu dotyczącym bezpośrednio komitetu inicjatywy uchwałodawczej. Wyposażył go w prawo wskazania osoby uprawnionej do reprezentowania komitetu podczas prac rady gminy, powiatu oraz sejmiku województwa. Ten przepis również należy przyjąć z zadowoleniem. Ustawodawca nie wskazał wprost, że osoba uprawniona ma przedstawić na sesji rady czy sejmiku projekt przedmiotowej uchwały. Z reguły jednak to projektodawca przedstawia swój projekt. Przewodniczący prowadzący obrady rady może także dopuścić do głosu innych przedstawicieli mieszkańców, którzy podpisali się pod projektem w przedmiotowej sprawie.

Niektórzy zwracają uwagę, że nie przewidziano też formuły wysłuchania publicznego projektów obywatelskich, która mogłaby umożliwić mieszkańcom aktywny udział w dyskusji nad projektami obywatelskimi (Sześciło 2018, 6). Warto zauważyć, że ustawodawca nadał organowi stanowiącemu uprawnienie dotyczące określenia w drodze uchwały szczegółowych zasad wnoszenia inicjatyw obywatelskich, zasad tworzenia komitetów inicjatyw uchwałodawczych, zasad promocji

obywatelskich inicjatyw uchwałodawczych, formalnych wymogów, jakim muszą odpowiadać składane projekty, z zastrzeżeniem przepisów niniejszej ustawy. Te przepisy szczegółowe mogą tylko pomóc mieszkańcom w podejmowaniu takich działań oraz ich rozpropagowania. Poza tym każda obywatelska inicjatywa mobilizuje mieszkańców do udziału w życiu wspólnoty samorządowej.

Z przeprowadzonej analizy projektów uchwał obywatelskich, które wpłynęły do Przewodniczącego Rady Miejskiej w Łodzi, należy wnioskować, że zredagowanie projektu w sposób zgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami w sprawie zasad techniki prawodawczej nie jest wcale takie proste. Brak wystarczającej wiedzy prawnej powodował, że ten warunek był trudny do zrealizowania, a jest to podstawowy wymóg, aby projekt był dalej procedowany. Pomimo że komitet może promować projekt w każdy prawnie dopuszczalny sposób, to najczęściej z uwagi na braki w spełnianiu wymogów prawnych określonych w uchwale Rady Miejskiej w Łodzi, grupa inicjatywna nie decydowała się nadać projektowi dalszego biegu. Opisane przeszkody mogły spowodować małe zainteresowanie mieszkańców, co stanowi zasadniczą barierę w rozwoju tej formy partycypacji społecznej na poziomie lokalnym. Poza tym ujawniła się także słabość zachowań partycypacyjnych władz miasta, która unaoczniała konieczność zmiany podejścia do tego rodzaju procesów. Aktywność mieszkańców związana jest z wiedzą, jaką posiadają na temat swoich uprawnień oraz zainteresowaniem problemami miasta. Brak wiedzy i bierność to zasadnicze bariery tej formy partycypacji społecznej. W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę także na „deficyt kapitału społecznego, przede wszystkim utrzymujące się na bardzo niskim poziomie zaufanie społeczne – do innych ludzi, instytucji, polityków” (Łabędź 2015, 102). Poza tym, jak się wskazuje, ludzie są gotowi do podjęcia działań w sytuacji zagrożenia dla ich interesów (Łabędź 2015, 104). Zdaniem Krzysztofa Łabędzia „Tam, gdzie można liczyć, że nasze interesy zostaną zrealizowane przez powołane do tego, wyspecjalizowane instytucje, motywacja do podejmowania działań zdecydowanie słabnie” (Łabędź 2015, 104).

Reasumując, należy stwierdzić, że po 28 latach funkcjonowania samorządu gminnego i po 19 latach powiatowego i wojewódzkiego, uznano w końcu za potrzebne uchwalenie przepisów ustawowych, które unormowałyby opisywaną instytucję. Z pewnością przyczyniło się to do podniesienia rangi tego uprawnienia.

Niewątpliwie taki przepis może zachęcić mieszkańców do udziału w procesach decyzyjnych. Jednakże należy zaznaczyć, że wielu z nich nie jest do końca świadomych tego, że może z taką inicjatywą wystąpić. Konieczne jest również wzmocnienie mechanizmów zachęcających społeczeństwo do większej aktywności w procesie tworzenia lokalnego prawa i pomoc w zredagowaniu projektu, tak aby był on zgodny z zasadami techniki prawodawczej. Unormowania ustawowe mogą tylko w tym pomóc, ale wysoką efektywność inicjatywy uchwałodawczej mieszkańców jako narzędzia wpływu na prawo miejscowe można uzyskać tylko poprzez większe uświadomienie społeczności lokalnej w tym zakresie oraz

skuteczniejszą komunikację między organami władzy a mieszkańcami danej jednostki terytorialnej. Problemem nie jest obecnie częstotliwość, tylko skuteczność podejmowanych inicjatyw obywatelskich. Warto więc podjąć działania edukacyjne w tym zakresie. Rolą władz samorządowych powinno być zapewnienie pomocy prawnej mieszkańcom przy formułowaniu inicjatyw obywatelskich. Obecnie obserwuje się zjawisko polegające na promowaniu w mediach lokalnych w większości inicjatyw władz samorządowych niż zachęcanie mieszkańców do kreatywności w zakresie tworzenia miejscowego prawa. Być może warto pomyśleć o wyodrębnieniu w urzędach gmin, powiatów, województw komórki organizacyjnej, która kontaktowałaby się systematycznie z mieszkańcami i aktywizowała ich do brania udziału w czynnościach decyzyjnych. Owa komórka zajmowałaby się także działaniami edukacyjnymi w przedmiocie konstruowania prawa lokalnego.

Uwzględnienie obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej w ustawach samorządowych to pierwszy krok w kierunku urzeczywistnienia fazy inicjatorskiej tworzenia przez mieszkańców lokalnego prawa. Drugim krokiem będzie praktyczne wykorzystanie tej instytucji, a to zależy już od kreatywności społeczności i władz lokalnych.

Ujednolicenie powyższej kwestii we wszystkich trzech ustawach o samorządzie gminnym, powiatowym i wojewódzkim należy przyjąć z zadowoleniem, bowiem została w końcu w sposób czytelny i niebudzący żadnych zastrzeżeń unormowana legislacyjnie obywatelska inicjatywa uchwałodawcza.

BIBLIOGRAFIA

- Augustyniak, Monika. 2014. „Inicjatywa uchwałodawcza mieszkańców jako forma partycypacji społecznej w jednostkach samorządu terytorialnego – wnioski *de lege lata* i postulaty *de lege ferenda*”. W *Partycypacja społeczna w samorządzie terytorialnym*. 359–378. Red. Bogdan Dolnicki. Warszawa: LEX.
- Bohdan, Anna. 2013. „Partycypacja społeczna w tworzeniu jednostek pomocniczych gminy – kryzys czy rozwój w dobie przemian cywilizacyjnych?” W *Wpływ przemian cywilizacyjnych na prawo administracyjne i administrację*. 399–417. Red. Patrycja Joanna Suwaj, Jan Zimmermann. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer Business.
- Brzeski, Marcin. 2014. „Problem podstawy prawnej regulacji obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej w statucie jednostki samorządu terytorialnego”. W *Partycypacja społeczna w samorządzie terytorialnym*. 379–400. Red. Bogdan Dolnicki. Warszawa: LEX.
- Cudak, Arkadiusz. 2018. „Analiza prawna orzecznictwa sądów administracyjnych w zakresie uregulowania obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej”. W *Obywatelska inicjatywa uchwałodawcza w procesie stanowienia aktów prawa miejscowego*. 61–81. Red. Piotr Benedykt Zientarski, Elżbieta Mreńca. Warszawa: Kancelaria Senatu.
- Dolnicki, Bogdan. 2012. „Obywatelska inicjatywa uchwałodawcza jako nowa forma partycypacji obywateli w podejmowaniu rozstrzygnięć publicznych na poziomie lokalnym”. W *Partycypacja obywateli i podmiotów obywatelskich w podejmowaniu rozstrzygnięć publicznych na poziomie lokalnym*. 113–130. Red. Marek Mączyński, Mirosław Stec. Warszawa: LEX.

- Dolnicki, Bogdan. Red. 2014. *Partycypacja społeczna w samorządzie terytorialnym*. Warszawa: LEX.
- Dudkiewicz, Ignacy. 2016. „Obywatelska Inicjatywa Uchwałodawcza – szansa czy kłopot?” 17 października 2016. <https://publicystyka.ngo.pl/obywatelska-inicjatywa-uchwalodawcza-szansa-czy-klopot> [dostęp: 24.03.2020].
- Fundacja Normalne Miasto Fenomen. 2014. „Obywatelska inicjatywa uchwałodawcza – drugie podejście”. 23 maja 2013. <http://fundacjafenomen.pl/aktualnosci/183-obywatelska-inicjatywa-drugie-podejscie> [dostęp: 21.02.2021].
- Izdebski, Hubert. 2011. „Jednostki pomocnicze gminy – między organami gminy a obywatelami”. *Samorząd Terytorialny* 12: 95–110.
- Kalisiak-Mędelska, Magdalena. 2015. *Partycypacja społeczna na poziomie lokalnym jako wymiar decentralizacji administracji publicznej w Polsce*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Koniuszewska, Ewa. 2014. „Inicjatywa uchwałodawcza członków wspólnoty samorządowej jako narzędzie partycypacji społecznej”. W *Partycypacja społeczna w samorządzie terytorialnym*. 418–430. Red. Bogdan Dolnicki. Warszawa: LEX.
- Koniuszewska, Ewa. 2019. „Obywatelska inicjatywa uchwałodawcza”. *Acta Iuris Stetinensis* 3(27): 101–116. <https://doi.org/10.18276/ais.2019.27-06>
- Kubel-Grabau, Agata. 2015. „Mieszkańcy tworzą uchwałę”. http://www.decdujmyrazem.pl/o_projekcie/wiadomosci/mieszkanicy_tworza_uchwale.html [dostęp: 24.03.2020].
- Łabędź, Krzysztof. 2015. „Partycypacja obywatelska na poziomie lokalnym – formy i ograniczenia”. *Przegląd Politologiczny* 4: 93–106. <https://doi.org/10.14746/pp.2015.20.4.7>
- Makowski, Grzegorz. 2012. „Obywatelska inicjatywa uchwałodawcza – prawo i praktyka”. W *Dyktat czy uczestnictwo? Diagnoza partycypacji publicznej w Polsce*. Tom I. 288–305. Red. Anna Olech. Warszawa: ISP.
- Miruć, Alina. 2010. „Obywatelska inicjatywa uchwałodawcza”. *Samorząd Terytorialny* 1–2: 31–38.
- Niewiadomska-Cudak, Małgorzata. 2018. „Obywatelska inicjatywa uchwałodawcza na przykładzie Łodzi”. W *Obywatelska inicjatywa uchwałodawcza w procesie stanowienia aktów prawa miejscowego*. 83–97. Red. Piotr Benedykt Zientarski, Elżbieta Mreńca. Warszawa: Kancelaria Senatu.
- Peisert, Arkadiusz. 2020. „Raport z badania socjologicznego Komitetów Obywatelskich Inicjatyw Ustawodawczych”. W *Inicjatywa ustawodawcza obywateli*. 65–75. Red. Anna Rakowska-Trela, Anna Ryteł-Warzocho, Krzysztof Skotnicki, Piotr Uziębło. Łódź–Gdańsk: Instytut Spraw Obywatelskich. <https://issuu.com/inspro/docs/raport-inicjatywa-ustawodawcza-obywateli>
- Rachwał, Marcin. 2016. „Obywatelska inicjatywa uchwałodawcza w Polsce – wybrane zagadnienia”. *Przegląd Politologiczny* 1: 21–33. <https://doi.org/10.14746/pp.2016.21.1.2>
- Serafin, Sławomir. 2011. „Samorząd Terytorialny”. W *Zarys prawa administracyjnego*. Red. Bogumił Szmulik, Sławomir Serafin, Katarzyna Miaskowska-Daszkiwicz. Warszawa: C.H. Beck.
- Staszczak, Wojciech. 2012. „Instytucje demokracji bezpośredniej a wpływ mieszkańców na zarządzanie gminą”. W *Demokracja bezpośrednia w samorządzie terytorialnym*. 291–303. Red. Maria Marczewska-Rytko, Stanisław Michałowski. Lublin: Wydawnictwo UMCS.
- Swianiewicz, Paweł. 2008. „Partnerska polityka publiczna na poziomie lokalnym”. *Dialog. Pismo Dialogu Społecznego* 4(21): 79–88. <https://www.cpsdialog.gov.pl/images/KWARTALNIKI/21-Dialog-2008-4.pdf> [dostęp: 23.03.2020].
- Sześciło, Dawid. 2018. *Nowe narzędzia dla obywateli i radnych w samorządzie. Opinia w sprawie ustawy z 11 stycznia 2018 roku o zmianie ustaw w celu zwiększenia udziału obywateli w procesie wybierania, funkcjonowania i kontrolowania niektórych organów publicznych (z wyłączeniem zmian w prawie wyborczym)*. Warszawa: Fundacja im. Stefana Batorego.

- Szewc, Andrzej. Gabriela Jyż. Zbigniew Pławecki. Red. 2010. *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Szewc, Andrzej. Tomasz Szewc. 1999. *Uchwałodawcza działalność organów samorządu terytorialnego*, Warszawa: Wydawnictwo Difin.
- Uziębło, Piotr. 2009. *Demokracja partycypacyjna*. Gdańsk: Centrum Badań Społecznych.
- Uziębło, Piotr. 2011. „Inicjatywa uchwałodawcza mieszkańców gminy. Głosa do wyroku WSA w Olsztynie z 28 października 2008 r., II SA/OI 737/08”. *Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa* 2: 53–62.
- Widera, Agnieszka. 2015. „Statut rady: inicjatywa uchwałodawcza rzadko w rękach mieszkańców”. 10 marca 2015. <https://www.portalsamorzadowy.pl/komunikacja-spoleczna/statut-rady-inicjatywa-uchwalodawcza-rzadko-w-rekach-mieszkanow,68241.html> [dostęp: 23.03.2020].

Akty prawne, orzecznictwo

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483, ze zm.).
- Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2019 r. poz. 506, zm.).
- Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz.U. z 2019 r. poz. 511, zm.).
- Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie wojewódzkim (Dz. U. z 2019 r. poz. 512, zm.).
- Ustawa z dnia 11 stycznia 2018 r. o zmianie niektórych ustaw w celu zwiększenia udziału obywateli w procesie wybierania, funkcjonowania i kontrolowania niektórych organów publicznych (Dz.U. 2018 r. poz. 130).
- Druk Nr 1699. Przedstawiony przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej projekt ustawy o współdziałaniu w samorządzie terytorialnym na rzecz rozwoju lokalnego i regionalnego oraz o zmianie niektórych ustaw. <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1699>
- Druk Nr 2001. Poselski projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu zwiększenia udziału obywateli w procesie wybierania, funkcjonowania i kontrolowania niektórych organów publicznych. <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2001>
- Druk Nr 2113. Sprawozdanie Komisji Nadzwyczajnej do rozpatrzenia projektów ustaw z zakresu prawa wyborczego o poselskim projekcie ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu zwiększenia udziału obywateli w procesie wybierania, funkcjonowania i kontrolowania niektórych organów publicznych. <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2113>
- Komisja do Spraw Petycji. 12.09.2017 r., godz. 08:57–10:41. iTV Sejm. http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/transmisje_arch.xsp?unid=397FE4F0CC6E789DC12581920043ADC7
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 listopada 2013 r., II OSA 1887/13.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z 3 kwietnia 2006 r., III SA/Wr 584/05.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 28 października 2008 r., II SA/OI737/08.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 14 maja 2013 r., II SA/OI 196/13.
- Uchwała Nr LXXXVI/1782/14 Rady Miejskiej w Łodzi z dnia 7 maja 2014 r. Stanowisko w sprawie publicznej oceny działalności Rady Miejskiej w Łodzi, dokonanej przez Prezydenta Miasta Łodzi podczas LXXXIV sesji w dniu 23 kwietnia 2014 r.
- Uchwała Nr XCIII/1964/14 Rady Miejskiej w Łodzi z dnia 24 września 2014 r. w sprawie zmiany Statutu Miasta Łodzi.
- Uchwała Nr X/357/19 Rady Miejskiej w Łodzi z dnia 5 czerwca 2019 r. zmieniająca uchwałę w sprawie szczegółowych zasad wnoszenia obywatelskich inicjatyw uchwałodawczych. https://bip.uml.lodz.pl/files/bip/public/rada_miejska/interpelacje/7/08_357.pdf

Uchwała Nr LXXVI/2088/18 z dnia 10 października 2018 Rady Miejskiej w Łodzi w sprawie szczegółowych zasad wnoszenia obywatelskich inicjatyw uchwałodawczych. https://bip.uml.lodz.pl/files/bip/public/rada_miejska/interpelacje/7/2080.pdf

Inne

Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych. <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/cbo/query>.

Petycja w sprawie zmiany ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2016 r. poz. 446 ze zm.), ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz.U. z 2016 r. poz. 814 ze zm.) oraz ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz.U. z 2016 r. poz. 486 ze zm.) w zakresie wprowadzenia możliwości występowania przez mieszkańców gmin, powiatów i województw z obywatelską inicjatywą uchwałodawczą do organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego. 28 kwietnia 2017 r. <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/agent.xsp?symbol=PETYCJA&NrPetycji=BKSP-145-223/17>


Protokół Nr XLV/17 z XLV sesji Rady Miejskiej w Łodzi odbytej w dniu 5 kwietnia 2017 r. https://bip.uml.lodz.pl/files/bip/public/rada_miejska/protokoly/Protokol_Nr_XLV_.pdf

Protokół Nr LVII/17 z LVII sesji Rady Miejskiej w Łodzi odbytej w dniu 20 września 2017 r. https://bip.uml.lodz.pl/files/public/user_upload/Protokol_Nr_LVII.pdf

Protokół Nr LXXII/18 z LXXII sesji Rady Miejskiej w Łodzi odbytej w dniach 13 i 14 czerwca 2018 r. https://bip.uml.lodz.pl/files/bip/public/rada_miejska/interpelacje/7/Protokol_Nr_LXXII.pdf

Protokół Nr LXXV/18 z LXXV sesji Rady Miejskiej w Łodzi odbytej w dniu 19 września 2018 r. https://bip.uml.lodz.pl/files/bip/public/rada_miejska/interpelacje/7/Protokol_LXXV.pdf

Protokół Nr XXV/20 z XXV sesji Rady Miejskiej w Łodzi on-line odbytej w dniu 13 maja 2020 r. https://bip.uml.lodz.pl/files/bip/public/BRM_2020/Protokol_Nr_XXV.pdf

*Jan Okoński** <https://orcid.org/0000-0001-7015-947X>

PRZESZKODY PRAWNE W KOMUNIKACJI MEDYCZNEJ

Streszczenie. Artykuł w swojej treści odnosi się do komunikacji medycznej jako zagadnienia istotnego z punktu widzenia funkcjonowania służby zdrowia. Zwrócono uwagę na sfery komunikacji interpersonalnej oraz instytucjonalnej, a także przedstawiono wybrane przeszkody prawne w komunikacji medycznej, przede wszystkim obecne w relacji personel medyczny – pacjent. Wzięto szczególnie pod uwagę aspekt komunikologiczny omawianego zagadnienia. W tym celu dokonano przedstawienia pojęcia komunikologii i towarzyszących tej nazwie kłopotów terminologicznych. Omawianą materię poddano próbie analizy przez pryzmat tezy o nadmiernej jurydyzacji sfery komunikacji.

Słowa kluczowe: prawo medyczne, komunikologia, komunikacja, model komunikacyjny prawa, komunikacja medyczna.

LEGAL OBSTACLES IN MEDICAL COMMUNICATION

Abstract. This paper discusses medical communication as an issue, important from the point of view of the functioning of the health service. Attention is paid to the spheres of interpersonal and institutional communication, and selected legal obstacles in medical communication are presented, mainly in the relationship between medical personnel and the patient. The communicological aspect of the discussed issue was especially taken into account. For this purpose, the concept of communicology and the associated terminological problems have been presented. The discussed matter was analyzed through the prism of the thesis about excessive juridization of the sphere of communication.

Keywords: medical law, communicology, communication, communicational model of law, medical communication.

1. KOMUNIKACJA I KOMUNIKACJA MEDYCZNA

Na wstępie warto wskazać naukowe położenie komunikacji medycznej wśród innych, zbieżnych jej dziedzin. Komunikacja medyczna jest częścią szerszej dziedziny: komunikacji zdrowotnej (ang. *health communication*). Natomiast sama komunikacja zdrowotna jest dziedziną interdyscyplinarną nauk o zdrowiu, syntetyzującą naukę o komunikacji (komunikologię) z nauką o zdrowiu oraz praktykę społeczną w ochronie zdrowia (Goban-Klas 2014, 11).

* Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, jasiu.okonski@poczta.onet.pl

Jednym z podstawowych problemów, na jaki od razu należy zwrócić uwagę, jest próba udzielenia odpowiedzi na pytanie o definicję słowa komunikacja. Z uwagi na zawilość i obszerność zagadnienia komunikacji jako takiej, kwestia jej definicji wywołuje wiele istotnych niejasności natury terminologicznej. W związku z tym problemem niektórzy autorzy przyjmują wręcz, że z uwagi na brak zadowalających rezultatów w próbach definiowania komunikacji należy zamiast niej mówić o „rodzinie pojęć” komunikacji (Kulczycki 2012, 22). Dla przykładu komunikowanie zdaje się być pojęciem węższym niż sama komunikacja, a nauka o komunikowaniu zawiera się w nauce o komunikacji (Kulczycki 2012, 50). Podobne trudności obecne są również w wyznaczaniu linii demarkacyjnej, która rozgraniczałaby te spokrewnione dziedziny. Czym innym jest bowiem komunikacja jako dziedzina praktyczna, a czym innym interdyscyplinarna nauka o komunikacji. Co więcej, postuluje się, iż proces i teoria komunikacji nie powinny być utożsamiane z nauką o komunikacji (Kulczycki 2012, 56–57). Z uwagi na te trudności zrozumiałym jest twierdzenie, iż „komunikologia, po przeszło 70 latach od jej okrzepnięcia, nadal nie jest tak jednolitym obszarem studiów społecznych jak psychologia, socjologia czy politologia” (Dobek-Ostrowska 2012, 23).

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie przeszkód w komunikacji medycznej na tle nauki o komunikologii z uwzględnieniem próby zarysowania siatki pojęciowej nauki o komunikacji. W tym celu posłużono się metodą dogmatyczną oraz analizą aktualnej literatury przedmiotu. Biorąc pod uwagę omawianą materię, możemy postawić następujące pytania: czy język nauki o komunikacji może być użyteczny w opisie przeszkód w komunikacji medycznej? Jakie przeszkody mogą wystąpić w komunikacji medycznej? Czy przeszkody te związane są z przepisami prawa? Jak przeszkody komunikacyjne mogą wpływać na efekty terapii oraz satysfakcję pacjenta z podjętego leczenia?

W poniższym tekście przeprowadzono analizę aktów prawnych związanych pośrednio i bezpośrednio z szeroko rozumianą komunikacją i odnoszących się relatywnie do ogólnie znanych faktów i zjawisk, zachodzących we współczesnej służbie zdrowia.

Wobec „nauki o komunikowaniu”, zwanej niekiedy komunikologią, stawia się pytania dotyczące jej metodologicznych podstaw. Jest to związane z dążeniami do wyodrębnienia jej jako nauki w pełni samodzielnej, natomiast sama filozofia komunikacji jest dziedziną bardziej postulowaną, niż intensywnie rozwijaną (Wendland 2008, 1), choć w okresie obejmującym ostatnie dwie lub trzy dekady możemy zaobserwować jej intensywniejszy rozwój (Wendland 2014, 38). Związana z usamodzielnieniem się komunikologii jest też kwestia jej umiejscowienia wobec innych nauk. O ile w latach 40. dwudziestego wieku nauka o komunikacji miała silne inklinacje matematyczne i cybernetyczne, to od tego czasu nauką o komunikacji zaczęli zajmować się badacze z różnych dziedzin, przez co uległa poszerzeniu, dotykając nauk społecznych i humanistycznych (Wendland 2014, 59). Nauka o komunikacji uważana jest tradycyjnie za interdyscyplinarną, obejmującą

wiele subdyscyplin wywodzących się z wielu nauk, jak chociażby socjologia, psychologia oraz antropologia (Kulczycki 2012, 70).

Powstanie transdyscypliny nauk o zdrowiu i komunikowaniu powodowane jest zmianami cywilizacyjnymi i globalizacją, a także istotną intensyfikacją postępu nauk związanych z szeroko pojętym health communication, których rola w przyszłości będzie znacząco wzrastać (Goban-Klas 2014, 9–19). Wspomnianą transdyscyplinę należy odróżnić od komunikologii klinicznej, która stanowi subdyscyplinę komunikologii (Kulczycki 2012, 55). W Polsce komunikacja medyczna zyskuje zainteresowanie stosunkowo od niedawna.

Na potrzeby artykułu należy użyć jednej z wielu definicji komunikacji (lub szerzej: komunikowania). Słownik encyklopedyczny, w redakcji Romana Smolskiego, definiuje komunikowanie jako: „intencjonalną wymianę werbalnych i niewerbalnych znaków (symboli), podejmowaną dla poprawy współdziałania lub dzielenia znaczeń między partnerami” (Smolski 2001, 89). Emanuel Kulczycki wyróżnił dwa ujęcia komunikacji: transmisyjne oraz konstytutywne. W ujęciu transmisyjnym komunikacja jest ujmowana w sposób linearny (klasycznie mający miejsce między nadawcą a odbiorcą) jako „transmisja komunikatów/informacji/symboli/sygnatów” (Kulczycki 2014, 36). Ujęcie to jest bliższe podejściu o matematyczno-cybernetycznych inklinacjach, reprezentowanemu przez matematyków i inżynierów (przykładem jest podręcznikowy model Shannona-Weavera, który został zarysowany później). W ujęciu konstytutywnym nacisk położony jest na związany z komunikacją świat społeczno-kulturalny, a większa część komunikatów nie musi mieć charakteru intencjonalnego (Kulczycki 2014, 36). Sens nazwania tego ujęcia „konstytutywnym” można zaprezentować się w następującej słowach:

Rzeczywistość zaczyna być postrzegana nie jako istniejąca poza podmiotami, ale jako konstytuowana przez nie i postrzegana przez pryzmat kultury. Nie jawi się już jako coś, co trzeba odkryć, lecz jako coś wytwarzanego i odtwarzanego właśnie przez komunikację – postrzeganą jako interakcja społeczna. (Kulczycki 2014, 38)

Zasadniczo bliskie ujęciu konstytutywnemu są socjologia i psychologia, a także inne nauki bliższe szeroko rozumianej humanistyce. Możemy postawić pytanie, które z ujęć jest bliższe komunikacji zdrowotnej. Biorąc pod uwagę okoliczność, iż naukę o zdrowiu i komunikowaniu nazywa się transdyscypliną, ujęcie konstytutywne zdaje się być właściwe w charakteryzowaniu zjawisk komunikacyjnych, zachodzących w ramach zinstytucjonalizowanej organizacji ochrony zdrowia.

Samo transmisyjne ujęcie komunikacji, z klasycznym wyróżnieniem nadawcy i odbiorcy, jest w jasny sposób pokrewne pozytywizmowi prawnemu. Z metodologicznego punktu widzenia ujęcie to jest oczywiście w istocie modelowaniem rzeczywistości prawnej, które ma za zadanie opisać tę rzeczywistość (Bekrycht 2017, 173–174). Wskazuje się, że w polskiej nauce prawoznawstwa, pierwszą osobą, która użyła terminologii komunikologicznej był Franciszek Studnicki (Kłodawski 2012, 220).

W tym ujęciu jako nadawca komunikatu wskazywany jest prawodawca, natomiast odbiorcą jest adresat normy prawnej. Słowo adresat nie jest w tym wypadku synonimiczne dla słowa odbiorca. Podmiot, który jest adresatem normy prawnej, w praktyce niekoniecznie będzie jej odbiorcą, oczywistym przykładem takiego adresata jest dziecko (Kłodawski 2012, 217). Stąd też możemy zwrócić uwagę na istniejąca wątpliwość, czy komunikat prawodawcy-nadawcy skierowany do adresata-odbiorcy zawsze będzie komunikatem przekazanym, czy może tylko udostępnionym. U Kłodawskiego mamy raczej do czynienia z pewną fikcją „odbioru norm” (Kłodawski 2012, 218). Skierowanie przez prawodawcę komunikatu o określonej treści normatywnej do adresata teź nie implikuje, że komunikat ten do adresata dotrze i że faktycznie będzie on jego odbiorcą. Do należytego odbioru komunikatu przez odbiorcę konieczne jest, posługując się językiem komunikologii, właściwe jego dekodowanie. W omawianej problematyce często zwraca się uwagę na rolę odgrywaną przez prawników, którzy uczestniczą w omawianym procesie jako pośrednicy trudniący się poprawnym dekodowaniem komunikatów ustawodawcy kierowanych do adresata. Osoby te zawodowo, dzięki swojemu wykształceniu i wiedzy, mogą uzupełnić lukę, jaka istnieje między ustawodawcą i adresatem normy prawnej.

Proces komunikacji pełni wiele funkcji, wyróżnianie i charakterystyka poszczególnych ich rodzajów jest różne w zależności od autora. Możemy wskazać przede wszystkim na funkcję informacyjną, motywacyjną, kontrolną, regulującą odczucia i emocjonalne napięcia. Istotną rolę odgrywa również sfera komunikacji pozawerbalnej, która jest ważnym, jednakże czasami postrzeganym za mało znaczący rodzaj komunikacji (Czerw 2012, 247–253). Możemy wyróżnić dwie podstawowe formy komunikacji: bezpośrednią – interpersonalną, której warunkiem zaistnienia jest bezpośrednie uczestnictwo oraz pośrednią – masową, jako sposób przekazu komunikatu od nadawcy masowego do odbiorców za pośrednictwem mediów jako nośników tego komunikowania (Czerw 2012, 247–253). Inny podział form komunikacyjnych to podział na komunikacje ustną i pisemną, podział ze względu na kierunek – informacja jednostronna lub dwustronna. Biorąc pod uwagę komunikację grupową, można wyróżnić komunikację pionową i poziomą. Warto nadmienić, że komunikacja pionowa jest wrażliwa na zakłócenia ze względu na wstrzymywanie informacji, co jest szczególnie niebezpieczne w placówkach medycznych, gdzie niezakłócone przekazywanie jest niezbędne ze względu na bezpieczeństwo chorych i personelu (Czerw 2012, 247–253).

2. PRZESZKODY W KOMUNIKACJI

Na początku warto postarać się udzielić odpowiedzi na następujące pytanie: co to jest przeszkoda w komunikacji? Przeszkodę lub inaczej zakłócenia w komunikacji nazywa się „szumem”. Dobek-Ostrowska definiuje szum jako: „Zakłócenia

psychologiczne i fizyczne przekazu w drodze od nadawcy do odbiorcy” (Dobek-Ostrowska 2012, 24). Przeszkody te utrudniają uzyskanie takiej samej informacji między nadawcą a odbiorcą komunikatu.

C. Shannon oraz W. Weaver jako pierwszy użyli w tym znaczeniu nazwy „szum” (ang. *noise*) i wyróżnili trzy jego rodzaje. Są to: szum semantyczny, wewnętrzny oraz zewnętrzny (Dobek-Ostrowska 2012, 66). Szum semantyczny polega na nieprawidłowym odczytaniu słów lub zdań wypowiedzi nadawcy, może mieć charakter zamierzony lub niezamierzony; szum wewnętrzny to stany psychicznie i uczucia uczestników procesu komunikacyjnego, zmęczenie, bóle, a także stereotypy i uprzedzenia. Szum zewnętrzny to zjawiska zewnętrzne takie jak hałas, nieodpowiednia temperatura, uszkodzony nadajnik etc. (Dobek-Ostrowska 2012, 66).

C. Shannon oraz W. Weaver, w ramach swojego modelu, skonstruowanego w ujęciu transmisyjnym, wyróżnili także trzy poziomy, na których mogą występować związane z nimi przeszkody w komunikacji. Są to poziomy A, B i C, które odnoszą się kolejno do problemów (przeszkód) o charakterze technicznym, semantycznych oraz dotyczących efektywności. Zdaniem E. Kulczyckiego, „odpowiadają one poziomom semantyki, syntaktyki i pragmatyki w badaniach nad językiem” (Kulczycki 2014, 29). W praktyce na profesjonalistach, takich jak wspomniani wcześniej prawnicy, a także chociażby na lekarzach różnych dziedzin, ciąży brzemię właściwego dekodowania komunikatów prawodawcy, posługującego się nierzadko specjalistycznym językiem. Wydaje się, iż bez pracy prawników (a także, co możemy dodać, innego rodzaju pośredników) funkcjonowanie współczesnego systemu prawnego byłoby praktycznie niemożliwe, gdyż nie każdy człowiek poświęca swoje życie zawodowe, aby zostać ekspertem w jakiejś dziedzinie prawa (Voegelin 1991, 47).

Poza opisanymi wcześniej szumami, możemy wskazać także inne, typowe przeszkody komunikacyjne, które mają miejsce w różnych rodzajach komunikacji. Należą do nich: odmienność językowa (aby komunikat został dobrze zrozumiany przez odbiorcę, musi być zakodowany we właściwy sposób), blokady komunikacyjne, takie jak np. nakazy, groźby, pouczenie, ironizowanie itp., reakcje emocjonalne uczestników, zbyt duża lub zbyt mała ilość informacji, zniekształcanie informacji poprzez różnego rodzaju „filtry”, czy brak spójności w komunikacji werbalnej i niewerbalnej oraz niedostatek skutecznego słuchania (Chwieralska, Witt 2018, 11–26).

Badania empiryczne wskazują, że o ile ocena jakości komunikacji medycznej jest zadowalająca, to jednak pacjenci sygnalizują istnienie „istotnego deficytu” w zakresie aktualnego w danym momencie przekazywania informacji o procesach diagnostyczno-terapeutycznych. Dla przykładu, w badaniu, przeprowadzonym przez K. Sobczak aż 77,4% pacjentów stwierdzało, że nie zostali w sposób wystarczający poinformowani o możliwych powikłaniach i ryzyku terapeutycznym. A jest to tylko jeden z aspektów problemu związanego z komunikacją

interpersonalną oraz instytucjonalną w branży zdrowotnej (Sobczak et al. 2018, 67–73).

Jednym z zagadnień związanym z tematem przeszkód w komunikacji (w tym medycznej) jest jurydyzacja, rozumiana jako niepotrzebny nadmiar prawa stanowionego (Sut 2011, 217). Zjawisko to objawia się nie tylko w coraz większej objętości i ilości istniejących aktów prawnych, lecz także w intensywnym poszerzeniu zakresu materii normowanej przez przepisy prawa w ogóle. Jak słusznie zauważyli K. Kaleta i A. Kotowski:

[...] w dobie wysoce skomplikowanego i rozbudowanego systemu prawa, na podstawie wielu, niejednokrotnie bardzo wąskich, przedmiotów regulacji, nie jest już możliwy do utrzymania postulat (lub pozostaje on do utrzymania w wąskich zakresie), o kierowaniu aktu normatywnego do tzw. zwykłego obywatela. (Kaleta, Kotowski 2015, 409)

Dynamika zmian technologicznych i społecznych nierzadko stawia prawodawcę przed nowymi wyzwaniem legislacyjnymi. Z uwagi na nową, wąską materię normowaną przez przepisy prawa, prawodawca nierzadko używa specjalistycznego języka profesjolektów, posiłkując się zaczerpniętymi z niego terminami o definicyjnie sprecyzowanym znaczeniu oraz używając jego reguł semantycznych i syntaktycznych. Tak zakodowany komunikat prawodawca kieruje do wąskiego grona profesjonalnych odbiorców – na przykład lekarzy jakiejś konkretnej dziedziny medycyny (Kaleta, Kotowski 2015, 410–411). Powszechnie wskazuje się, że zbędny, nadmiarowy charakter nowych aktów prawnych niesie ze sobą wiele negatywnych skutków w rzeczywistości prawnej oraz życiu społecznym. Rodzi to rosnącą niepewność wśród uczestników obrotu prawnego co do treści przyszłych rozstrzygnięć sądu – powoduje spadek pewności „decyzji stosowania prawa”, a także może prowadzić do powstania luk i niespójności w systemie prawa (Sut 2011, 215–217). Co więcej, jurydyzacji towarzyszy także nieuchronnie powiększający się rozdźwięk pomiędzy procesem legislacyjnym, w który zaangażowane są profesjonalne służby legislacyjne, a udziałem w tym procesie demokratycznego suwerena, którego rola schodzi na plan dalszy (Kaleta, Kotowski 2015, 402).

Może to prowadzić do sytuacji, w której „demokracja sprowadzona jest do głosowania oznacza w rzeczywistości, że obywatele funkcjonują głównie jako wyborcy, a nie współrządzający podmiot zbiorowy” (Sawicka 2019, 130). Oczywiście normowanie przez prawodawcę kolejnych dziedzin nie zawsze jest nadmierowe i niepotrzebne. Czasami wręcz pożądanym jest, aby akty prawne w należyły sposób służyły ochronie wolności i praw jednostek, realizując tzw. funkcję gwarancyjną prawa (Sut 2011, 213).

Warto zaznaczyć, że w polskim porządku prawnym istnieje pewien zbiór dyrektyw sporządzania tekstu aktów prawnych, zawartych w rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”. Zawiera on ściśle wytyczne, dotyczące tego, w jaki sposób powinny być kodowane komunikaty zawarte w ustawach. Można uznać, że są to pewne metakomunikaty w polskim

systemie prawnym (Kłodawski 2012, 208). Tworzenie prawa, które w nie jest zgodne z rygorystycznymi wytycznymi, może w jasny sposób obniżyć „jakość” nowych aktów prawnych. Może mieć także wpływ na samą interpretację tekstu. Jak wskazuje S. Wronkowska:

W przeciwnym razie grozi mu [tj. ustawodawcy] to, że zmniejszy się stopień jego kontroli nad procesem wykładni prawa, a to grozi niebezpieczeństwem zakłócenia komunikacji między twórcą prawa, a jego odbiorcami i utratą skuteczności prawa oraz dysfunkcyjnością porządku prawnego. (Kaleta, Kotowski 2015, 418)

Wypada nadmienić, że w polskim porządku prawnym sama komunikacja jest materią, która jest normowana przez przepisy prawa już w ustawie zasadniczej. Art. 49 Konstytucji RP zapewnia wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się. Ich ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony. Natomiast art. 54 Konstytucji RP zapewnia każdemu wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. Ograniczenia tej wolności to m.in. chronione tajemnice (państwowa, lekarska), prawo autorskie, poszanowanie praw innych osób, np. prawa do prywatności.

Komunikacja między pacjentem a lekarzem obwarowana jest w polskim porządku prawnym licznymi prawnymi ograniczeniami.

Jedynym z jego przykładów w kontekście przeszkód w komunikacji medycznej są, jak można przyjąć, sformalizowane ponad rzeczywistość potrzeby procesy komunikacyjne. Interpretacja takiego przepisu, przy jego nadmiernej drobiazgowości, może w efekcie prowadzić do nadinterpretacji w jego stosowaniu, co uczyni niewątpliwie znaczną przeszkodę w jego stosowaniu i wreszcie prowadzić może do opóźnienia w działaniach prozdrowotnych. Ustawa z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (Dz.U. z 2011 r. Nr 174, poz. 1039 ze zm.) oraz Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. z 1994 r. Nr 111, poz. 535 ze zm.), a także Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz.U. z 2011 r. Nr 112, poz. 654 ze zm.) określają zasady wykonywania działalności medycznej oraz rodzaje podmiotów wykonujących działalność leczniczą.

Polski ustawodawca uregulował materię związaną z komunikacją medyczną, a w szczególności relacje personel medyczny – pacjent w kilku ustawach. Najważniejszymi aktami prawnymi są: Ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1000 ze zm.; dalej: ustawa o ochronie danych osobowych), Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw pacjenta (Dz.U. z 2009 r. Nr 52, poz. 417 ze zm.; dalej: ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta) – art. 9 tej ustawy przewiduje pełne prawo pacjenta do informacji na temat procesu leczenia, Ustawa o dostępie do informacji publicznej z dnia 6 września 2001 r. (Dz.U. z 2001 r. Nr 112, poz. 1198 ze zm.), Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza

dentysty (Dz.U. z 1997 r. Nr 28, poz. 152 ze zm.; dalej: ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty) – art. 31 ust. 1 określają obowiązki lekarza względem pacjenta lub przedstawiciela ustawowego w zakresie udzielania informacji o stanie zdrowia, rozpoznaniu, rokowaniach a także wynikach leczenia. Art. 4 tej ustawy normuje ogólne obowiązki lekarza.

Obecnie rosnące znaczenie w zakresie prawnych zagadnień dotyczących komunikacji medycznej mają regulacje dotyczące ochrony danych osobowych. Obowiązująca ustawa o ochronie danych osobowych jest wynikiem implementacji unijnego rozporządzenia o ochronie danych osobowych. Istnieje wiele spraw mogących rodzić konfuzję, takich jak na przykład potrzeba zapewnienia anonimowości przy wezwaniu pacjenta do gabinetu lekarza. Właściwe stosowanie przepisów przez personel medyczny zostało w klarowny sposób przedstawione przez Ministerstwo Cyfryzacji w przewodniku po RODO w służbie zdrowia. Powstaje także Kodeks postępowania w zakresie ochrony danych osobowych w sektorze medycznym, który ma pomóc we właściwym stosowaniu RODO. Jego projekt został złożony 13 listopada 2018 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych.

Przykładem, kiedy zgoda jest konieczna, jest np. prowadzenie badań naukowych lub przekazanie danych do państwa trzeciego. Ograniczenie w przetwarzaniu danych osobowych np. w rozmowie przez telefon, może utrudniać udzielenie pierwszej pomocy w przypadkach nagłych, gdy dostęp do danych wrażliwych np. danych dotyczących zdrowia ma tylko jedna lub dwie osoby w placówce służby zdrowia. Przepisy ustawy w praktyce uniemożliwiają w określonych sytuacjach (np. przez telefon lub Internet) udzielenia informacji pociągających za sobą ujawnienie danych osobowych dotyczących np. ofiar wypadków.

Ochrona danych osobowych powoduje również utrudnienie identyfikacji pozostającego bez kontaktu pacjenta, mogące skutkować zagrożeniem życia. Przyjęte jest bowiem opatrzenie chorego kodem kreskowym na opasce, bez pozostawienia widocznych danych osobowych. Personel najczęściej nie jest w posiadaniu czytnika do kodów. Osoba przytomna, ale z trudnościami w artykulacji potrzeb, np. z afazją, traktowana w ten sposób może już na wstępie stracić potencjał komunikacyjny, gdyż może czuć się zdepersonalizowana, anonimowa.

Wśród instytucji prawnych nakładających obowiązki, które mają istotny wpływ na ograniczenia komunikacji między wskazanymi podmiotami, należy wskazać tzw. tajemnicę lekarską, która może ograniczyć wymianę informacji z osobami najbliższymi. Dotyczy to, między innymi, związków nieformalnych, tzw. partnerskich. Zgodnie z art. 40 ust 1. ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty lekarz, poza zamkniętym katalogiem wskazanym w art. 40 tejże ustawy, ma obowiązek zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu.

Kolejne ograniczenia w zakresie komunikacji medycznej wynikają z nałożonego na lekarza i lekarza dentystę obowiązku zawartego w art. 31 pkt 6 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty obowiązku udzielenia informacji w sposób,

który powinien być wyczerpujący i zrozumiały dla pacjenta, w tym małoletniego, który ukończył 16 rok życia lub jego ustawowemu przedstawicielowi przystępnej informacji, między innymi o jego stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych, leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia, rokowaniu, lub też zastosowanie innej, alternatywnej metody leczenia.

Warta w kontekście poruszanej materii jest także kwestia tzw. „przywileju terapeutycznego”. Instytucja ta umożliwia lekarzowi legalne odstępianie od udzielenia pełnej informacji medycznej na podstawie art. 31 pkt 4 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Wpływ na komunikację między lekarzem a pacjentem ma również tzw. „świadoma zgoda pacjenta”, unormowana w art. 32 ust. o zawodzie lekarza i lekarza dentysty. Lekarz może przeprowadzić badanie lub udzielić innych świadczeń zdrowotnych, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, po wyrażeniu zgody przez pacjenta. Świadoma zgoda oznacza, że pacjent został poinformowany szczegółowo o istocie zabiegu, możliwości wystąpienia powikłań, zakresu ewentualnej poprawy oraz że miał możliwość zadawania pytań. Uzyskanie zgody może jednak sprowadzać się do podpisania przez pacjenta opisu zabiegu, napisanego żargonem medycznym, którego pacjent może nie rozumieć. Potrzeba wyrażenia zgody na wszystkie, nawet najdrobniejsze zabiegi medyczne, małoinwazyjne badania diagnostyczne, wtedy kiedy czas jest ograniczony (bo od tego zależy zdrowie i życie pacjenta), ma wpływ na podstawową wymianę informacji, co może skutkować większym niepokojem pacjenta i często ma wpływ na końcowy wynik leczenia.

Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta za pacjentów niezdolnych do świadomego wyrażenia zgody, małoletnich oraz całkowicie ubezwłasnowolnionych zgodę albo odmowę wyraża przedstawiciel ustawowy. Szczególną trudność w komunikacji przedstawia sytuacja, gdy osoba nieletnia, której opiekun prawny nie zgadza się na leczenie, znajduje się w stanie niebezpieczeństwa utraty życia. Wówczas wydanie zgody zastępczej przez sąd opiekuńczy (art. 32 ust. 9 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty), może być przyczyną ryzykownego odroczenia w czasie działań medycznych. Ograniczenia prawne, mające na celu ochronę człowieka chorego lub korzystającego ze świadczeń placówek służby zdrowia, mogą znacznie utrudniać proces leczenia czy rehabilitacji, niekiedy sprowadzając nawet niebezpieczeństwo utraty zdrowia.

W przypadku stosowania automatycznej komunikacji z pacjentami używane są w tym celu najczęściej strony internetowe, gdzie można zamieścić ofertę medyczną, godziny przyjęć lekarzy, a także formularz rejestracji online. Można również wysyłać automatyczne wiadomości SMS przez system lub wiadomości e-mail. Innym rodzajem komunikacji jest stosowanie telemedycyny: konsultacje i porady zdrowotne online, e-recepty, e-zwolnienie lekarskie (szczególnie w okresie pandemii). Zbieżne ze stosowanymi coraz szerzej środkami

teleinformatycznymi w ochronie zdrowia jest pojęcie telematyki. K. Wydro zdefiniował telematykę jako

rozwiązania telekomunikacyjne, informatyczne i informacyjne oraz rozwiązania automatycznego sterowania dostosowane do potrzeb obsługiwanych systemów fizycznych – wynikających z ich zadań, infrastruktury, organizacji, procesów utrzymania oraz zarządzania – i zintegrowane z tymi systemami. (Wydro 2005, 117)

Zastosowanie telematyki w działalności prozdrowotnej nazywa się telematyką medyczną. Autor stwierdził, że termin telematyka w praktyce używany jest zamiennie ze słowem telemedycyna, jednakże biorąc pod uwagę instytucje i rzeczy, które mieszczą się jego zdaniem w zakresie znaczenia słowa telematyka (takie jak całe środowisko e-health, infrastrukturę techniczną w aplikacjach telemedycznych; Wydro 2005, 122), zdaje się, że jest ono słowem, którego zakres znaczeniowy jest szerszy, w porównaniu do telemedycyny. Wreszcie dużym, wydaje się niedostatecznie wykorzystanym narzędziem komunikacyjnym, jest Ogólnopolski System Ochrony Zdrowia umożliwiający kontrolę interakcji z pacjentami, zawiera on, między innymi, bazę leków oraz dane o pacjencie.

Wszystkie elementy automatycznej komunikacji wymienione powyżej podlegają tzw. kolizji zgód. Materia ta dotyczy następujących aktów prawnych: Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r., Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1219 z późn. zm.) oraz Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2004 r. Nr 171, poz. 1800 ze zm.). Zgoda określona przez przepisy ustawy o świadczeniu usług telekomunikacyjnych oraz Ustawy Prawo Komunikacji mają podobny zakres, a zgoda z ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną wymagana jest tylko w relacjach, gdzie strony są osobami fizycznymi. Zgoda z prawa telekomunikacyjnego obejmuje również relacje między przedsiębiorcami. Istniejący tu kłopot można zasygnalizować w następującym zdaniu:

[...] wątpliwości dotyczą okoliczności, czy za każdym razem, dla celów prowadzenia marketingu elektronicznego, konieczne jest zebranie trzech odrębnych zgód (w przypadku, gdy nie opieramy się na przesłane prawnie uzasadnionego interesu administratora na podstawie RODO), które muszą być pozyskane odrębnie i niezależnie od siebie, czy też możliwe jest ich połączenie, ponieważ zakresowo istnieją między nimi relacje powiązane. (Piper et al. 2019, 22)

Ustawa z dnia 26 kwietnia 2017 roku, tworząca tzw. sieć szpitali, wprowadziła nowe rozwiązania, które w zamyśle ustawodawcy mają usprawnić komunikację między placówkami w celu poprawy organizacji udzielania świadczeń opieki zdrowotnej przez szpitale oraz przychodnie przyszpitalne, a także poprawy dostępu pacjentów do leczenia specjalistycznego w szpitalach. Miała ona także zoptymalizować liczbę oddziałów specjalistycznych i zapewnić lepszą koordynację świadczeń szpitalnych i ambulatoryjnych, a także ułatwić także zarządzanie

szpitalami. Jednakże w zakresie komunikacji powstał szereg istotnych nieprawidłowości np. infolinia, informująca o tym, gdzie pacjenci mogą się leczyć w dni świąteczne i po godzinie 18.00, pracuje w godzinach urzędowych. Pacjent powinien przed 16.00 przewidzieć, że poczuje się źle dwie godziny później.

3. PODSUMOWANIE

Siatka pojęciowa nauki o komunikacji może być pomocna w przedstawianiu materii komunikacji medycznej w opisie instytucji prawnych obecnych w prawie medycznym oraz w merytorycznie właściwym opisie przeszkód w komunikacji, których obecność związana jest z dużą liczbą obwarowań prawnych w tej dziedzinie. W przedmiocie wpływu przeszkód komunikacyjnych na efekty terapii oraz satysfakcję pacjenta z podjętego leczenia możemy stwierdzić, że niedobór informacji uzyskanych przez obie strony uczestniczące w komunikacji oraz wystąpienie innych przeszkód wpływają niekorzystnie na proces terapeutyczny, a nawet mają niekiedy poważne skutki dla zdrowia pacjenta.

Związane jest to często z ważnym aspektem porozumiewania się, a mianowicie umiejętnością słuchania interlokutora. Kompetencje pracowników służby zdrowia związane są z szybką orientacją w sytuacji i podejmowaniem odpowiedzialnych decyzji, natomiast porozumiewanie się z pacjentem dotyczy, co prawda, przeprowadzenia wywiadu, ale nie jest on zwykle swobodny, tylko kierowany. Pracownicy medyczni chcą szybko uzyskać informacje, toteż czasami sugerują spodziewane przez siebie odpowiedzi. Komunikacja często polega na wydawaniu nieresponsywnych komunikatów przez strony, a nie na niewymuszonej wymianie zdań. Jest to niekiedy konieczne ze względu na gwałtowność objawów chorobowych, niemniej jednak powinien znaleźć się czas na uzupełnienie informacji, gdy sytuacja zostaje unormowana. Niewątpliwie równie ważne, co treści merytoryczne, są dla pacjenta troska i poczucie bezpieczeństwa. Regulacje prawne związane z komunikacją medyczną wydają się bardziej znacząco wpływać na stronę decyzyjną personelu, niż na niezaburzony przepływ komunikatów, skutkujący satysfakcją z dobrze wykonanej pracy i zadowoleniem pacjenta z odbytej interwencji medycznej. Ma to znaczenie szczególne w dobie epidemii, kiedy pacjent może poznać medyka, ubranego w maskę i gogle, jedynie po napisie z funkcją i nazwiskiem, znajdujących się na plecach kombinezону.

W kontekście przepisów ustaw związanych z materią komunikacji medycznej możemy przyjąć, że *de lege ferenda* powinny mieć na celu poprawę jakości świadczeń medycznych, a nie powodować utrudnienie pacjentowi skorzystania z tychże, przez konieczność spełnienia obowiązków określonych w aktach prawnych. W praktyce nierzadko pacjent zostaje sam z kartką papieru, na której niekiedy musi złożyć kilkanaście podpisów przed rozpoczęciem udzielania mu pomocy.

Do niedawna efektywność komunikacji nie była przedmiotem nauczania na studiach medycznych. Mieściła się w ramach doświadczenia lekarskiego, co jak widać z powyższych uwag, nie wydaje się być dostateczne w obecnym porządku prawnym i formalizacji relacji lekarz – pacjent. Komunikacja medyczna jest istotnym przedmiotem nauczania w toku studiów medycznych, nie tylko lekarskich, przy znacznym naświetleniu aspektów prawnych tego procesu, gdyż normatywne „rafy” powinny być skutecznie omijane z pozytywnym skutkiem dla pacjenta i placówek medycznych.

BIBLIOGRAFIA

- Bekrycht, Tomasz. 2017. „O legitymizacji prawa (władzy) na przykładzie tzw. sporu o Trybunał Konstytucyjny”. *Principia* 64: 159–205.
- Chwieralska, Barbara. Magdalena Witt. 2018. „Podstawy komunikacji z pacjentem”. W *Komunikacja medyczna dla studentów i lekarzy*. Red. Maria Nowina-Konopka, Wojciech Feleszka, Łukasz Małecki. 11–27. Kraków: Medycyna Praktyczna.
- Czerw, Aleksandra. Urszula Religioni. Aneta Matuszna. Katarzyna Lesiak. Agata Olejnik. Dominika Śniadała. 2012. „Zasady skutecznej komunikacji w placówkach medycznych”. *Hygeia Public Health* 47(3): 247–253.
- DLA Piper Giziński Kycia sp. j. 2019. *Telekomunikacja, Media i Internet w Polsce*. Warszawa: Polska Agencja Inwestycji i Handlu. https://www.paih.gov.pl/files/?id_plik=34125 [dostęp: 10.05.2019].
- Dobek-Ostrowska, Bogusława. 2012. *Komunikowanie polityczne i publiczne*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Goban-Klas, Tomasz. 2014. „Health communication – komunikacja zdrowotna, powstanie, problemy, ewolucja”. W *Komunikowanie w ochronie zdrowia, interpersonalne, organizacyjne i medialne*. Red. Tomasz Goban-Klas. 9–19. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Kaleta, Krzysztof. Adam Kotowski. 2015. „Kodowanie a dekodowanie znaczenia prawnego – zarys dyskursywnego modelu tworzenia prawa”. W *Leges ab omnibus intel legi debent. Księga XV-lecia Rządowego Centrum Legislacji*. Red. Wojciech Brzozowski, Adam Krzywoń. 393–418. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Kłodawski, Maciej. 2012. „Przepis prawny jako komunikat. Uwagi o refleksji nad komunikacją w polskim prawoznawstwie”. W *Komunikologia. Teoria i praktyka komunikacji*. Red. Emanuel Kulczycki, Michał Wendland. 205–222. Poznań: Wydawnictwo Naukowe Instytutu Filozofii UAM.
- Konopka-Nowina, Maria. 2016. *Komunikacja lekarz–pacjent teoria i praktyka*. Kraków: Instytut Dziennikarstwa, Mediów i Komunikacji Społecznej Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Kulczycki, Emanuel. 2012. *Teoretyzowanie komunikacji*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe Instytutu Filozofii UAM.
- Kulczycki, Emanuel. 2015. *Dwa aspekty komunikacji. Założenia komunikologii historycznej*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM.
- Sawicka, Jolanta. 2019. „Czy demokratyczne rządy prawa stwarzają warunki możliwości dla obywatelskiego zaangażowania”. *Krytyka Prawa* 11: 124–149.
- Smolski, Roman. 2001. *Słownik encyklopedyczny. Edukacja obywatelska*. Warszawa: Wydawnictwo Europa.

- Sobczak, Krzysztof. Katarzyna Leoniuk. Leszek Pawłowski. Natalia Spolak. 2016. „Komunikacja kliniczna – porównanie opinii lekarzy i pacjentów”. *Pomeranian Journal of Life Sciences* 62(3): 67–73.
- Voegelin, Eric. 1991. *The Nature of Law and Related Legal Writings*. Baton Rouge: Louisiana State University Press.
- Wendland, Michał. 2008. „Pytanie o podstawy metodologiczne filozofii komunikacji i nauk o komunikowaniu”. W *Komunikacja przez sztukę, komunikacja przez język*. Red. Bartłomiej Bączkowski, Paweł Gałkowski. 20–28. Poznań: Wydawnictwo Naukowe Instytutu Filozofii UAM.
- Wendland, Michał. 2014. *Filozoficzne i metodologiczne podstawy historii komunikacji*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM.
- Wydro, Kornel B. 2005. „Telematyka – znaczenia i definicje terminu”. *Telekomunikacja i Techniki Informacyjne* 1–2: 116–130.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. z 1994 r. Nr 111, poz. 535 ze zm.).
- Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. z 1997 r. Nr 28, poz. 152 ze zm.).
- Ustawa o dostępie do informacji publicznej z dnia 6 września 2001 r. (Dz.U. z 2001 r. Nr 112, poz. 1198 ze zm.).
- Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 1219 ze zm.).
- Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2004 r. Nr 171, poz. 1800 ze zm.).
- Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw pacjenta (Dz.U. z 2009 r. Nr 52, poz. 417 ze zm.).
- Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz.U. z 2011 r. Nr 112, poz. 654 ze zm.).
- Ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1000 ze zm.).
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych lub RODO), (Dz.U. UE. L. z 2016 r. Nr 119, poz. 1 z późn. zm.).

Orzecznictwo

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 13 lipca 2011 r. (I ACa 57/11), LEX Nr 2546249.

Strony internetowe

<https://www.osoz.pl/osoz/web/osoz-cms> [dostęp: 10.05.2019].

*Adam Drozdek** <https://orcid.org/0000-0002-0942-3347>

KOD CN – ISTOTA I ZNACZENIE A WIĄŻĄCA INFORMACJA AKCYZOWA (PROBLEMY INTERPRETACYJNE)

Streszczenie. Przepisy ustawy o podatku akcyzowym przewidują jedną z wielu form urzędowych interpretacji prawa podatkowego, jaką jest wiążąca informacja akcyzowa. W myśl art. 7d ma ona dążyć do zapewnienia jednolitego stosowania ustawy o podatku akcyzowym w zakresie opodatkowania wyrobów akcyzowych albo samochodu osobowego, w szczególności przez jego interpretację uwzględniającą klasyfikację w układzie odpowiadającym Nomenklaturze Scalonej (CN). Tak pojmowanymi normami prawnymi są wszelkie Ogólne Reguły Interpretacji Nomenklatury Scalonej oraz wyjaśnienia do taryfy celnej zgodnie ze stanem prawnym z dnia wejścia w życie ustawy o podatku akcyzowym, które kierowane są do organów podatkowych i Służby Celno-Skarbowej.

Słowa kluczowe: podatek akcyzowy, Wiążąca Informacja Akcyzowa, prawo celne, taryfa celna, kod CN.

CN CODE AS A LEGAL AND TAX STANDARD

Abstract. The Excise Tax Act provides one of many forms of official tax law interpretations, i.e. the Binding Tariff Information. Pursuant to Article 7d, it is supposed to ensure the uniform application of the Excise Tax Act within taxation of excise goods or passenger cars, particularly by the interpretation that takes into consideration the classification in the system corresponding to the Combined Nomenclature (CN). Such interpretations are any General Rules for the Interpretation of the Combined Nomenclature and explanations of the customs tariff in accordance with the legal status as of the effective date of the Excise Tax Act, intended for the tax authorities and the Customs and Tax Service.

Keywords: excise tax, Binding Tariff Information, customs law, customs tariff, CN code.

1. UWAGI OGÓLNE

Normy prawne, wynikające z przepisów ustawy z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 722 ze zm. – dalej: ustawa o podatku akcyzowym lub upa) należą do najbardziej niejasnych, skomplikowanych i hermetycznych, a pomimo tego wszyscy musimy je należycie stosować. Zawilosc samej ustawy spowodowana jest m.in. tym, że zawarte w niej przepisy prawne

* Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie, Katedra Polityk Regulacyjnych, Kolegium Gospodarki i Administracji Publicznej, adam_drozdek@poczta.onet.pl

odwołują się do specyficznych rozwiązań instytucji prawnych, zawartych w licznych przepisach unijnego prawa celnego. To wszystko razem powoduje, że przepisy prawne zawarte w ustawie o podatku akcyzowym są niejednolicie interpretowane i stosowane przez organy podatkowe, a to z kolei prowadzi do licznych sankcji nie tylko podatkowych, ale także karno-skarbowych.

Przedmiotem rozważań podjętych w niniejszym opracowaniu jest analiza zagadnień związanych z dokonywaniem klasyfikacji wskazanej we wniosku o wydanie Wiążącej Informacji Akcyzowej, normy prawnej wynikającej z Ogólnych Reguł Interpretacyjnych Nomenklatury Scalonej, w tym także wyjaśnień do taryfy celnej, określających sposób opodatkowania w procesie stosowania prawa przez organy podatkowe. Kluczową kwestią jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy kod Nomenklatury Scalonej (CN) oraz noty wyjaśniające do Wspólnej Taryfy Celnej Unii Europejskiej mogą pełnić rolę normy prawnej. W dalszej części opracowania wskazane zostaną relacje prawne kodu CN oraz not wyjaśniających do art. 217 Konstytucji.

2. PRAWO UNIJNE JAKO ŹRÓDŁO PRAWA PODATKOWEGO

W Ordynacji podatkowej zawarta została szeroka definicja przepisów prawa podatkowego oraz ustaw podatkowych. Zgodnie z treścią art. 3 pkt 2 O.p., ilekroć w ustawie tej jest mowa o przepisach prawa podatkowego, rozumie się przez to przepisy ustaw podatkowych, postanowienia ratyfikowanych przez Rzeczpospolitą Polską umów o unikaniu podwójnego opodatkowania oraz ratyfikowanych przez Rzeczpospolitą Polską innych umów międzynarodowych, dotyczących problematyki podatkowej, a także przepisy aktów wykonawczych wydanych na podstawie ustaw podatkowych. Obecnie, po wejściu Polski do Unii Europejskiej, do przepisów prawa podatkowego należy zaliczyć również przepisy pierwotnego unijnego prawa podatkowego, przepisy bezpośrednio obowiązujących aktów wtórnego prawa unijnego (np. rozporządzeń unijnego prawa celnego), jak wreszcie zasady ogólnego prawa unijnego formułowane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, np. ogólnych reguł interpretacyjnych Nomenklatury Scalonej. Analiza legalnej definicji przepisów prawa podatkowego stawia zatem na jednej płaszczyźnie przepisy prawne zawarte w ustawach podatkowych oraz wydane na ich podstawie przepisy aktów wykonawczych (Mastalski 2012, 32). Przyjęcie takiej interpretacji oznacza, że ustawą podatkową jest każdy powszechnie obowiązujący przepis prawa, a więc także przepis wydany na podstawie upoważnienia zawartego w ustawie. W tym miejscu należy zauważyć, że w zakresie źródeł prawa podatkowego wypowiedzi się art. 3 upa. Zgodnie z jego brzmieniem na terytorium Polski, jako państwa należącego do Unii Europejskiej, obowiązują kody CN dla celów opodatkowania wyrobu akcyzowego albo samochodu osobowego podatkiem akcyzowym, jak również w odniesieniu do określenia

ciążących na wnioskodawcy obowiązków wynikających z przepisów o organizacji obrotu wyrobami akcyzowymi lub oznaczania znakami akcyzy tych wyrobów w układzie odpowiadającym Nomenklaturze Scalonej zgodną z rozporządzeniem Rady (EWG) nr 2658/87 z dnia 23 lipca 1987 r. w sprawie nomenklatury taryfowej i statystycznej oraz w sprawie Wspólnej Taryfy Celnej (Dz.Urz. WE L 256 z 7.09.1987 r., 1; dalej: rozporządzenie 2658/87). Jednakże ustawodawca zastrzegł, że zmiany w Nomenklaturze Scalonej nie powodują zmian w opodatkowaniu akcyzą wyrobów akcyzowych i samochodów osobowych, jeżeli nie zostały określone w ustawie o podatku akcyzowym.

Określając skutki klasyfikacji wyrobu akcyzowego według kodu CN w procesie stosowania prawa, tj. zarówno w sytuacji samoobliczenia dokonywanego przez podatnika, jak również w zakresie wydawania decyzji podatkowych czy ich kontroli przez sądy administracyjne, należy wskazać, że punktem wyjścia dla ustalenia, czy mamy do czynienia z wyrobem akcyzowym lub samochodem osobowym czy też innym wyrobem, jest analiza Nomenklatury Scalonej wraz z notami wyjaśniającymi do Wspólnej Taryfy Celnej UE. Pamiętać jednak należy, że ogólne reguły interpretacyjne zawarte zostały w załączniku nr I do rozporządzenia 2658/87. Z tego punktu widzenia załącznik nr I rozporządzenia 2658/87 stanowi rozwinięcie norm prawnych w granicach zakreślonych przez ustawę o podatku akcyzowym. Istotą jego jest dopełnienie regulacji materii ustawowej w granicach tej treści, jaką zawiera sama ustawa. Powyższe oznacza zatem, że załącznik nr I rozporządzenia 2658/87 należy traktować na równi z ustawą podatkową, gdyż ma tę samą moc prawną, co ustawa w procesie stosowania prawa podatkowego. Załącznik ten stanowi więc istotną dyrektywę interpretacyjną w procesie wykładni prawa podatkowego. Należy zatem wyciągnąć generalny wniosek, że pojęcia przepisów prawa podatkowego nie można ograniczać wyłącznie do ustaw, które w swoim tytule zawierają takie pojęcie, lecz chodzi o rzeczywistą treść zawartych w ustawach regulacji mających wpływ na opodatkowanie. Przepisy prawa podatkowego, jakkolwiek stanowią autonomiczną dziedzinę prawa, to jednak nie są całkowicie odrębne, niezależne i niepowiązane z innymi dziedzinami systemu prawnego, a wręcz przeciwnie – wraz z przepisami innych gałęzi prawa stanowią część jednego porządku prawnego obowiązującego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Oznaczałoby to, że kod CN jest normą prawną, wskazującą określony sposób postępowania, a więc jako reguła postępowania jest regułą zachowania się organu podatkowego.

Nie ulega zatem wątpliwości, że w świetle art. 91 ust. 3 Konstytucji, w zw. z art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 25 marca 1957 r.; wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE C 202 z dn. 7.06.2016 r., 47; dalej: TFUE), rozporządzenie 2658/87 wraz z załącznikiem nr I jest źródłem prawa podatkowego w rozumieniu art. 87 ust. 1 Konstytucji i powinno być bezpośrednio stosowane w polskim porządku prawnym bez konieczności podejmowania dodatkowych działań implementacyjnych (por.

Drozdek 2017, 66 oraz powołana tam literatura) ze strony ustawodawcy czy w procesie stosowania prawa przez organy podatkowe. Rozporządzenie wydane przez instytucje Unii ma pierwszeństwo stosowania przed ustawą krajową (wyrok NSA z dnia 30 listopada 2018 r., sygn. I GSK 957/16, Lex nr 2593375). Wynika z tego *a contrario*, że państwa członkowskie nie mogą stosować przepisów rozporządzeń unijnych w sposób selektywny. Trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, aby racjonalny ustawodawca, odwołując się do klasyfikacji towarowej na podstawie Nomenklatury Scalonej, dopuszczał możliwość taryfikacji wyrobów akcyzowych na podstawie bliżej niezidentyfikowanych przepisów prawa. Umocowanie Nomenklatury Scalonej w prawie Unii Europejskiej wskazuje, jak bardzo ważnym jest ona instrumentem prawnym (por. art. 28 TFUE).

3. SKUTKI STOSOWANIA KLASYFIKACJI WEDŁUG NOMENKLATURY SCALONEJ ORAZ NOT WYJAŚNIAJĄCYCH NA GRUNCIE PRZEPISÓW USTAWY O PODATKU AKCYZOWYM

Powszechnie obowiązujące przepisy prawa podatkowego bardzo często wykorzystują kod CN jako normę prawnopodatkową. Przykładem takiej instytucji jest WIA, która ma zapewnić podmiotom gospodarczym uzyskanie oficjalnej informacji o właściwej klasyfikacji wyrobów akcyzowych lub samochodu osobowego dla potrzeby opodatkowania podatkiem akcyzowym. Jednym z jej istotnych elementów na potrzeby opodatkowania jest kod CN.

Jak już zostało wykazane wcześniej, do celów poboru akcyzy i oznaczania wyrobów akcyzowych znakami akcyzy, a także do wiążących informacji akcyzowych, stosuje się klasyfikację w układzie odpowiadającym Nomenklaturze Scalonej (CN), zgodną z rozporządzeniem 2658/87. Analizując przedmiotowe zagadnienie, zauważyć należy, że zgodnie z art. 1 ust. 2 ww. rozporządzenia Nomenklatura Scalona obejmuje: a) nomenklaturę Systemu Zharmonizowanego; b) wspólnotowe podpodziały do tej nomenklatury nazywane „podpozycjami CN” w tych przypadkach, gdy określona jest odpowiadająca stawka celna; c) przepisy wstępne, dodatkowe uwagi do sekcji lub działów oraz przypisy odnoszące się do podpozycji CN. Jednolitemu stosowaniu zarówno Systemu Zharmonizowanego (HS), jak i Nomenklatury Scalonej służą noty wyjaśniające. Z punktu widzenia prowadzonych badań istotnym jest fakt, że Nomenklatura Scalona, wraz ze stawkami celnymi i innymi stosownymi opłatami oraz środkami taryfowymi zawartymi w TARIC lub innych uzgodnieniach wspólnotowych, stanowi Wspólną Taryfę Celną Unii Europejskiej. Oznacza to, że kod Nomenklatury Scalonej oraz noty wyjaśniające do Wspólnej Taryfy Celnej Unii Europejskiej stanowią normę prawną, na podstawie której ustalana jest stawka celna oraz wysokość należnego cła, mając tym samym istotny wpływ na wysokość pobieranych przez Służbę Celno-Skarbową „podatków granicznych” (Drozdek 2017,

229 i n.). W tym miejscu podkreślić należy, iż klasyfikacja towarów w Nomenklaturze Scalonej podlega Ogólnym Regułom Interpretacji Nomenklatury Scalonej (ORINS) zawartej w WTC, zapewniając tym samym jednolitą interpretację, co oznacza, że dany towar jest zawsze klasyfikowany do jednej i tej samej pozycji i podpozycji z wyłączeniem wszelkich innych, które mogłyby być brane pod uwagę. Zgodnie z regułą 1 ORINS, tytuły sekcji, działów i poddziałów mają znaczenie wyłącznie orientacyjne, do celów prawnych klasyfikację towarów należy ustalać zgodnie z brzmieniem pozycji i uwag do sekcji lub działów oraz, o ile nie są one sprzeczne z treścią pozycji i uwag, zgodnie z Ogólnymi regułami interpretacji Nomenklatury Scalonej od 2 do 6. Natomiast reguła 6 ORINS stanowi, iż klasyfikacja towarów do podpozycji tej samej pozycji powinna być przeprowadzona zgodnie z ich treścią i uwagami do nich, z uwzględnieniem ewentualnych zmian wynikających z pozostałych reguł ORINS, stosując zasadę, że tylko podpozycje na tym samym poziomie mogą być porównywane. Mając na uwadze powyższe, należy przyjąć, że klasyfikacja wyrobów akcyzowych lub samochodów osobowych zgodnie z Nomenklaturą Scaloną podlega regułom zapewniającym jednolitą interpretację, co oznacza, że dany towar jest zawsze klasyfikowany do jednej i tej samej pozycji i podpozycji z wyłączeniem wszelkich innych, które mogłyby być brane pod uwagę (por. Weerth 2017, 55; Drozdek 2019, 98 i n.; WIA-2015-00001; WIA-2019-00046).

Przenosząc powyższe wnioski na grunt przepisów ustawy o podatku akcyzowym, stwierdzić należy, że dla WIA istotne znaczenie posiada kod CN. Wynika to przede wszystkim z faktu, że WIA ma daleko idące związki z prawem celnym. Pomimo że obowiązujące normy prawa podatkowego nadają jej charakter *stricte* podatkowy, to jej konstrukcja prawna wzorowana jest na rozwiązaniach właściwych dla prawa celnego i Wspólnej Taryfy Celnej UE. Wiążąca Informacja Akcyzowa jako decyzja podatkowa zawiera klasyfikację taryfową wyrobu akcyzowego albo samochodu osobowego w układzie odpowiadającym Nomenklaturze Scalonej (CN), tzn. klasyfikację według Nomenklatury Scalonej zgodnie z kodami klasyfikacji określonymi w ustawie. W przypadku, gdy podanie kodu CN jest niewystarczające dla określenia opodatkowania podatkiem akcyzowym, w tym celu zastosowanie znajdują uwagi i noty wyjaśniające Wspólnej Taryfy Celnej UE, jakie wynikają z praktyki stosowania prawa celnego. Nomenklatura Scalona, na którą powołują się organy podatkowe wydając WIA, potwierdza właściwe stawki podatku akcyzowego według kodu CN (Drozdek 2019, 104 i n.). Należy zatem stwierdzić, że istotnym elementem WIA jest Nomenklatura Scalona, która pozwala precyzyjnie przyporządkować wyrób akcyzowy lub samochód osobowy do odpowiedniego kodu CN, a tym samym na stworzenie normy prawnej, która umożliwi dokonanie identyfikacji wyrobów akcyzowych lub samochodu osobowego. Kod CN, na który powołuje się WIA, dotyczy nie tylko klasyfikacji danych wyrobów akcyzowych czy samochodu osobowego, ale także pozwala określić, czy dany wyrób podlega podatkowi akcyzowemu i według jakiej stawki powinien

zostać opodatkowany. Oznaczałoby to *de lege lata*, że kod CN, zawarty w taryfie celnej, decyduje na gruncie ustawy o podatku akcyzowym o zastosowaniu właściwej stawki podatkowej oraz o wysokości podatku.

W doktrynie prawa podatkowego wskazuje się, że w przypadku podatku akcyzowego ustawodawca określił jego przedmiot jako zdarzenia stanowiące przedmiot podatku, a następnie wskazał „obiekty”, do których zdarzenia te się odnoszą. Takimi właśnie „obiettami” współtworzącymi element materialny przedmiotu podatku akcyzowego są wyroby akcyzowe oraz samochody osobowe. Stanowią one elementy mające wartość ekonomiczną, w oparciu o które ustalana jest podstawa opodatkowania (Kalinowski 2013, 15, 106). Zasadny jest zatem pogląd, że kod CN, a w konsekwencji również i noty wyjaśniające, wyznaczają w podatku akcyzowym przedmiot opodatkowania. Popierając to stanowisko, wskazać można na orzeczenia sądów administracyjnych. Przykładowo, według stanowiska Naczelnego Sądu Administracyjnego w wyroku z dnia 16 września 2015 r., sygn. I GSK 152/14, konstrukcja przedmiotu opodatkowania w podatku akcyzowym nie stanowi naruszenia art. 217 Konstytucji. Stanowi to następstwo tego, że przepisy ustawy o podatku akcyzowym odwołując się do nomenklatury CN przy definiowaniu wyrobów akcyzowych lub samochodu osobowego nie stanowią naruszenia konstytucyjnej zasady ustawowego kształtowania elementów podatku. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 6 marca 2002 r., sygn. P 7/00 podkreślił, że z regulacji prawnej zawartej w art. 217 Konstytucji wynika nakaz uregulowania ustawą wszystkich istotnych elementów podatku, tj. podmiotu i przedmiotu opodatkowania, stawek podatkowych, zasad przyznawania ulg i umorzeń oraz kategorii podmiotów zwolnionych z podatku. Oznacza to, że do unormowania w drodze rozporządzenia mogą zostać przekazane tylko te sprawy, które nie mają istotnego znaczenia dla konstrukcji określonej daniny. Jak już wcześniej wskazano, nomenklatura CN jest zamieszczona w rozporządzeniu Rady (EWG) nr 2658/87. Klasyfikacja towarowa przeprowadzana w oparciu o Scaloną Nomenklaturę taryfową, zawartą we Wspólnej Taryfie Celnej UE, stanowi załącznik 1 do tegoż rozporządzenia Rady (EWG). Zgodnie z art. 288 akapit 2 TFUE rozporządzenie ma zasięg ogólny i wiąże w całości oraz jest bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich. Zgodnie zaś z postanowieniami art. 91 ust. 3 Konstytucji rozporządzenie takie ma pierwszeństwo, w przypadku kolizji, z ustawą. W świetle powyższego należy wysunąć wniosek, że przedmiot opodatkowania w podatku akcyzowym należy ustalić w drodze wykładni przepisów ustawy o podatku akcyzowym, dokonanej po uprzedniej interpretacji Nomenklatury Scalonej. Treść normatywną Nomenklatury Scalonej uzyskuje się zatem po zestawieniu zakresu wyznaczonego ich częścią opisową i zakresu określonej pozycji CN, odkodowanego z tekstu znajdującego się w (oznaczonej danym numerem) jednostce redakcyjno-statystycznej CN (wyrok TK z dnia 3 kwietnia 2001 r., sygn. K 32/99, Lex nr 46867).

Analizując znaczenie Nomenklatury Scalonej w procesie stosowania prawa, niezbędne zdaje się zwrócenie uwagi również na noty wyjaśniające, wydane przez

Komisję Europejską. Podstawą prawną dla wydania not wyjaśniających do Nomenklatury Scalonej Unii Europejskiej jest treść art. 9 rozporządzenia 2658/87, w którym upoważnia się Komisję UE do wyjaśniania zakresu pozycji taryfowych. W tym względzie art. 9 ust. 1 rozporządzenia 2658/87 stanowi, że „środki odnoszące się do kwestii określonych poniżej przyjmuje się zgodnie z procedurą określoną w art. 10 lit. a stosowanie Nomenklatury Scalonej i TARIC dotyczące w szczególności klasyfikacji towarów w nomenklaturach, określonych w art. 8 oraz uwag wyjaśniających”. Mając na uwadze treść powołanego przepisu, należy zatem przyjąć, że w rozporządzeniu nr 2658/87 ustanowione zostały ogólne reguły interpretacji Nomenklatury Scalonej (ORINS), które stanowią wykonanie zobowiązań międzynarodowych Unii Europejskiej, wynikających z międzynarodowej konwencji w sprawie Zharmonizowanego Systemu Oznaczania i Kodowania Towarów, sporządzonej w Brukseli w dniu 14 czerwca 1983 r. (Dz.Urz. WE L Nr 198 z 20.07.1987 r., 3 – Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 2, t. 3, 3, ze. zm.) oraz protokołu zmian do niej z dnia 24 czerwca 1986 r. – Dz.Urz. WE L Nr 198 z 27.07.1987 r., 11, Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 2, t. 3, 10). Zgodnie z art. 3 ust. 1 przedmiotowej konwencji każda z umawiających się stron zobowiązuje się, że jej nomenklatury celne i statystyczne będą zgodne z HS. Ponadto strony zobowiązane zostały do stosowania wszystkich pozycji i podpozycji HS bez dodatków lub modyfikacji wraz z ich odpowiednimi kodami cyfrowymi oraz że będą przestrzegać kolejności cyfrowych tego systemu. Przyjęcie jednolitego systemu kodowania towarów powoduje, że każda z umawiających się stron zobowiązuje się do stosowania ogólnych reguł interpretacji HS, a także wszystkich uwag dotyczących sekcji, działów i podpozycji HS oraz do tego, że nie będzie modyfikowała ich zakresu, w tym także not wyjaśniających (por. Werner 2014, 429).

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że wydawane przez Komisję Europejską na podstawie rozporządzenia 2658/87 noty wyjaśniające należy traktować jako uzupełnienie tych wydawanych przez Światową Organizację Celną (WCO). Za niewiążącym charakterem not wyjaśniająco przemawia to, że są one publikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej seria C, a nie L. Z kolei z punktu widzenia prawnego noty wyjaśniające Komisji UE – w praktyce i orzecznictwie – traktowane są niemal identycznie jak noty wyjaśniające WCO (Morawski 2012, 92–94, 149; podobnie: Lyons 2001, 148). W tej sytuacji noty wyjaśniające wydawane przez Komisję UE powinny być interpretowane przez organy podatkowe w taki sposób, aby nie prowadziły do ich wzajemnej zgodności z Nomenklaturą Scaloną. Przyjęcie takiego stanowiska powoduje, że organy podatkowe nie mają swobody w zakresie ich stosowania oraz nie mogą swobodnie odrzucać poglądów prezentowanych w Nomenklaturze Scalonej oraz notach wyjaśniających.

Z punktu widzenia celów niniejszego opracowania istotne jest zwrócenie uwagi, iż przed akcesją Polski do Unii Europejskiej noty wyjaśniające, opinie klasyfikacyjne oraz decyzje zostały opublikowane w formie załącznika

do rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 27 sierpnia 1999 r. w sprawie wyjaśnień do taryfy celnej (Dz.U. Nr 74, poz. 830 ze zm.)¹ Ich opublikowanie w akcie normatywnym należy postrzegać w kategoriach nadania im waloru normatywnego, czego potwierdzeniem jest treść art. 7 Konwencji Brukselskiej (por. art. 7 Konwencji o utworzeniu Rady Współpracy Celnej sporządzona w Brukseli dnia 15 grudnia 1950 r. – Dz.U. z 1978 r., Nr 11, poz. 43), zgodnie z którą noty i opinie stały się częścią aktu normatywnego, a co za tym idzie, organy podatkowe mogły wydawać na tej podstawie decyzje podatkowe. Stanowisko to potwierdzone zostało w licznych orzeczeniach przedakcesyjnych, gdzie polskie sądy konsekwentnie przyjmowały, że opinie i noty wyjaśniające do taryfy celnej mają charakter wykładni wiążącej dla organów celnych (por. np. wyrok NSA z dnia 24 czerwca 1993 r., sygn. SA/Wr 1852/92, Lex nr 10841; wyrok SN z dnia 13 listopada 1996 r., sygn. III RN 28/96, Lex nr 29116; wyrok NSA z 29 stycznia 1998 r., sygn. V SA 598/97, Lex nr 59016). W uzasadnieniach sądy administracyjne wielokrotnie wskazywały, że klasyfikacja towarów w Nomenklaturze Scalonej jest oparta na pewnych zasadach oraz podlega Ogólnym Regułom Interpretacji, dzięki czemu dany towar jest zawsze kwalifikowany do tej samej pozycji lub podpozycji z wyłączeniem wszystkich innych, które mogłyby być brane pod uwagę. W. Morawski w swoich rozważaniach, poświęconych interpretacji przepisów prawa podatkowego i celnego, zwraca uwagę, że instrumenty te miały ogromny potencjał stabilizacyjny, gdy chodzi o sposób wykładni przepisów klasyfikacyjnych (Morawski 2012, 150). Stanowisko takie uzasadniane było zadaniami Rady Ministrów, która określała stawki celne, opierając się na Nomenklaturze Scalonej, wywodzącej się z konwencji brukselskiej. Pogląd ten zyskał również aprobatę w doktrynie prawa i judykaturze. I tak np. zdaniem J. Borkowskiego argumentem przemawiającym za taką interpretacją były postanowienia umów międzynarodowych, które były wiążące dla Polski. Autor ten podkreśla, że skoro należy bezpośrednio stosować postanowienia umów międzynarodowych, to „w dalszej konsekwencji takiej regulacji ustawowej uznać trzeba moc wiążącą dla polskich organów celnych aktów wykładni (interpretacji) postanowień umowy międzynarodowej zgodnych z jej treścią i dokonywanych przez uprawniony organ” (Borkowski 1995, poz. 23). W wyroku z dnia 19 listopada 1975 r. TSUE wskazał, że odstępianie od ich stosowania przez organy podatkowe oraz sądy administracyjne jest dopuszczalne i należy traktować to jako ostateczność. TSUE w orzeczeniu z dnia 19 listopada 1975 r., w sprawie *Douaneagent der NV Nederlandse Spoorwegen v. Inspecteur*

¹ Na marginesie prowadzonych rozważań należy zauważyć, że w celu zapewnienia jednolitej i właściwej interpretacji Zharmonizowanego Systemu Oznaczania i Kodowania Towarów Światowa Organizacja Celna opracowała i wydała w formie publikacji *Noty Wyjaśniające do Systemu Zharmonizowanego*. Przedmiotowe Noty przetłumaczone na język polski zostały opublikowane w rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 1 czerwca 2006 r. w sprawie wyjaśnień do taryfy celnej (M.P. z 2006 r. Nr 86, poz. 880). Oznacza to, że miały one charakter wiążący dla organów podatkowych.

der invoerrechten en accijnzen dopuścił możliwość odstąpienia od stosowania przez organy podatkowe not wyjaśniających, ale tylko w przypadku, gdy nota lub opinia wydaje się niezgodna ze sformułowaniem danej pozycji lub wyraźnie wykracza poza uprawnienia przyznane Radzie Współpracy Celnej. Stosowanie w praktyce not wyjaśniających i opinii klasyfikacyjnych jest bowiem istotnym instrumentem zapewniającym prawidłową wykładnię i stosowanie prawa unijnego (wyrok z dnia 19 listopada 1975 r., w sprawie 38/75 *Douaneagent der NV Nederlandse Spoorwegen v. Inspecteur der invoerrechten en accijnzen*, ECR 1975, 01439). Zdecydowanie odmienne stanowisko prezentowane jest w późniejszych orzeczeniach TSUE. W orzeczeniu wydanym po wejściu Polski do Unii Europejskiej z dnia 27 kwietnia 2006 r. w sprawie C-15/05 TSUE powołując się na orzecznictwo przedakcesyjne podkreślił, że noty wyjaśniające do CN oraz noty wyjaśniające do HS stanowią ważny instrument prawa celnego, służący zapewnieniu jednolitego stosowania Wspólnej Taryfy Celnej UE przez organy celne państw członkowskich. Jednak w dalszej części uzasadnienia TSUE zauważył, że noty wyjaśniające i opinie klasyfikacyjne wydawane przez Komisję UE na podstawie upoważnienia zawartego w rozporządzeniu 2658/87 przyczyniają się do interpretacji zakresu różnych pozycji taryfowych. Mają one charakter komentarza do poszczególnych pozycji taryfy celnej, którego zasadniczym celem jest pomoc w interpretacji Wspólnej Taryfy Celnej i tym samym stosowanie jednolitej klasyfikacji wyrobów według nomenklatury towarowej (wyrok TSUE z dnia 27 kwietnia 2006 r., w sprawie C-15/05, *Kawasaki Motors Europe NV v. inspecteur van de Belastingdienst/Douane District Rotterdam*, ECR 2006/4/I-3657, Lex nr 192198).

Stanowisko, zgodnie z którym noty wyjaśniające nie są częścią aktu normatywnego, należy poddać krytyce. Jak słusznie bowiem zauważa R. Mastalski, w prawie podatkowym należy na równi traktować normę prawną, której powstanie można wywieść z normy ustawowej, z normą regulującą daną sferę zagadnień prawa podatkowego bezpośrednio w ustawie. Innymi słowy, w odniesieniu do prawa podatkowego można przyjąć zasadę, że ustawą jest każdy obowiązujący przepis, a więc także wydany na podstawie upoważnienia zawartego w ustawie. W praktyce stosowania prawa podatkowego zarówno przepisy zamieszczone bezpośrednio w ustawie, jak i przepisy aktów podustawowych zawierają powszechnie obowiązujące normy ogólne i abstrakcyjne, a więc nie różnią się od siebie. Z tego punktu widzenia przepisy aktów podustawowych stanowią rozwinięcie w granicach zakreślonych przez ustawę przepisów ustawowych i można je traktować na równi z nimi (por. Mastalski 2008, 54). Tym samym na przepisy prawa podatkowego składają się normy prawne, wynikające z przepisów prawnych zawartych w regulacjach wydanych na podstawie upoważnienia ustawowego. Biorąc pod uwagę poczynione wyżej rozważania, należy stwierdzić, że źródłem prawa podatkowego są przepisy unijnego prawa celnego, tj. noty wyjaśniające oraz opinie prawne. Przyjęcie stanowiska o niewiążącym charakterze not wyjaśniających otwiera drogę organom podatkowym do swobody w zakresie ich stosowania,

a co za tym idzie, organy podatkowe mogą swobodnie odrzucać poglądy prezentowane w notach wyjaśniających i opiniach klasyfikacyjnych wydanych przez Komisję UE.

W praktyce stosowania prawa podatkowego zarówno przepisy zamieszczone bezpośrednio w rozporządzeniu UE, jak i przepisy aktów wykonawczych do tych rozporządzeń, zawierają normy ogólne i abstrakcyjne, a więc nie różnią się od siebie. Z tego punktu widzenia przepisy aktów wykonawczych do rozporządzeń stanowią ich rozwinięcie w granicach zakreślonych przez rozporządzenie i można je traktować na równi z nimi. Oznacza to, że mają tę sama moc prawną w procesie stosowania prawa podatkowego. Stanowisko takie należy zaakceptować chociażby z tego względu, że brak przepisu art. 9 ust. 1, na którego podstawie wydawane są noty wyjaśniające, nadawałby analizowanym interpretacjom niewiążący charakter.

Ponadto podkreślić należy, że za źródło prawa podatkowego należy uważać także normy prawa unijnego. W przypadku podatku akcyzowego zasadnicze znaczenie jako normy podatkowe posiada kod CN zawarty w Wspólnej Taryfie Celnej Unii Europejskiej oraz noty wyjaśniające. To bowiem kod CN decyduje, czy dany wyrób akcyzowy lub samochód osobowy podlega opodatkowaniu. Z mocy ustawy o podatku akcyzowym organy podatkowe obowiązane są klasyfikować do kodu CN wyroby akcyzowe oraz samochody osobowe z uwzględnieniem wskazówek zawartych w notach wyjaśniających. W tym miejscu należy zgodzić się ze stanowiskiem prezentowanym w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, że decydującym kryterium dla klasyfikacji wyrobów akcyzowych oraz samochodów osobowych należy poszukiwać zasadniczo w ich obiektywnych cechach i właściwościach, takich jak określone w pozycjach CN, uwagach do sekcji i działów oraz notach wyjaśniających (por. wyrok TSUE z dnia 6 grudnia 2007 r., w sprawie C-486/06 BVBA van Landeghem v. Belgische Staat, pkt 23). Analizując problem będący przedmiotem tego artykułu, warto również przytoczyć wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 26 lutego 2020 r. W uzasadnieniu tego orzeczenia sąd stwierdził, że noty wyjaśniające są jednym ze środków służących zapewnieniu jednolitego stosowania Wspólnej Taryfy Celnej na terenie Unii Europejskiej. Dotyczą one istotnych kwestii budzących wątpliwości interpretacyjne. Organ podatkowy ma prawo powoływać się na treść owych not wyjaśniających w postępowaniach podatkowych (wyrok WSA w Łodzi z dnia 26 lutego 2020 r., sygn. III SA/Łd 1026/18, Lex nr 2895521). Oznacza to, że w przypadku stosowania ich przez organy podatkowe nie można uznać ich za naruszenie prawa Unii Europejskiej.

W świetle powyższego należy stwierdzić, że zgodnie z art. 87 ust. 1 Konstytucji rozporządzenie 2658/87 jest źródłem powszechnie obowiązującego w Polsce prawa podatkowego oraz na jego podstawie należy stanowić przepisy prawa podatkowego w rozumieniu art. 3 pkt 2 Op. Przyjęcie takiej interpretacji powoduje, że istotnym źródłem prawa podatkowego są także noty wyjaśniające wydawane

przez Komisję Europejską. Wykładnia not wyjaśniających jako źródeł prawa podatkowego dokonywana przez organy podatkowe jest realizowana w procesie stosowania prawa podatkowego, czego przykładem są powołane WIA. Niewątpliwie mają one na celu usprawnienie tego procesu, a przede wszystkim jego ujednoczenie (por. wyrok NSA z dnia 16 września 2015 r., sygn. I GSK 152/14, Lex nr 2091047). Decydującym kryterium dla prawidłowej klasyfikacji wyrobów akcyzowych oraz samochodów osobowych należy poszukiwać w ich obiektywnych cechach i właściwościach, takich jak określone w pozycjach CN, z uwzględnieniem uwag do sekcji lub działów, oraz notach wyjaśniających. Organ podatkowy, wykonując swoje uprawnienia i obowiązki wynikające z ustawy o podatku akcyzowym, obowiązany jest dokonać klasyfikacji do kodu CN, na podstawie przepisów prawa zawartych w Wspólnej Taryfie Celnej Unii Europejskiej oraz not wyjaśniających wyroby akcyzowe oraz samochody osobowe.

4. PODSUMOWANIE

Przeprowadzona analiza skłania do sformułowania następujących wniosków.

Instytucja WIA jest formą odpłatnego uzyskania informacji i urzędowego poświadczenia, że opisany we wniosku stan faktyczny (rzeczywisty lub projektowany) jest w ocenie organu interpretującego zgodny z prawem obowiązującym w dniu wydania WIA. W postępowaniu prowadzonym w celu wydania WIA załatwienie sprawy jest równoznaczne z wydaniem aktu interpretacyjnego na wniosek podatnika, który odnosi się do oczekiwanych skutków stosowania prawa będących w istocie ekspektatywą wydaną przez organ podatkowy. Ochrona ta realizuje się z momentem zastosowania się wnioskodawcy do WIA. Podkreślenia jednak wymaga, że ochrona prawna dotyczy prawno-podatkowych skutków przedstawionego we wniosku stanu faktycznego. Nie odnosi się jednak do ochrony w zakresie trafności i poprawności przedstawienia stanu faktycznego we wniosku z obiektywną rzeczywistością. Z treści przepisów art. 7d upa jednoznacznie wynika, że organ podatkowy nie tyle wyjaśnia podatnikowi, w jaki sposób należy interpretować konkretny przepis prawa podatkowego – kod CN, co raczej wskazuje, w jaki sposób należy zakwalifikować prawnie konkretny opisany przez podatnika stan faktyczny lub zdarzenie przyszłe. Przyjąć zatem należy, że WIA jest dokonywana wyłącznie na podstawie stanu faktycznego lub zdarzenia przyszłego przedstawionego we wniosku o udzielenie WIA. Wiąże on zarówno organ interpretujący, jak i sąd administracyjny dokonujący kontroli interpretacji.

Istotą WIA jest zapewnienie podmiotowi gospodarczemu pewności prawnej w przypadku wątpliwości co do klasyfikacji taryfowej danego wyrobu akcyzowego lub samochodu osobowego. Ma to istotne konsekwencje finansowe dla osoby, której została udzielona WIA, gdyż uzyskuje ona zapewnienie dokonania klasyfikacji danego wyrobu akcyzowego do ściśle określonej klasyfikacji taryfowej,

co pozwala z góry określić wysokość zobowiązania podatkowego. WIA, pełniąc zatem funkcję gwarancyjną, ma za cel dać podmiotowi gospodarczemu pełne bezpieczeństwo, gdy istnieje wątpliwość co do klasyfikacji jakiegoś wyrobu akcyzowego, samochodu osobowego według Nomenklatury Scalonej, chroniąc go wobec wszelkich późniejszych modyfikacji stanowiska przyjętego przez organy podatkowe dotyczącej klasyfikacji wyrobu akcyzowego lub samochodu osobowego.

Klasyfikacja wyrobów akcyzowych oraz samochodów osobowych ma fundamentalne znaczenie dla określenia właściwej stawki podatku. Wspólna Taryfa Celna zawiera ponad 16 500 przepisów prawnych dotyczących klasyfikacji towarów, a za pomocą not wyjaśniających można wpływać w istotny sposób na klasyfikację wyrobów akcyzowych oraz samochodów osobowych. Ich bezpośrednie zastosowanie w sprawach podatkowych jest zatem obowiązkiem nie tylko organów podatkowych, ale także sądów administracyjnych. Wynika to z faktu, że organy podatkowe mają obowiązek przestrzegania prawa i działania w jego granicach, czyli również w granicach prawa unijnego, zwłaszcza że akty administracyjne, a także inne czynności organów administracji, podlegają kontroli sądowej. W kontekście powyższego należy zatem przyjąć, że ustawa o podatku akcyzowym statuuje w niezbędnym zakresie procedurę, tj. tryb, sposób wydawania i zmiany WIA, którym towarzyszy immanentnie związana z nimi swoista moc wiążąca. Tę moc wiążącą należy wywieść z obowiązku organów podatkowych do działania zgodnie z prawem (art. 7 Konstytucji, art. 120 Op), do których należą również regulacje ochrony prawnej podatnika, a który zastosował się do WIA wydanej na skutek i po przeprowadzeniu przez niego legalnej wykładni prawa podatkowego. WIA jest wynikiem urzędowej, legalnej wykładni tego prawa, którą organy podatkowe przeprowadzają w ramach swych funkcji urzędowych w oparciu o konkretną podstawę prawną.

Istnienie wzajemnych relacji pomiędzy przepisami prawa podatkowego a unijnego prawa celnego powoduje, że noty wyjaśniające do Wspólnej Taryfy Celnej Unii Europejskiej nie są w Polsce oficjalnym źródłem powszechnie obowiązującego prawa podatkowego, należy je jednak uznać za ważne – za normę prawną w rozumieniu przepisów Konstytucji oraz Ordynacji podatkowej. Bez wątplenia podkreślić należy, że ich wskazanie w przepisach podatkowych należy uznać za element normy prawnej określającej sposób opodatkowania i w procesie stosowania prawa przez organy podatkowe podlegają także procesowi wykładni dokonywanej przez te organy.

BIBLIOGRAFIA

- Borkowski, Janusz. 1995. „Glosa do wyroku NSA z dnia 24 czerwca 1993 r., SA/Wr 1852/92”. *Orzecznictwo Sądów Polskich* 1: 23.
- Drozdek, Adam. 2017. *Charakter prawny cla jako daniny publicznej w krajowym i unijnym prawie celnym*. Szczecin: Wydawnictwo BW Jan Brodziński.

- Drozdek, Adam. 2019. „Oddziaływanie unijnego prawa celnego na podatek od towarów i usług na przykładzie Wiążącej Informacji Stawkowej”. W *Prawo podatkowe w systemie prawa. Międzygałęziowe związki norm i instytucji prawnych*. Red. Agnieszka Franczak, Aneta Kaźmierczyk. 601–612. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Drozdek, Adam. 2019. „Wpływ unijnego prawa celnego na polskie regulacje prawa podatkowego – kierunki przeobrażeń i zmian na przykładzie akcyzy”. *Przegląd Prawa Publicznego* 10: 98–109.
- Kalinowski, Marek. 2013. *Przedmiot podatku*. Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”.
- Lyons, Timothy. 2001. *EC Customs Law*. New York: Oxford.
- Mastalski, Ryszard. 2008. *Stosowanie prawa podatkowego*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Mastalski, Ryszard. 2012. „Przepisy prawa podatkowego”. W *Ordynacja podatkowa. Komentarz*. Red. Barbara Adamiak, Janusz Borkowski, Ryszard Mastalski, Janusz Zubrzycki. 32–39. Wrocław: Oficyna Wydawnicza Unimex.
- Morawski, Wojciech. 2012. *Interpretacje prawa podatkowego i celnego – stabilność i zmiana*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Weerth, Carsten. 2017. „HS 2002–HS 2017: Notes of the tariff nomenclature and the additional notes of the EU revisited”. *World Customs Journal* 11(1): 49–68.
- Werner, Aleksander. 2014. „Klasyfikacja celna artykułów świętecznych – czy kultura ma wpływ na wysokość obciążeń celnych?” W *Prawo celne i podatek akcyzowy. Kierunki przeobrażeń i zmian*. Red. Tomasz Nowak, Piotr Stanisławiszyn. 428–435. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Akty prawne

- Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 25 marca 1957 r. (wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE C 202 z dn. 7.06.2016 r., 47).
- Konwencja w sprawie Zharmonizowanego Systemu Oznaczania i Kodowania Towarów sporządzonej w Brukseli w dniu 14 czerwca 1983 r. (Dz.Urz. WE L Nr 198 z 20.07.1987 r., 3 – Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 2, t. 3, 3, ze. zm.).
- Protokół zmian do niej z dnia 24 czerwca 1986 r. (Dz.Urz. WE L Nr 198 z 27.07.1987 r., 11 – Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 2, t. 3, 10).
- Rozporządzenie Rady nr 2658/87 z dnia 23 lipca 1987 r. w sprawie nomenklatury taryfowej i statystycznej oraz w sprawie Wspólnej Taryfy Celnej (Dz.Urz. WE L 256 z 7.09.1987 r., 1).
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).
- Konwencja o utworzeniu Rady Współpracy Celnej sporządzona w Brukseli dnia 15 grudnia 1950 r. (Dz.U. z 1978 r. Nr 11, poz. 43).
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2020 r., poz. 1325 ze zm.).
- Ustawa z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym (Dz.U. z 2020 r., poz. 722 ze zm.).
- Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 27 sierpnia 1999 r. w sprawie wyjaśnień do taryfy celnej (Dz.U. Nr 74, poz. 830 ze zm.).
- Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 1 czerwca 2006 r. w sprawie wyjaśnień do taryfy celnej (M.P. 2006, Nr 86, poz. 880).

Orzecznictwo

- Wyrok TSUE z dnia 19 listopada 1975 r., w sprawie 38/75 *Douaneagent der NV Nederlandse Spoorwegen v. Inspecteur der invoerrechten en accijnzen*, ECR 1975, s. 01439.
- Wyrok TSUE z dnia 27 kwietnia 2006 r., w sprawie C-15/05, *Kawasaki Motors Europe NV v. inspecteur van de Belastingdienst/Douane District Rotterdam*, ECR 2006/4/I-3657, Lex nr 192198.

- Wyrok TSUE z dnia 6 grudnia 2007 r., w sprawie C-486/06 BVBA VAN LANDEGHEM v. BELGISCHE STAAT, ZOTSiS 2007, nr 12A, poz. I-10661.
- Wyrok TK z dnia 3 kwietnia 2001 r., sygn. K 32/99, Lex nr 46867.
- Wyrok TK z dnia 6 marca 2002 r., sygn. P 7/00, Lex nr 54047.
- Wyrok SN z dnia 13 listopada 1996 r., sygn. III RN 28/96, Lex nr 29116.
- Wyrok NSA z dnia 24 czerwca 1993 r., sygn. SA/Wr 1852/92, Lex nr 10841.
- Wyrok NSA z dnia 29 stycznia 1998 r., sygn. V SA 598/97, Lex nr 59016.
- Wyrok NSA z dnia 16 września 2015 r., sygn. I GSK 152/14, Lex nr 2091047.
- Wyrok NSA z dnia 15 stycznia 2020 r., sygn. II FSK 345/18, Lex nr 2798786.
- Wyrok WSA w Łodzi z dnia 26 lutego 2020 r., sygn. III SA/Łd 1026/18, Lex nr 2895521.

Pisma organów podatkowych

- Pismo Dyrektora Izby Skarbowej we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2015 r., sygn. WIA-2015-00001.
- Pismo Dyrektora Izby Skarbowej we Wrocławiu z dnia 21 października 2019 r., sygn. WIA-2019-00046.

Angela Cossiri*

 <https://orcid.org/0000-0001-9628-720X>

THE GOVERNANCE OF COVID-19 PANDEMIC HEALTH EMERGENCY IN ITALY: A CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

Abstract. The essay focuses on the measures that have been taken in Italy to limit the contagion with Coronavirus in the first phase of the health emergency in 2020. The Italian Government was the first to face the epidemiological crisis in a constitutional democracy. The lockdown was one of the most drastic in Europe. On the one hand, fundamental freedoms of individuals have been compressed; on the other, the objective of limiting the expansion of the contagion in the early stage of pandemic expansion has been achieved, probably saving all European countries from an ungovernable health crisis before a minimal preparation. Even some critical aspects in the decision making process could be highlighted from a constitutional law perspective, the Author believes that the temporary measures, although drastic, not exceeded the limits allowed by the Italian Constitution, nor they seriously affected the balance between the powers at least in the first/second phase.

The majority of Parliament approved *ex post* the law-decrees adopted by the Council of Ministers, demonstrating that it share the Government's political position. Furthermore, in a very short time, the Italian people, in their vast majority, spontaneously adapted to the imposed prohibitions, demonstrating a sense of responsibility and solidarity towards the most vulnerable categories with respect to the effects of the virus (elderly and sick people, for example).

The reasons of the economy, which would have required not to stop business activities, have been temporarily recessive with respect to the protection of the health of the community. This decision seems to find its ultimate foundation in the Article 2 of the Italian Constitution which requires everyone to respect the duty of social solidarity.

Keywords: pandemic, COVID-19, emergency, constitutional law, fundamental rights, emergency powers.

ZARZĄDZANIE STANEM ZAGROŻENIA ZDROWIA W CZASIE PANDEMII COVID-19 WE WŁOSZECH: PERSPEKTYWA KONSTYTUCYJNA

Streszczenie. Tekst koncentruje się na środkach, jakie zostały podjęte we Włoszech w celu ograniczenia zarażenia koronawirusem w pierwszej fazie zagrożenia zdrowia w 2020 r. Rząd włoski jako pierwszy zmierzył się z kryzysem epidemiologicznym w demokracji konstytucyjnej. Lockdown był jednym z najbardziej drastycznych w Europie. Z jednej strony ograniczono podstawowe wolności jednostki; z drugiej – udało się ograniczyć rozprzestrzenianie wirusa we wczesnej fazie ekspansji pandemicznej, prawdopodobnie ratując wszystkie kraje europejskie przed niemożliwym do opanowania kryzysem zdrowotnym, przy minimalnym przygotowaniu. Nawet jeśli niektóre aspekty procesu decyzyjnego można by podkreślić w perspektywie prawa konstytucyjnego, to

* University of Macerata, Department of Law, angela.cossiri@unimc.it

zdaniem Autorki środki tymczasowe, choć drastyczne, nie przekroczyły granic dozwolonych przez włoską konstytucję, ani nie wpłynęły poważnie na równowagę między władzami przynajmniej w pierwszej/drugiej fazie.

Większość parlamentarna zatwierdziła *ex post* dekrety uchwalone przez Radę Ministrów wykazując, że podziela stanowisko polityczne rządu. Ponadto w bardzo krótkim czasie naród włoski w zdecydowanej większości spontanicznie dostosował się do nałożonych zakazów, wykazując poczucie odpowiedzialności i solidarności wobec najbardziej narażonych na skutki wirusa grup (na przykład osoby starsze i chore). Względy ekonomiczne, przemawiające za niewstrzymywaniem działalności gospodarczej, były czasowo recesyjne wobec ochrony zdrowia społecznego. Wydaje się, że decyzja ta znajduje ostateczną podstawę w art. 2 włoskiej konstytucji, który zobowiązuje wszystkich do poszanowania obowiązku solidarności społecznej.

Słowa kluczowe: pandemia, COVID-19, stan nadzwyczajny, prawo konstytucyjne, prawa podstawowe, uprawnienia nadzwyczajne.

1. WHAT HAPPENED IN ITALY

The measures to combat the contagion of the COVID-19 virus adopted in Italy, as well as in other European countries, are a set of detailed and temporary rules impactful on individual and collective life. In order to manage and contain the health emergency, the normality of individual life and productive activities has been temporarily suspended. Some fundamental freedoms have also been limited. The “crisis protocol” culminated in the ban on leaving homes for the majority of the population, which lasted for several weeks. For this institute was globally used the Anglo-Saxon term “lockdown.”

In Italy, the first lockdown began on 24 February 2020, covering some municipalities of Lombardy and Veneto Regions. The quarantined “red zone” affected in these first days around 50,000 people. The lockdown was initially meant to last until 6 March. As the Coronavirus contagion continued to increase, on Sunday 8 March, Italian Prime Minister Conte announced the expansion of the red zone in northern Italy, affecting over sixteen million people, covering entirety of the region of Lombardy and fourteen provinces in Piedmont, Veneto, Emilia-Romagna, and Marche Regions.

On the evening of 9 March, was announced that the quarantine measures were expanded to the entire country. Therefore Italy was the first democratic country to implement a national quarantine as a result of the 2020 coronavirus emergency. The lockdown in this case was meant to last until 3 April. On 21 March, Conte announced a further enlargement of the lockdown, by shutting down all non-necessary industries. Thus the Italian production system was extremely slowed down. Businesses and Public administrations were invited to implement “smart working processes” to permit employees to work from home. The lockdown was repeatedly extended until 3 May.

In this phase, called “phase 1”, the ban on leaving home was never an “absolute ban”: people would still be able to move nearby for necessity (i.e. to buy food and drugs), for work needs and for health reasons.

The lockdown measures implemented by Italian Government were considered the most radical actions implemented against the outbreak outside of the lockdown measures implemented in China. Only workers in essential economic sectors (such as healthcare and food production chain) were allowed to continue their jobs.

So drastic measures were criticized by political oppositions and by some President of Regions;¹ but they achieved the objective pursued: also in the most affected zones, in the northern Italy, the epidemic was contained; the contagion curve felled and it was possible to support with adequate care in the hospitals all the most serious patients, through the public health system. The greatest risk was thus averted: the danger of not being able to ensure access to intensive care units and respirators for everyone who need them. In fact, intensive care units in Italy had a limited number of places (just over 5,000), which was insufficient for exceptional needs. As highlighted on 7 July 2020 in a public meeting by former President of the European Commission Romano Prodi, Italian political decisions in the first phase have also avoided spreading the epidemic out of control in Europe, basically saving the other countries from a situation that could no longer be governed.

On 26 April, the Prime Minister announced the so-called “phase 2”, that would start from 4 May. Gradually movements in the country were allowed (before between municipality and then across Regions) and the re-opening of closed economic activity was permitted, even schools rested closed. In phase 2, the protection from Coronavirus is entrusted to the obligation of social distancing: it is forbidden in all the activities to decrease the distances between people below a measure considered safe according to the context. In the most of cases personal protective equipment, such as face masks, were mandatory.

2. ANTI-CONTAGION RULES FROM THE PERSPECTIVE OF CONSTITUTIONAL LAW

The “totalitarian” system of emergency discipline, which pervades the details of daily life and human actions, is not new in the history of law; on the contrary, it is typical of the government of epidemics, of which the plague is the best known paradigm.

This discipline is particularly interesting for contemporary constitutionalism, because it represents the first and most significant limitation of fundamental

¹ On this issue, see Di Cosimo, Menegus (2020).

freedoms ever experienced in the history of modern democracies. In Italy, this was the heaviest restriction of freedom experimented in Republican historical phase.

Fundamental rights, such as freedom of movement, assembly, worship, economic action, freedom of self-determination in healthcare are concerned; but also social rights, such as work, school, health and access to justice, have undergone compressions and modulations not imaginable before the pandemic.

A significant impact is also on the principle of non-discrimination. The European Agency for the Protection of Human Rights published three Reports of analysis on the impact of the COVID-19 emergency in the EU (European Agency for Human Rights 2020): the limitations of the fundamental rights adopted by the governments of the Member States to protect health had important asymmetric effects on human rights for some vulnerable categories of individuals. *Inter alia*, older people, children and women suffered more the damage; but also sick and disabled people, homeless, prisoners, political refugees, minorities target for racist episodes were particularly affected (for example, in the first moment, the Chinese community permanently residing in Italy). We cannot forget the difference in the impact of the measures – but also of their medium and long-term economic consequences – on the economically disadvantaged social classes, or on vulnerable categories of workers, such as “precarious” ones, not sufficiently guaranteed in the rights and sometimes also in health safety.

Finally, it is necessary to consider how much the so called “digital divide” can weigh, distinguishing between those who have effective and adequate access to information technologies – in particular, through the personal availability of electronic tools and an efficient internet access – and those who are totally or partially excluded from them, for economic reasons or skill deficit.

Anyway, it does not appear that the governance of the pandemic has overturned the fundamental connotations of the Italian constitutional system, nor that it has produced in the general case, even embryonically and temporarily, a “State of exception.” On the contrary, the exercise of public power, justified by the seriousness of the situation, seems to have remained within the boundary allowed by the constitutional design at least in the first phase and in the mid-term.

3. THE CONSTITUTIONAL FRAMEWORK IN ITALY

The Italian Constitution, unlike other Constitutions, does not contain a specific discipline for the emergency. It, however, establishes a type of sub-constitutional source of law – so called law-decree – which can be adopted by Government “in extraordinary cases of necessity and urgency” (Article 77). This type of act should be used precisely to face unexpected serious situations. The law-decree, once approved by the Council of Ministers and published in the Official Journal, comes into force immediately. It lasts only 60 days. Within this time,

Parliament can convert it into a law. Otherwise, the law-decree decays and loses effectiveness with retroactive effects.

The Italian Constitution also expressly accepts certain restrictions on freedoms. For example, Article 16 guarantees freedom of movement “unless the law imposes limits for health or safety reasons.” Article 17 establishes that a meeting in a public place may be prohibited by Public Authorities for “proven reasons of public safety.” In some cases, the Constitution expressly requires that certain restrictions have to be established through primary sources, i.e. from a hierarchical level immediately below the Constitution. In fact, only primary sources are adopted through a procedure, which guarantees voice to oppositions and public transparency

Finally, it has to be considered that in the pandemic the limitations of fundamental freedoms are justified by the need to protect another fundamental right of individuals, guaranteed by Article 32: the right to health protection. The problem is therefore framed in the balance among competing fundamental rights and constitutional interests.

4. THE GOVERNANCE IN THE EARLY STAGES OF HEALTH EMERGENCY IN ITALY

In this framework, with the aim of containing contagion, in the early stages of the epidemical expansion the restrictions of freedoms have been introduced through some law-decrees, adopted by the Italian Government.² These are the law-decrees No. 6, 19 and 33 of 2020, the first two already converted into law by Italian Parliament. This means that the Government has received the political support of the parliamentary majority on its political action (Di Cosimo 2020). The use of a primary source, such as the law-decree, guarantees compliance with the constitutional rules.

The government, through the first law-decree (23 February 2020), declared the state of emergency for six months, until the 31th of July 2020; the second law-decree established that rights and freedom restrictions can be taken only for temporary periods, each lasting no more than thirty days, according to the need of the moment.

For this reasons, the government have not altered the balance between the powers of the State; the Parliament has not suffered a reduction of its role, nor the other constitutional bodies, which continued to work on a regular basis, albeit through remote technological system and slow-motion rhythm.

² All the measures adopted by the Italian Government relative to the COVID-19 emergency are available on this webpage: <http://www.protezionecivile.gov.it/en/risk-activities/health-risk/emergencies/coronavirus/legal-misure-emergency-coronavirus>

5. SOME CRITICAL ASPECTS

The first decree broadly sets out measures to contain the epidemic, but also refers to another regulatory instrument, adopted directly by the President of the Council (Decree of the President of the Council of Ministers, so called, in Italian language acronym, “DPCM”). Through this tool, repeatedly used, more punctual and concrete restrictions have been introduced, directly limiting fundamental rights. However, the legal basis (the law-decree) does not adequately circumscribe and delimit the ambit of the “DPCM.” This therefore raises doubts about compliance with the Constitutional framework, especially because the decree of the President of the Council is an act that does not involve Parliament, unlike the law-decree.

Also thanks to this instrument, in this phase the President of the Council assumed a media pre-eminence in the emergency governance, with respect both to the other members of the Government and to the Parliament. In particular, the two Chambers were involved in the decision making process and could express their voice for the first time only on the 5th of March, when the first law-decree was discussed to be converted into law.

During the parliamentary discussion on the second law-decree, an amendment was introduced, allowing the so called “parliamentarization” of the decision making process of the “DPCM.” The amendment provided the prior illustration of the contents of “DPCM” to consider the opinion of the Chambers, unless reason of urgency. This exception is a weak point of the reform, because the Government itself decides whether or not there are such reasons. The reform also reduces Parliament’s role and Chambers seem to have a role of Government consultant.

With the second law-decree, the problem that emerged in the earlier stage was in some way overcome: a more precise indication of the measures to contain the epidemic were provided; so the President of the Council could only adopt his decree within a limited margins of autonomy.

6. THE CONDITIONS FOR LIMITING RIGHTS AND FREEDOMS IN A CONSTITUTIONAL DEMOCRACY

Apart from the specific problem of the type of source of law used, the question is whether it is legal to limit fundamental freedoms in a constitutional democracy. If it is, we need to understand to what extent and how it can be restricted.

In order to answer to the first questions, it is necessary to refer to the first postulate of the general theory of fundamental rights: no right is absolute and all fundamental rights and freedoms can be limited, according to the technique of balancing, when this is required by the protection of other competing fundamental freedoms.

The limitation of rights is immediate and direct connected to the fact that they insist “on the same space”, which is a “zero-sum” space; rights and freedoms are brought to conflict with each other by the complex dynamics of human life. The ultimate constitutional root of this postulate seems to be, in the Italian constitutional framework, in Article 2: it states that “The Republic recognizes and guarantees the inviolable human rights [...], and requires the fulfillment of the mandatory duties of political, economic and social solidarity.” The duty of solidarity can easily be forgotten, because – tax obligation aside – it is a legal positions which very rarely come into action. Anyway it is the other side of fundamental rights and freedoms, representing their economic and non-economic costs (Holmes, Sunstein 2013). I highlight the duties of solidarity, because the containment legislation represents first and foremost a protection of most vulnerable minorities to contagion put in place by the whole of the social community: we refer to categories such as elderly and immune-depressed people, individuals with different clinical pathologies, etc., particularly exposed to the risk of the COVID-19 infection more serious consequences.

The second question is: to what extent can fundamental freedoms be restricted? In order to answer, it is necessary to consider the scheme of balancing judgment, used by Constitutional Court to verify the correctness of the measures prepared by the legislators; particularly the last step of this scheme could be focused.

To limit fundamental rights, the legislator must respect specific conditions imposed by the constitutional design. First of all, the compression of fundamental position(s) must be necessary for the protection of other fundamental position(s); therefore, the restriction of fundamental freedoms must respect the criterion of proportionality: the compression is allowed within the minimum measure required to protect the competing fundamental position and not beyond, without exceeding what is strictly necessary. From this point of view, the restrictive measures must be temporary and the term must be reasonable. This criterion could be scrutinized by Constitutional Court, for example if there will be judicial appeal against applied penalties.

7. CONCLUDING REMARKS: A “PEDAGOGICAL” ROLE FOR ANTI-CONTAGION RULES?

An emerging and unprecedented situation such as the one addressed in 2020 in many democratic countries seems to have placed in the foreground a “primitive” and anthropological function of the law, usually out of the horizon of the modern positive jurist. Law is useful for instilling individual and collective behaviors, a group practice. Italians very quickly had to move from the denialism (or minimization) of the phenomenon, to which economic reasons

and public stances of some scientists have contributed, to the collective sharing of a responsibility. Rather than nominating behavior as legal or illegal, the law was functional in the early stage of the health emergency to guide the action of a community, the first which passed through the experience of the pandemic in a democratic State.

It was essential, that the public authorities – called to govern the situation – ensured, together with health protection of collectivity, social cohesion and ensured consensus, even in a context, rich in differences. In this framework, the effectiveness of the law, or its capacity to impose a practice through a coercible penalty, appears to be totally secondary. The success of the rules could only be put back to the control of the same citizenship, overshadowing the formal control, which certainly maintained only a residual preventive function. The relationship between rules and regularity reveals an additional element of complexity, proposing the ancient question of a polysemantic “*nomos*.”

From this point of view, some elements are interesting: if they were read in a strictly positive perspective – as generally – they represent defects and criticality, while – if they were included in the proposed perspective express a coherent *logos*: first of all, the gradualism in the introduction of prohibitions – which is certainly also the result of understandable uncertainties of public decision-makers in facing an unprecedented challenge – may have been useful in the progressive maturation of collective awareness. Secondly, the weakness of the prescriptive perspective is demonstrated by the progressive reduction in the penalty: the criminal penalty, introduced in the first place, for any violation has been replaced by administrative one; the administrative penalty was reduced, compared to what was originally planned, through an amendment approved during the conversion of the law-decree establishing the prohibition. If much has already been done by the legislator, even in constant of emergency, it can be assumed that the sanctioning system will be further weakened both in the administrative application of the rules and in the case-law. Finally, the technique that uses very general clauses to allow behaviors (such as “necessity” or, in the second phase, “visit kin”) on the one hand has urged criticism because it is unclearness, able to compromise certainty and predictability of the law; but, on the other hand, it can be read as a choice (more or less aware) of the legislator, which puts the assessment of the concrete case back to the appreciation of the interpreter.

Modern law does not consist, in fact, only in acts of imperiousness, exercise of the legislative function, but also in interpretations, which do not ignore the particular situations in which they are located. Interpretation constitutes a process that, starting from the provision formulated by the legislature in general and abstract terms (the sign or signifier, using the language of semiotics), seeks and identifies the appropriate norm for the specific case, assigning a specific meaning to the linguistic statement: so “fact” and “right” turn out to be inseparable elements. This is especially true for abstract principles and non-circumstantial

and highly generic clauses, which have necessarily be intended in the concrete meanings, appropriately contextualized.

The proposed thesis does not exempt the legislation from a criticism: in the whole of the discipline of combating contagion there is a fundamental mix-up between the legal dimension and the ethical one. This is unusual in a democratic State. This overlapping of levels can be hardly sustain outside an extraordinarily exceptional situation, in which there are no alternatives. One thing, in fact, is obedience, another responsibility; and the instruments to favor them are different: the first one is realized by the imposition of the state law; the second should not be promoted by the use of public force.

However, it is not possible to establish *ex post*, if merely “pedagogical” invitation – for example recommendations made by the public authorities, such as the suggestion to not leave their homes to the elderly people, contained in the second decree-law – would had the same impact on the general practice of the whole community. The unprecedented for constitutional democracy, the extraordinary exceptionality of the event, its continuous character seem to justify the line adopted by the legislator. At the same time, the rigidity of the ban may (and probably should) be corrected by appropriately contextualized interpretations and mitigated *cum grain salis*, where necessary, carefully reconstructing the regulatory *rationes*.

BIBLIOGRAPHY

- Di Cosimo, Giovanni. 2020. “Tra decreti e decreti: l’importanza di usare lo strumento giusto.” *LaCostituzione*, April 22, 2020. <https://www.lacostituzione.info/index.php/2020/04/22/tra-decreti-e-decreti-limportanza-di-usare-lo-strumento-giusto/>
- Di Cosimo, Giovanni. Giacomo Menegus. 2020. “L’emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione.” *BioLaw Journal* 2. <http://rivista.biodiritto.org/ojs/index.php?journal=biolaw&page=article&op=view&path%5B%5D=576&path%5B%5D=467>
- European Agency for Human Rights. 2020. *Coronavirus Pandemic in the EU. Fundamental Rights Implications*. Bulletin 1. Louxemburg: European Union Agency for Fundamental Rights. <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/covid19-rights-impact-april-1>
- Holmes, Stephen. Cass R. Sunstein. 2013. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company.

Internet sources

<http://www.fra.europa.eu>

<http://www.lacostituzione.info>

<http://www.protezionecivile.gov.it/en/risk-activities/health-risk/emergencies/coronavirus/legal-misure-emergency-coronavirus>

<http://www.rivista.biodiritto.org>



*Kamila Kozień** <https://orcid.org/0000-0002-5278-5976>

TRAKTOWANIE PANDEMII WYWOŁANEJ CHOROBA COVID-19 JAKO SIŁY WYŻSZEJ W KONTEKŚCIE ZOBOWIĄZAŃ UMOWNYCH ORAZ BIEGU TERMINU PRZEDAWNIEŃ W POLSKIM PRAWIE CYWILNYM

Streszczenie. Celem niniejszego opracowania jest wskazanie, czy obecnie panująca pandemia, związana z chorobą wywołaną przez wirus SARS-CoV-2, może być uznana na gruncie prawa cywilnego jako zdarzenie siły wyższej w kontekście zobowiązań umownych. Konieczne więc będzie rozważenie, czym jest siła wyższa w rozumieniu prawa cywilnego i jakie przesłanki muszą być spełnione, aby dane zdarzenie można było uznać za siłę wyższą. Nie ulega bowiem wątpliwości, że pandemia COVID-19 wywarła ogromny wpływ na obrót gospodarczy. Uzasadnione więc jest pytanie, czy pandemia ta może być traktowana jako siła wyższa uzasadniająca zwolnienie z odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania bądź zawieszenie biegu terminu przedawnienia w związku z niemożnością dochodzenia roszczeń w czasie jej trwania. Należy jednak zaznaczyć, iż opracowanie ma charakter ogólny i nie dotyczy rozwiązań szczegółowych.

Słowa kluczowe: siła wyższa, pandemia COVID-19, zobowiązanie umowne, niewykonanie zobowiązania, odpowiedzialność.

COVID-19 AS A FORCE MAJEURE IN THE CONTEXT OF CONTRACTUAL OBLIGATIONS

Abstract. The aim of this article is to indicate whether the current pandemic related to the disease caused by the SARS-CoV-2 virus can be recognised from a legal perspective in the context of contractual obligations. It is essential to consider what force majeure is within the meaning of the civil law and what premises have to be fulfilled to recognise the unforeseen circumstance as force majeure. The COVID-19 pandemic exerted, without a doubt, a huge influence on economic turnover. Here comes up a question whether this pandemic can be treated as force majeure justifying an exemption from liability for non-performance of an obligation or suspension of the time-limit for the period of limitation in connection with an impossibility of prosecution of claims during the pandemic. It should be pointed out that the article is general and it does not involve detailed solutions.

Keywords: force majeure, COVID-19 pandemic, contractual obligation, non-performance of an obligation, liability.

* Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, kamila.kozien@edu.uni.lodz.pl

1. WSTĘP

Kiedy w marcu 2020 roku wprowadzono w Polsce stan epidemii w związku z pandemią wywołaną chorobą COVID-19, raczej nikt nie spodziewał się, że stan ten utrzyma się aż tak długo. Od ponad roku tkwimy w owym stanie, doświadczając różnego rodzaju ograniczeń i obostrzeń, których celem jest ochrona życia i zdrowia obywateli. Niewątpliwie jednak, stan ten wpłynął również w istotnym stopniu na sferę gospodarczą i prawną w naszym kraju. Ograniczenia wywołane rozprzestrzeniającą się chorobą COVID-19 wielokrotnie uniemożliwiły wywiązanie się przez podmioty prywatne, publiczne, w tym w dużej mierze przez przedsiębiorców, ze zobowiązań. Co więcej, niejednokrotnie strony różnego rodzaju stosunków prawnych nie mogły dochodzić swych praw i roszczeń na drodze sądowej z uwagi na wprowadzane ograniczenia w przemieszczaniu się, ograniczoną pracę sądów czy niemożność dotarcia do sądu z uwagi na izolację i zakaz opuszczania miejsca pobytu w związku z odbywaną kwarantanną związaną z zakażeniem czy podejrzeniem zakażenia wirusem SARS-CoV-2.

W związku z powyższym, celem niniejszego artykułu będzie zastanowienie się, czy obecnie panująca pandemia związana z chorobą wywołaną przez wirus SARS-CoV-2 może być uznana na gruncie prawa cywilnego za zdarzenie siły wyższej, uzasadniającej zwolnienie z odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania bądź zawieszenie biegu terminu przedawnienia w związku z niemożnością dochodzenia roszczeń w czasie jej trwania. Aby móc odpowiedzieć na tak sformułowane pytanie, niezbędne jest rozważenie, czym jest siła wyższa w rozumieniu prawa cywilnego i jakie przesłanki muszą być spełnione, aby dane zdarzenie można było uznać za siłę wyższą. Problematyce tej poświęcone będą niniejsze rozważania, jednakże zaznaczyć należy, iż artykuł ten ma charakter ogólny i nie dotyczy rozwiązań szczegółowych.

2. POJĘCIE „SIŁY WYŻSZEJ” W POLSKIM PRAWIE CYWILNYM

Pojęcie „siły wyższej” nie zostało zdefiniowane przez polski Kodeks cywilny, nie ma więc jego legalnej definicji. Jednak znajdziemy w kodeksie przepisy, które wprost odwołują się do tego zjawiska, jak chociażby art. 121 pkt 4 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r., poz. 1740 ze zm.), dotyczący instytucji zawieszenia biegu terminu przedawnienia co do roszczeń, gdy z powodu siły wyższej uprawniony nie może ich dochodzić przed sądem lub innym organem powołanym do rozpoznawania spraw danego rodzaju – przez czas trwania przeszkody.

Mimo braku definicji legalnej, pojęcie „siły wyższej” możemy zdefiniować powołując się zarówno na poglądy doktryny, jak również orzecznictwo.

Odwołując się do poglądów doktryny prawa prywatnego należy wskazać, iż wypracowane zostały dwie teorie dotyczące rozumienia pojęcia siły wyższej: teoria subiektywna, której twórcą jest L. Goldschmidt i teoria obiektywna, autorstwa A. Exnera. Teoria subiektywna zakłada, że siłą wyższą są zjawiska, którym nie można zapobiec nawet przy dołożeniu należytej staranności, teoria obiektywna zaś zakłada, że kryterium wyróżniającym jest kwalifikacja samego zdarzenia, a nie stopień staranności działającego człowieka (CIC Kancelaria, Czajka-Marchlewicz, Dorska 2011). W prawie polskim powszechnie przyjmuje się obiektywne ujęcie siły wyższej, a więc uznaje się, iż jest ona zdarzeniem zewnętrznym, którego nie da się przewidzieć, ani też – nawet w razie przewidzenia – nie da się zapobiec jego skutkom (Pyziak-Szafnicka 2014). Zgodnie z tą koncepcją, za siłę wyższą będzie można więc uznać zdarzenie, które charakteryzuje się tym, że jest:

- 1) zewnętrzne;
- 2) niemożliwe do przewidzenia;
- 3) niemożliwe do zapobieżenia¹.

Do takiej koncepcji siły wyższej przychyła się również orzecznictwo. Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 28 maja 2014 r. (I ACa 1775/13, LEX Nr 1489180) przyjął, że „siłę wyższą definiuje się jako zdarzenie zewnętrzne, którego nie można przewidzieć bądź mu zapobiec”. Również Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 19 listopada 2019 r. (III APa 15/19, LEX Nr 2750252) wskazał, iż „za siłę wyższą jest uznawane wyłącznie zdarzenie charakteryzujące się trzema następującymi cechami: zewnętrżnością, niemożliwością jego przewidzenia oraz niemożliwością zapobieżenia jego skutkom”. Ujęcie obiektywne siły wyższej potwierdza także orzecznictwo Sądu Najwyższego, w którym podkreśla się, że siła wyższa rozumiana jest jako

zdarzenie zewnętrzne [...], o charakterze nadzwyczajnym, przejawiającym się w nieznacznym stopniu prawdopodobieństwa jego wystąpienia oraz o charakterze przemożnym, polegającym na niemożności jego „opanowania” i zapobieżenia jego skutkom na istniejącym w danej chwili poziomie rozwoju wiedzy i techniki. Zwykle przejawem tak rozumianej *vis maior* są *katastrofy żywiołowe* – trzęsienia ziemi, powodzie lub huragany. Za siłę wyższą mogą być także uznane zdarzenia wywołane przez człowieka, jak działania wojenne lub gwałtowne rozruchy, a także akty władzy publicznej, którym należy się podporządkować pod groźbą sankcji. (Wyrok SN z dnia 21 maja 2019 r., IV CSK 129/18, LEX Nr 2690186)

Można więc zauważyć, że SN dokonał podziału zjawisk, które możemy uznać za siłę wyższą, na trzy grupy:

- 1) klęski żywiołowe (*vis naturalis*);
- 2) działania zbrojne (*vis armata*);
- 3) akty władzy (*vis imperii*)².

¹ Tak samo stwierdzają: Cempura, Kasolik (2014).

² Takie same grupy wyszczególnia Parafianowicz (2020).

Do pierwszej grupy zaliczyć możemy takie zjawiska, jak powódź, burza o ogromnej sile, huragan, nieprzenikniona mgła. Wśród zjawisk zaliczanych do drugiej grupy możemy wyróżnić: działania sił zbrojnych wrogiego państwa, rozruchy, rebelie i wojny domowe. Do trzeciej grupy należą zaś m.in. akty normatywne zakazujące wwozu określonych towarów lub decyzje administracyjne o zniszczeniu ładunku ze względów sanitarnych (Sendrowski 2020).

Powyższy katalog zjawisk, które możemy potraktować jako siłę wyższą, zaprezentowany przez SN i potwierdzany przez doktrynę, ma charakter jedynie przykładowy. Wyczerpujące wyliczenie przypadków, które można zakwalifikować do kategorii siły wyższej, nie jest możliwe (Pałdyna 2010). Nie da się bowiem przewidzieć wszystkich sytuacji i zjawisk, które mogłyby spełniać przesłanki siły wyższej – zawsze może się pojawić zjawisko, które do tej pory nie było rozważane pod kątem siły wyższej. Takim zjawiskiem, w moim przekonaniu, może być obecnie rozprzestrzeniająca się pandemia COVID-19, która bez wątpienia ma ogromny wpływ na funkcjonowanie obrotu cywilnoprawnego i gospodarczego, a przede wszystkim na wykonywanie zaciągniętych (zwłaszcza przed jej wystąpieniem) zobowiązań. W związku z powyższym, należy przyjrzeć się pandemii COVID-19 pod kątem przesłanek siły wyższej, co znajdzie wyraz w dalszej części opracowania.

3. ROZUMIENIE SIŁY WYŻSZEJ W ORZECZNICTWIE UNIJNYM

Zanim przejdę do szczegółowych rozważań dotyczących pandemii COVID-19 w kontekście siły wyższej, warto również zwrócić uwagę na rozumienie pojęcia siły wyższej na gruncie prawa europejskiego. Należy bowiem pamiętać, że w związku z członkostwem Rzeczypospolitej w Unii Europejskiej, prawo unijne stanowi część polskiego porządku prawnego, a co więcej ma pierwszeństwo stosowania przed polskimi ustawami. Istotne jest również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, które może stanowić swego rodzaju wskazówkę dla judykatur krajowych co do tego, jak należy definiować dane pojęcie, czy jak traktować określone zjawisko. Jednakże, co trzeba podkreślić, jeśli w orzecznictwie TSUE zostaną sformułowane generalno-abstrakcyjne reguły (ewentualnie stojące za nimi bardziej ogólne zasady), to będą one dla sądów krajowych w sposób prawny wiążące (Koszowski 2012, 35–54).

Jeżeli chodzi o pojęcie „siły wyższej”, to podobnie, jak w przypadku prawa polskiego, na gruncie prawa europejskiego pojęcie to pojawia się w wielu aktach prawa wtórnego UE, natomiast nie jest ono jednoznacznie zdefiniowane (Kastelik-Smaza 2020, 30–41). Pomocne w jego zrozumieniu może być orzecznictwo TSUE, w ramach którego wskazuje się, że pojęcie „siły wyższej”

obejmuje, poza obiektywnym elementem dotyczącym nadzwyczajnych i leżących poza sferą zainteresowanego okoliczności, element subiektywny polegający na obowiązku zabezpieczenia się przez zainteresowanego przed skutkami nadzwyczajnych zdarzeń poprzez

przedsięwzięcie odpowiednich środków bez konieczności nadmiernych poświęceń. (Postanowienie TSUE z dnia 18 stycznia 2005 r., C-325/03, ECLI:EU:C:2005:28)

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TSUE, pojęcie siły wyższej obejmuje zarówno element obiektywny, dotyczący nadzwyczajnych i niezależnych od zainteresowanego podmiotu okoliczności, jak i element subiektywny, odnoszący się do obowiązku dołożenia przez podmiot zainteresowany należytej staranności w celu zabezpieczenia się przed skutkami owych nadzwyczajnych okoliczności³. Niemożliwość przeprowadzenia danej czynności z uwagi na te nadzwyczajne okoliczności nie jest interpretowana przez TSUE jako niemożliwość bezwzględna – chodzi tu o swego rodzaju nietypowe, szczególnie trudności, nieprzewidywalne okoliczności, które pozostają poza kontrolą danego podmiotu, pozostając od niego niezależnymi, których konsekwencji podmiot nie mógł uniknąć, nawet przy dołożeniu należytej staranności (Kastelik-Smaza 2020, 30–41; Ostałowski 2020).

Ciężar dowodu w postaci wykazania, iż w danym przypadku miało miejsce zdarzenie, które należy traktować jako siłę wyższą, spoczywa na podmiocie, który się na to zjawisko powołuje⁴. Jeżeli więc dany podmiot nie wykonał zobowiązania z uwagi na zdarzenie siły wyższej, to aby zwolnić się z odpowiedzialności za niewykonanie tego zobowiązania, będzie on musiał wpieryw wykazać, iż taka siła wyższa w postaci zdarzenia nagłego, nadzwyczajnego miała miejsce, a co więcej, podmiot ten nie mógł zapobiec jej skutkom, nawet przy dołożeniu należytej staranności. Zwracał na to również uwagę rzecznik generalny UE Jacobs w opinii C-236/99, Komisja przeciwko Belgii z dnia 16 marca 2000 r., wskazując, że siła wyższa będzie skutkować zwolnieniem danej osoby z jej prawnego obowiązku, jeśli ta niemożliwa do przewidzenia zmiana okoliczności uczyniła niemożliwym wypełnienie tego obowiązku. Podobnie ma się sytuacja również w przypadku, gdy przykładowo państwo członkowskie nie wykonuje zobowiązań traktatowych, wówczas państwo może się zwolnić z odpowiedzialności z tego tytułu, tylko jeżeli wykaże, iż niemożność wykonania takiego zobowiązania była wynikiem wystąpienia nadzwyczajnych okoliczności, nieprzewidywalnych, niezależnych od jego woli – a więc gdy miała miejsce siła wyższa (Sikora 2011).

Podsumowując, definicja pojęcia „siły wyższej”, wypracowana na gruncie prawa europejskiego przez orzecznictwo TSUE, niewiele różni się od definicji wypracowanej przez doktrynę i orzecznictwo w ramach polskiego porządku prawnego. To, co jest warte podkreślenia, to fakt, że na gruncie prawa europejskiego bardzo wyraźnie akcentuje się element subiektywny, mieszczący się w pojęciu „siły wyższej”, który związany jest z obowiązkiem dochowania należytej staranności przez podmiot, który powołuje się na siłę wyższą, a więc z koniecznością wykazania przez ten podmiot, iż nie był on w stanie wykonać ciążącego na nim obowiązku poprzez wykorzystanie właściwych środków, bez nadmiernego poświęcenia.

³ Zwraca na to uwagę Kastelik-Smaza (2020, 30–41).

⁴ Ibidem.

Biorąc to pod uwagę, w dalszej części opracowania konieczne jest zastanowienie się, czy podmiot powołujący się na siłę wyższą w postaci pandemii COVID-19 (jeżeli oczywiście zaliczymy pandemię do zdarzenia siły wyższej) będzie mógł zwolnić się z odpowiedzialności z tytułu niewykonania zobowiązania z uwagi na fakt, iż nie był on w stanie zapobiec skutkom tego zdarzenia, mimo dochowania należytej staranności, a także, czy również w innych przypadkach może się okazać zasadne powołanie się na pandemię COVID-19 jako na siłę wyższą.

4. PANDEMIA COVID-19 A SIŁA WYŻSZA

Bez wątplenia obecnie występująca pandemia COVID-19 jest zjawiskiem, które wywołało ogromny wpływ na obrót gospodarczy i stosunki cywilnoprawne. Z uwagi na tę pandemię wiele podmiotów nie mogło wykonać ciężących na nich obowiązków, a w przypadku wielu przedsiębiorstw doszło do znacznego spadku obrotów lub nawet całkowitego zawieszenia prowadzenia działalności gospodarczej. Również w kontekście postępowań sądowych nieustępująca pandemia przyczyniła się do tego, że sądy znacznie ograniczyły swoją działalność, co więcej, z uwagi na wprowadzane ograniczenia w przemieszczaniu się, czy przypadki poddania się przymusowej kwarantannie, obywatele niejednokrotnie nie mogli dochodzić swoich praw przed sądem, na co nie mieli żadnego wpływu. W związku z powyższym, należy zastanowić się, czy z uwagi na te wszystkie skutki, jakie pociągnęła za sobą pandemia COVID-19, należy kwalifikować ją jako siłę wyższą uzasadniającą zwolnienie z odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania czy zawieszenie biegu terminu przedawnienia w związku z niemożnością dochodzenia przed sądem bądź innym organem swoich roszczeń przez podmiot uprawniony.

Jak podkreśla się w doktrynie, generalnie można przyjąć, iż pandemia COVID-19 spełnia przesłanki siły wyższej, w związku z czym można mówić w jej przypadku o działaniu siły wyższej – posiada bowiem wszystkie cechy, które wskazuje się w polskim orzecznictwie poświęconym pojęciu siły wyższej, a mianowicie jest to zdarzenie nadzwyczajne o nadzwyczajnych konsekwencjach, niemożliwe do przewidzenia, a ponadto ze względu na moc oddziaływania tego zdarzenia, nie można było skutecznie bronić się przed jego skutkami (Sendrowski 2020). Pandemia COVID-19 może być również objęta pojęciem siły wyższej wypracowanym przez orzecznictwo TSUE, gdyż jest to zdarzenie o charakterze zewnętrznym, niemożliwe do przewidzenia, niezależne od państw członkowskich i podmiotów, a ponadto w wielu przypadkach podmioty powołujące się na siłę wyższą nie były w stanie zapobiec skutkom pandemii pomimo dołożenia należytej staranności (Kastelik-Smaza 2020, 30–41). Z uwagi na to można by uznać, że nie ma przeszkód co do tego, by powoływać się w przypadku COVID-19 na siłę wyższą. W praktyce jednak taka ogólna konstrukcja nie oznacza, że w stosunku

do pandemii koronawirusa zawsze będzie można powołać się na siłę wyższą. Organy, które rozstrzygają, czy w danym przypadku pandemia może zostać uznana za siłę wyższą, powinny podejmować decyzję w każdej sprawie indywidualnie, na podstawie towarzyszących jej okoliczności i stosownych dowodów (Kastelik-Smaza 2020, 30–41).

W dalszej części zostaną omówione poszczególne sfery, na które wpływ mogła mieć pandemia koronawirusa, w celu wskazania, czy w danym przypadku możemy mówić o wystąpieniu zdarzenia siły wyższej, czy też nie.

4.1. COVID-19 a zobowiązania umowne

W pierwszej części należy przyjrzeć się przypadkom niewykonania zobowiązań, wynikających z umów z uwagi na ograniczenia związane z pandemią COVID-19. Dla zwolnienia się z odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania poprzez powołanie się na siłę wyższą konieczne jest wykazanie przez podmiot, który na zjawisko siły wyższej się powołuje, że rzeczywiście ono wystąpiło, a co więcej zaistniał związek przyczynowy pomiędzy zdarzeniem siły wyższej a niewykonaniem zobowiązania (Kastelik-Smaza 2020, 30–41). Ponadto, wykazanie samego elementu obiektywnego nie wystarczy, musi bowiem jeszcze zaistnieć element subiektywny. Podmiot zainteresowany musi wykazać, że podjął wszelkie możliwe środki, które miały na celu zapobieżenie skutkom siły wyższej, lecz z uwagi na nadzwyczajny charakter tego zdarzenia nie był w stanie im zapobiec (Kastelik-Smaza 2020, 30–41).

A. Kastelik-Smaza wskazuje, że w przypadku umów takimi środkami mogą być przykładowo: renegocjacja warunków umowy, w tym terminów wykonania zobowiązania, jak również poinformowanie kontrahenta o zaistnieniu zdarzenia siły wyższej. Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, że zupełnie inna sytuacja będzie miała miejsce w przypadku umów zawartych przed wybuchem pandemii, a inna w przypadku umów zaciągniętych w trakcie jej trwania. Wydaje się bowiem, na co zwraca uwagę A. Kastelik-Smaza, że w przypadku zobowiązań zaciągniętych już po wybuchu pandemii, strony danej umowy powinny były przewidzieć istotne trudności, jakie mogą pojawić się przy wykonywaniu zobowiązania w związku z ograniczeniami, jakie zaczęto wprowadzać w celu przeciwdziałania skutkom pandemii COVID-19 i wobec tego ująć w umowie, w kalkulacji kosztów, jak również w ustalaniu terminów wykonania danej umowy, związane z tymi ograniczeniami trudności oraz potencjalne ryzyko niemożliwości wykonania zobowiązania (Kastelik-Smaza 2020, 30–41). To podejście jest jak najbardziej słuszne, jeżeli bowiem strony zawierają umowę po wybuchu pandemii, to mają już świadomość tego, jak pandemia i wprowadzane w związku z nią ograniczenia wpływają na wykonywanie zobowiązań, a zwłaszcza na terminowe ich wykonywanie, w związku z czym mogą, a nawet powinny dostosować postanowienia zawieranej umowy do realiów obrotu istniejących w okresie pandemii.

Aby ocenić, czy w danym konkretnym przypadku można się skutecznie powołać na pandemię koronawirusa jako zdarzenie siły wyższej stanowiące okoliczność egzoneracyjną, czyli zwalniającą z odpowiedzialności, konieczne jest również przeanalizowanie zawartej między stronami umowy. Przede wszystkim należy szczegółowo przeanalizować i zweryfikować treść wprowadzonych przez stronę do umowy klauzul odnoszących się do przypadków siły wyższej (Rawa 2020). Strony mogą bowiem w umowie wskazać, jak definiują siłę wyższą na potrzeby tej umowy i jaki wpływ na odpowiedzialność podmiotu zobowiązanego może mieć jej wystąpienie. Jak bowiem wskazuje chociażby Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 czerwca 2020 r. (KIO 631/20, LEX Nr 3029206):

umieszczenie w umowie klauzuli siły wyższej jest dopuszczalne zgodnie z art. 353¹ k.c. Stosownie do zasady swobody umów zawartej w tym przepisie nie narusza prawa zdefiniowanie siły wyższej szerzej, niż wynikałoby to z rozumienia tego określenia przyjętego powszechnie w doktrynie i orzecznictwie.

Strony mogą więc samodzielnie umówić się co do tego, jakie zjawiska traktować będą jako siłę wyższą i jak, w przypadku ich wystąpienia, będzie wyglądać kwestia dalszej współpracy stron oraz ich odpowiedzialności z tytułu niewykonania zobowiązania (Sendrowski 2020). Należy jednak pamiętać, że z reguły, mimo wyodrębnienia w umowie katalogu zjawisk traktowanych jako siła wyższa, katalog ten nie będzie miał charakteru zamkniętego i prawdopodobnie nie znajdziemy w nim odwołania do zjawiska pandemii. Mimo to, możemy przyjąć za R. Gniezdzią z dużym prawdopodobieństwem, że okoliczności związane z sytuacją pandemii i wynikające z niej skutki można uznać za zjawiska objęte pojęciem siły wyższej, pod warunkiem, że strony nie zastrzegły inaczej (Gniezdzia 2020). Trzeba jednak również pamiętać, że strony mogą przewidzieć w umowie rozszerzoną odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania, poprzez przyjęcie przez niego na siebie wszelkiego ryzyka niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania, w tym ryzyka związanego z wystąpieniem siły wyższej (Gniezdzia 2020). Taka sytuacja mieści się w dyspozycji art. 473 § 1 k.c., który będzie wówczas stanowił podstawę odpowiedzialności dłużnika w przypadku niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania. Podmiot zobowiązany będzie więc ponosił odpowiedzialność, nawet jeśli uznamy, że w danym przypadku należy potraktować pandemię COVID-19 jako siłę wyższą.

W odniesieniu do niektórych rodzajów umów mogą wystąpić szczególne rozwiązania związane z panującą pandemią. Przykładem może być umowa o imprezę turystyczną. W związku z ograniczeniami wprowadzаныmi w celu zapobieżenia rozpowszechnianiu się pandemii koronawirusa, pojawił się problem realizacji zobowiązań wynikających z uprzednio zawartych umów o imprezę turystyczną. Z uwagi na zamknięcie granic i ograniczenia w przemieszczaniu się, umowy takie w wielu przypadkach nie mogły zostać zrealizowane. W związku z powyższym, stoję na stanowisku, że w takim przypadku organizator ma prawo powołać się

na siłę wyższą, która będzie stanowić okoliczność wyłączającą jego odpowiedzialność za niewykonanie zobowiązania, z tym, że w tym przypadku będzie to siła wyższa w postaci nie tyle samej pandemii, co działań władzy, bowiem pojawia się tu niemożność wykonania zobowiązania ze względu na uchwalane przez organy państwowe akty prawne, mocą których wprowadzane są liczne ograniczenia w przemieszczaniu się i to zarówno wewnątrz krajowym, jak i między państwowym. Tutaj jednak pragnę zwrócić uwagę, że podobnie, jak w przypadku innych umów, należy inaczej podchodzić do umów zawartych przed wybuchem pandemii – wówczas wybuch pandemii należy traktować jako zdarzenie nadzwyczajne, podobnie jak wprowadzane przez władze w bardzo krótkim czasie ograniczenia w przemieszczaniu się, których bez wątpienia nie dało się wówczas przewidzieć, a inaczej w stosunku do umów, które zawarte zostały po wybuchu pandemii – tutaj powoływanie się na siłę wyższą nie powinno być skuteczne, gdyż należy oczekiwać, że w takim przypadku strony mogły przewidzieć – i to z dużym prawdopodobieństwem – iż może się okazać, że umowa nie będzie mogła być wykonana z uwagi na wprowadzane ograniczenia.

Warto również zwrócić uwagę na pewne rozwiązania, które zostały wprowadzone w kontekście umów o imprezę turystyczną mocą ustawy z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 568). Dodany mocą tej ustawy art. 15k ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych stanowi, że odstąpienie od umowy w trybie określonym w art. 47 ust. 4 ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych (tekst jedn.: Dz.U. 2020, poz. 2139) lub rozwiązanie przez organizatora turystyki umowy o udział w imprezie turystycznej w trybie określonym w art. 47 ust. 5 pkt 2 tej ustawy, które to odstąpienie lub rozwiązanie pozostaje w bezpośrednim związku z wybuchem epidemii wirusa SARS-CoV-2, jest skuteczne z mocy prawa po upływie 180 dni od dnia powiadomienia przez podróżnego o odstąpieniu od umowy lub powiadomienia o rozwiązaniu przez organizatora turystyki (tekst jedn.: Dz.U. 2020, poz. 1842 ze zm.). Jak wskazywano w uzasadnieniu do projektu ustawy z 31 marca 2020 r., to rozwiązanie miało dotyczyć umów, które zostały rozwiązane w bezpośrednim związku z wybuchem epidemii, a jego celem było

stworzenie możliwości na zorganizowanie odpowiednich kredytów pomostowych czy skorzystanie ze specjalnej pomocy państwa w celu zapewnienia płynności branży turystycznej. Alternatywnie klient może skorzystać z propozycji organizatora turystyki do otrzymania vouchera na realizację imprezy turystycznej w przyszłości, w ciągu roku od dnia, w którym miała się odbyć. [...] Przyjęcie przez klienta vouchera nie powoduje rozwiązania umowy z organizatorem turystyki, dlatego środki wpłacone przez klientów będą podlegały ochronie przed

niewypłacalnością. Voucher ma umożliwić istotną zmianę warunków umowy między stronami poprzez wskazanie np. nowego miejsca destynacji, czasu odbycia podróży, itp. Dodatkowo, wpłacone środki nie będą traktowane jako nowe wpłaty klientów, stąd nie znajdzie zastosowania regulacja dotycząca przedpłat na poczet modyfikacji gwarancji ubezpieczeniowych, bankowych czy ubezpieczeń na rzecz klientów przez organizatorów turystyki. Vouchery dla klientów będą więc w pełni chronione i umożliwią sprawne przekładanie imprez turystycznych na korzystniejszych warunkach. (Druk Nr 299, 18)

Art. 15zp ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych stanowi natomiast, że przedsiębiorca, prowadzący działalność związaną z organizacją wystaw i kongresów lub działalność kulturalną, rozrywkową, rekreacyjną i sportową lub organizujący wystawy tematyczne czy imprezy plenerowe, w przypadku rozwiązania umowy z klientem, które to rozwiązanie umowy pozostaje w bezpośrednim związku z wybuchem epidemii wirusa SARS-CoV-2, jest zobowiązany zwrócić wpłacone mu przez klienta środki w terminie 180 dni od dnia skutecznego rozwiązania umowy. W uzasadnieniu projektu tej ustawy wskazano, że rozwiązanie to ma dać

duże możliwości w zachowaniu płynności finansowej w branżach wystawienniczych, kongresowych, branży rozrywkowej, sportowej i organizacji imprez i wystaw. Jednocześnie klient może wyrazić zgodę na pobranie vouchera w zamian za odstąpienie od rezygnacji z danej umowy. Voucher będzie podstawą do realizacji w ramach wydarzeń organizowanych przez danego organizatora w ciągu roku od dnia, w którym miało się odbyć pierwotne wydarzenie. Jednocześnie wartość vouchera nie może być niższa niż wysokość dotychczasowej wpłaty klienta. Zaproponowane regulacje powinny być stosowane odpowiednio w branży hotelarskiej, ale tylko wówczas, gdy odstąpienie od umowy jest rzeczywiście związane z wystąpieniem epidemii wirusa SARS-CoV-2. Wobec powyższego odstąpienie nie może opierać się na indywidualnym przeświadczeniu klienta, a powinno być poparte rzeczywistym związkiem przyczynowo-skutkowym. (Druk Nr 299, 43)

Te rozwiązania mają więc na celu powstrzymać niewypłacalność organizatorów, ale także zapewnić ochronę praw konsumentów, wobec czego można powiedzieć, że zachodzi tu słuszne wyważenie wzajemnych interesów stron (Stradomska-Balcerzyk 2020, 9).

Na sam koniec rozważań dotyczących możliwości powołania się na COVID-19 jako siłę wyższą, zwalniającą z odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania, warto zauważyć, że niekiedy również państwo będzie mogło zwolnić się z odpowiedzialności kontraktowej powołując się na siłę wyższą. Jednakże nie każdy przypadek niewykonania zobowiązania w warunkach rozprzestrzeniającej się pandemii można traktować jako wystąpienie zdarzenia siły wyższej, zwalniającego państwo z odpowiedzialności z tego tytułu. Każda sprawa powinna być rozpatrywana indywidualnie z uwzględnieniem zachodzących w niej okoliczności. W przypadku jednak, gdy uznamy, że wykonanie danego zobowiązania nie jest możliwe, na co wpływ miał wybuch pandemii COVID-19 lub związane z nim działania państwa, to należy dołożyć wszelkich starań, aby zastosowanie znalazły

przepisy o niemożliwości świadczenia i sile wyższej (Zoll 2020, 255). Ponadto, gdy na skutek kryzysu związanego z pandemią COVID-19 i podjętych w związku z nim czynności, wykonanie zobowiązania stało się nadmiernie trudne, państwa powinny dołożyć starań, by renegotjować umowę, zgodnie z zasadami dobrej wiary (Zoll 2020, 255). Co więcej, w przypadku zaburzenia stosunków umownych, państwa powinny dołożyć także starań, by jego skutki nie dotknęły wyłącznie jednej ze stron, a zwłaszcza konsumenta czy małych i średnich przedsiębiorstw (Zoll 2020, 255).

Podsumowując; widać więc, że w przypadku niewykonania zobowiązań umownych nie zawsze będzie można skutecznie zwolnić się z odpowiedzialności poprzez powołanie się na wystąpienie siły wyższej w postaci COVID-19. W tym celu konieczne będzie wykazanie, iż w danym przypadku pandemia i jej konsekwencje spełniają przesłanki siły wyższej, zachodzi związek przyczynowy między tym zjawiskiem a niewykonaniem zobowiązania, a także dołożono wszelkich starań, by negatywnym skutkom takiego zdarzenia zapobiec. Co więcej, inaczej będziemy traktować zobowiązania zawarte przed wybuchem pandemii i te, które zawieszono już w trakcie jej trwania. Wynika z tego, że do każdego rozstrzyganego przypadku będzie należało podchodzić indywidualnie.

4.2. COVID-19 a zawieszenie biegu terminu przedawnienia

Pandemia COVID-19 niewątpliwie wpłynęła również na postępowania sądowe. Należy bowiem zauważyć, że działalność sądów, zwłaszcza w marcu, kiedy zaczęto wprowadzać różnego rodzaju obostrzenia, była w znacznym stopniu ograniczona. Co więcej, nawet w późniejszym okresie trwania pandemii powszechne były przypadki, gdy przykładowo strona nie mogła stawić się na rozprawie z uwagi na nałożony na nią obowiązek poddania się kwarantannie lub gdy sąd nie mógł rozpoznać sprawy z uwagi na objęcie sędziów przymusową kwarantanną. Biorąc to pod uwagę, celem tej części opracowania będzie udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy pandemia COVID-19 może być traktowana jako siła wyższa uzasadniająca zawieszenie biegu terminu przedawnienia, przewidziane w art. 121 pkt 4 k.c.

Na początku trzeba zwrócić uwagę, że zgodnie z – dodanym ww. ustawą zmieniającą z 31 marca 2020 r. – art. 15z z r. ust. 1 pkt 3 ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii z powodu COVID-19 bieg przewidzianych przepisami prawa administracyjnego terminów przedawnienia nie rozpoczyna się, a rozpoczęty ulega zawieszeniu na ten okres (tekst jedn.: Dz.U. 2020, poz. 1842 ze zm.). Ustawa milczy natomiast co do biegu terminów prawa cywilnego, podczas gdy projekt ustawy zmieniającej zakładał, że przepis będzie dotyczył zarówno biegu terminów przewidzianych w prawie administracyjnym, jak i cywilnym. W toku działań legislacyjnych

usunięto jednak określenie odnoszące się do terminów prawa cywilnego. Jak wskazuje M. Strus-Wołos, część komentatorów wyciąga z tego wnioski, że ustawodawca nie zdecydował się na ingerencję w bieg terminów przedawnienia roszczeń cywilnoprawnych, a więc terminy te będą dalej również w okresie obowiązywania pandemii, zwłaszcza że działalność sądów, mimo iż została dość mocno ograniczona, to jednak nie całkowicie zawieszona, w związku z czym nie ma podstaw do tego, by w przypadku pandemii mówić o wystąpieniu siły wyższej w rozumieniu art. 121 pkt 4 k.c. (Strus-Wołos 2020). Jak jednak zauważa powołana autorka, pojęcie „siły wyższej” rzadko występuje w przepisach prawa administracyjnego, a przede wszystkim nie pojawia się ono w kontekście biegu terminów przedawnienia, w związku z czym istniała konieczność wprowadzenia w ww. ustawie przepisu, który będzie wprowadzał zawieszenie biegu terminów prawa administracyjnego, w przeciwieństwie do biegu terminów przewidzianych w prawie cywilnym, gdyż te mają swoją własną regulację – w ramach art. 121 pkt 4 k.c. Błędem legislacyjnym byłoby więc odniesienie się w specustawie do tych terminów, gdyż nie ma potrzeby potwierdzania przepisem szczególnym możliwości zastosowania przepisu kodeksowego (Strus-Wołos 2020). Są jednak również odmienne głosy w doktrynie, w ramach których podkreśla się, że fakt, iż projekt ww. ustawy i ww. przepisu odwoływał się zarówno do terminów prawa administracyjnego, jak i prawa cywilnego, w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości wskazuje, że intencją ustawodawcy było zawieszenie biegu terminów zarówno prawa administracyjnego, jak również (a może przede wszystkim) terminów prawa cywilnego (Stradomska-Balcerzyk 2020, 5).

Za bardziej przekonujący należy uznać pogląd, że skoro ustawodawca zrezygnował z odwołania się w art. 15zrr ww. ustawy do terminów przewidzianych prawem cywilnym, to nie odnosi się on do tych terminów, a więc specustawa może być stosowana wyłącznie do biegu terminów prawa administracyjnego. Należy podzielić pogląd, iż skoro mamy przepis kodeksu cywilnego, przewidujący możliwość zawieszenia biegu terminu przedawnienia (terminu prawa cywilnego) z uwagi na wystąpienie siły wyższej, to nie ma potrzeby wprowadzania przepisu szczególnego w specustawie, który będzie przewidywał zawieszenie takich terminów w okresie pandemii. Zawieszenie biegu terminu przedawnienia prawa cywilnego z uwagi na pandemię COVID-19 może nastąpić na podstawie wyłącznie art. 121 pkt 4 k.c., gdyż pandemia koronawirusa może być uznana za siłę wyższą, uniemożliwiającą dochodzenie roszczeń przez okres jej trwania, o której mowa w przytoczonym przepisie. Pojawia się tu jednak pytanie, czy w każdym przypadku podmiot zainteresowany może się powoływać na pandemię COVID-19 jako siłę wyższą z art. 121 pkt 4 k.c., a więc czy przez cały czas trwania pandemii uzasadnia ona zawieszenie biegu terminów przedawnienia jako siła wyższa uniemożliwiająca dochodzenie roszczeń?

Odpowiadając na tak zadane pytanie należy zauważyć, że w żadnym momencie trwania pandemii nie zawieszono całkowicie działalności sądów. Owszem,

została ona w znacznym stopniu ograniczona, jednak sądy nadal były dostępne dla stron, pełnomocników, sędziów i innych pracowników sądu, choć w ograniczonym zakresie (Partyk 2020, 42–52). Trzeba tu również zauważyć, że co prawda działalność biur podawczych w wielu sądach została zawieszona, ale w wielu sądach wystawiono jednocześnie specjalne skrzynki, do których można było składać wnoszone pisma. Ponadto, nie została również całkowicie zawieszona działalność operatora pocztowego – Poczty Polskiej, w związku z czym nie można mówić, że wyłączona została całkowicie możliwość wnoszenia pism procesowych. W tym kontekście niejednokrotnie zwraca się jednak uwagę na fakt wprowadzenia zakazu przemieszczania się mocą rozporządzeń Rady Ministrów w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii – przykładowo z dnia 31 marca 2020 r. (Dz.U. 2020, poz. 566), z dnia 10 kwietnia 2020 r. (Dz.U. 2020, poz. 658) czy z dnia 2 maja 2020 r. (Dz.U. 2020, poz. 792). Od tego zakazu były jednak wyjątki, a mianowicie zakaz ten nie obejmował przykładowo przemieszczania się w związku z wykonywaniem czynności zawodowych lub zadań służbowych, a także w celu zaspokajania niezbędnych potrzeb, związanych z bieżącymi sprawami życia codziennego, na co zwraca również uwagę M. Strus-Wołos. W związku z powyższym wskazuje się, że w sytuacji, gdy strona działa przez pełnomocnika profesjonalnego i za jego pośrednictwem wnosi pisma do sądu, to takie przemieszczanie się adwokata czy radcy prawnego mieści się w wyjątku od zakazu przemieszczania, gdyż wykonuje on swoje czynności zawodowe. Wątpliwym jest natomiast zaliczenie przemieszczania się strony działającej bez pełnomocnika w celu wniesienia pisma procesowego do wyjątku od zakazu przemieszczania się – nie jest to bowiem w sposób oczywisty związane z wykonywaniem obowiązków zawodowych, a ponadto wątpliwe jest również to, aby takie przemieszczanie się mogło mieścić się w drugim dopuszczalnym wyjątku, tj. przemieszczania się w celu zaspokajania niezbędnych potrzeb związanych z bieżącymi sprawami życia codziennego, wobec czego podnosi się również, że dochodzi tu do zróżnicowania sytuacji prawnej strony korzystającej z pomocy profesjonalnego pełnomocnika i osoby działającej samodzielnie (Strus-Wołos 2020). Co więcej, część autorów podkreśla, że nie należy zmuszać ludzi, by w czasie pandemii udawali się na pocztę lub do biura podawczego sądu celem złożenia określonego pisma procesowego, zwłaszcza gdy same przepisy zakazują przemieszczania się poza określonymi przypadkami i to pod groźbą kar pieniężnych. Ponadto, zagrożenie zakażeniem koronawirusem jest na tyle powszechne, a ryzyko ciężkiego przebiegu choroby tak duże, że w okresie pandemii należy stosować prawo w sposób jednolity i powszechny, a co za tym idzie należy stosować art. 121 pkt 4 k.c. w każdym przypadku dochodzenia roszczeń przez czas trwania epidemii (Strus-Wołos 2020). W moim przekonaniu nie jest to jednak właściwe podejście. Przede wszystkim, o ile w początkowym czasie trwania pandemii, w związku z wprowadzanymi ograniczeniami, można rozważać zaistniałą sytuację jako siłę wyższą, o tyle już w czasie trwania pandemii, gdy te obostrzenia

złagodzone, na sprawę trzeba spojrzeć z lekkim dystansem. Skoro bowiem sądy i Poczta Polska działały, a zakazy przemieszczania się złagodzone, to należy uznać, że w takim przypadku strona miała możliwość dochodzenia swych roszczeń. Oczywiście, sytuacja może się skomplikować, gdy strona przebywa na przymusowej kwarantannie.

Rozważając kwestię kwarantanny, należy zauważyć, że jeżeli dana osoba przebywa na kwarantannie na podstawie decyzji Sanepidu albo przebywa w placówce medycznej z uwagi na zarażenie wirusem SARS-CoV-2, to z oczywistych względów nie może ona samodzielnie dokonywać czynności prawnych czy procesowych, w związku z czym zachodzi wówczas podstawa do zawieszenia terminu przedawnienia w trybie art. 121 pkt 4 k.c. (Gołaczyński 2020, 4). Istotne jest jednak rozróżnienie przebywania w odosobnieniu w warunkach szpitalnych, kiedy dana osoba jest praktycznie pozbawiona kontaktu ze światem zewnętrznym, od kwarantanny odbywanej w warunkach domowych, gdzie jest możliwość skorzystania z komputera czy telefonu (Kania 2020). W przypadku bowiem kwarantanny domowej, dana osoba ma co do zasady możliwość porozumienia się z pełnomocnikiem. Taką sytuację również jednak należy oceniać w dwojaki sposób. Zauważa się bowiem, że przymusowa izolacja nie przesądza sama w sobie o niemożności złożenia pisma, z uwagi na możliwość złożenia pisma drogą elektroniczną czy za pośrednictwem ustanowionego przez daną osobę pełnomocnika. Odmienne należy oceniać natomiast sytuację, kiedy strona jeszcze przed wszczęciem postępowania została objęta obowiązkową kwarantanną bądź poddana hospitalizacji i w związku z tym nie jest w stanie w ogóle podpisać pełnomocnictwa – wówczas nie ma możliwości udzielić pełnomocnictwa do prowadzenia sprawy pełnomocnikowi profesjonalnemu z uwagi na niemożność złożenia własnoręcznego podpisu pod pełnomocnictwem (Kastelik-Smaza 2020, 30–41). Owszem, przedstawiciele doktryny zwracają uwagę, że podpis własnoręczny mógłby zostać zastąpiony podpisem elektronicznym, ale należy pamiętać, że taki podpis nie jest dostatecznie rozpowszechniony, wobec czego nie można oczekiwać od osoby objętej kwarantanną podpisania pełnomocnictwa kwalifikowanym podpisem elektronicznym (Gołaczyński 2020, 4).

Problematyczna natomiast jest sytuacja, gdy strona domaga się zawieszenia biegu terminu przedawnienia powołując się na COVID-19 jako siłę wyższą, podczas gdy przebywa na swego rodzaju „prywatnej kwarantannie”. Chodzi tu o sytuację, gdy dana osoba nie opuszcza miejsca zamieszkania wyłącznie z powodu własnej obawy przed zakażeniem, podczas gdy nie została objęta przymusową kwarantanną mocą decyzji Sanepidu (Partyk 2020, 42–52). W takim przypadku możliwość powołania się na art. 121 pkt 4 k.c. może być wątpliwa – tego typu kwestie trzeba będzie rozstrzygać w każdym przypadku indywidualnie. To od okoliczności danego przypadku będzie zależała możliwość zastosowania zawieszenia biegu terminu przedawnienia z art. 121 pkt 4 k.c., dla ustalenia której pomocne może się okazać np. zaświadczenie lekarskie, wskazujące na zły

stan zdrowia danej osoby, z jednoczesnym zaleceniem, ażeby osoba przebywająca na takiej „prywatnej kwarantannie” nie kontaktowała się z innymi w czasie pandemii (Partyk 2020, 42–52). Taka okoliczność może bowiem uzasadniać zaistnienie siły wyższej, uniemożliwiającej dochodzenie roszczeń przed sądem.

Należy również rozważyć sytuację, gdy to pełnomocnik strony jest poddany obowiązkowej kwarantannie. Czy taki przypadek może być traktowany jako siła wyższa uzasadniająca zawieszenie biegu terminu przedawnienia w myśl art. 121 pkt 4 k.c.? Otóż, odpowiedź na to pytanie będzie podobna, jak w przypadku osoby działającej samodzielnie. Tutaj również każdą sytuację będzie trzeba rozpatrywać indywidualnie. Wskazuje się bowiem, że zarażenie pełnomocnika strony koronawirusem i jego hospitalizacja nie zawsze musi być postrzegana jako przypadek siły wyższej, zwłaszcza gdy w związku z przedłużeniem terminu na składanie pisma strona miała wystarczająco dużo czasu na to, by udzielić pełnomocnictwa innemu profesjonalście, by to za jego pośrednictwem złożyć pismo i zająć stanowisko w sprawie (Kastelik-Smaza 2020, 30–41). Takie przedłużenie terminów zostało przewidziane w ramach Unii Europejskiej przez TSUE w stosunku do toczących się postępowań i związanych z nimi czynności procesowych (Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej 2020). Jak podkreśla TSUE, nie każdy przypadek niedochowania terminu może być traktowany jako następstwo siły wyższej – konieczne jest bowiem zaistnienie nie tylko elementu obiektywnego, ale także elementu subiektywnego, a więc istotne jest, aby strona podjęła wszelkie środki właściwe do tego, by zabezpieczyć się przed następstwami nadzwyczajnego zdarzenia, a zwłaszcza, by dołożyła należytej staranności w nadzorowaniu przebiegu postępowania, w szczególności, by dochować zastrzeżonych terminów (Kastelik-Smaza 2020, 30–41). Podobne rozważania możemy przenieść na grunt prawa polskiego. Skoro siłę wyższą traktuje się jako zjawisko nadzwyczajne, niemożliwe do przewidzenia i niemożliwe do zapobieżenia, to trzeba w każdym przypadku dokładnie przeanalizować, czy strona miała możliwość zapobieżenia skutkom pandemii, chociażby przez możliwość ustanowienia nowego pełnomocnika, czy nie. Może być to bowiem decydujące w kontekście zawieszenia biegu terminu przedawnienia w trybie art. 121 pkt 4 k.c.

Warto również zwrócić uwagę na możliwość składania pism drogą elektroniczną, zagwarantowaną zarówno przez niektóre polskie sądy, jak i TSUE. Jest to dobra alternatywa dla osób, które z uwagi na przymusową kwarantannę bądź hospitalizację nie mogą złożyć pisma przez operatora pocztowego bądź w biurze podawczym sądu. Należy jednak pamiętać, że mimo iż postęp technologiczny w dzisiejszych czasach jest ogromny, to wciąż są ludzie, którzy nie mają Internetu bądź nie potrafią korzystać z portali umożliwiających wnoszenie pism drogą elektroniczną. Wobec tego, nawet jeżeli dana osoba miała złożyć pismo do sądu, w którym przewidziano możliwość wnoszenia pism przez Internet, to jeszcze nie uzasadnia, w moim przekonaniu, uznania, że w jej przypadku w żadnym razie nie można mówić o sile wyższej. Otóż tutaj, podobnie, jak przy każdej analizowanej

wcześniej kwestii, kluczowe będzie zbadanie indywidualnych okoliczności każdego konkretnego przypadku. Dlatego też podkreśla się, że uzasadnieniem dla odmowy zastosowania zawieszenia biegu terminu przedawnienia z powodu siły wyższej nie może być sam fakt wydania przez prezesów niektórych sądów zarządzeń, dających możliwość wnoszenia pism procesowych drogą elektroniczną, zwłaszcza jeżeli tego typu zarządzenia stanowią raczej rozwiązania wyjątkowe w skali całego kraju (Strus-Wołos 2020).

Podsumowując, widać wyraźnie, iż również kwestia zawieszenia biegu terminów przedawnienia z powodu siły wyższej, przewidziana w art. 121 pkt 4 k.c., jest problematyczna. Samo powołanie się na istnienie pandemii na pewno nie wystarczy, by móc zastosować ww. przepis. Konieczne jest również zaistnienie pewnych dodatkowych okoliczności, które będą wskazywać, iż dana osoba faktycznie nie mogła dochodzić swoich roszczeń, a takimi okolicznościami może być przede wszystkim przebywanie na przymusowej kwarantannie i to przed ustanowieniem pełnomocnika, hospitalizacja związana z zakażeniem koronawirusem czy wprowadzony stosownym rozporządzeniem zakaz przemieszczania się (z pewnymi wyjątkami). Należy jednak pamiętać, że sama obawa przed zarażeniem wirusem SAR-CoV-2 i związana z tym „prywatna kwarantanna”, niewynikająca z decyzji Sanepidu, raczej nie będzie uzasadniać zastosowania art. 121 pkt 4 k.c., chyba że podmiot zainteresowany przedstawi stosowne zaświadczenie lekarskie, z którego wynikać będzie, że jest on w grupie zwiększonego ryzyka ciężkiego przebiegu choroby w razie zakażenia, a co za tym idzie – zaleca mu się nieopuszczanie miejsca zamieszkania i unikanie spotkań z innymi ludźmi.

5. PODSUMOWANIE

W świetle przeprowadzonych w niniejszym opracowaniu rozważań należy przyjąć, że traktowanie pandemii COVID-19 jako siły wyższej nie jest tak oczywiste, jak mogło by się wydawać. O ile bowiem należy stwierdzić, że obiektywnie pandemia koronawirusa spełnia przesłanki siły wyższej, o tyle różnie sytuacja może wyglądać, odnosząc się do kwestii niemożliwości jej zapobieżenia czy na gruncie prawa europejskiego do kwestii dołożenia należytej staranności przez osobę powołującą się na pandemię koronawirusa jako siłę wyższą, która to należyta staranność ma przejawiać się w podjęciu wszelkich właściwych środków chroniących przed skutkami tego nadzwyczajnego zjawiska, jakim w tym przypadku jest trwająca pandemia. Na tej podstawie widać więc wyraźnie, że każda sprawa, w której pojawi się odwołanie do pandemii COVID-19 jako siły wyższej uzasadniającej czy to zwolnienie z odpowiedzialności z tytułu niewykonania zobowiązania, czy to zawieszenie biegu terminu przedawnienia na podstawie art. 121 pkt 4 k.c., musi być rozpatrywana indywidualnie, z uwzględnieniem konkretnych okoliczności faktycznych danej sprawy.

Pandemia COVID-19 oraz będące konsekwencją jej rozprzestrzeniania się obostrzenia i ograniczenia wprowadzane przez władzę, zwłaszcza ograniczenia przemieszczania się czy prowadzenia działalności gospodarczej, niewątpliwie wpłynęły na obrót gospodarczy, w szczególności w kontekście wywiązywania się przez strony różnego rodzaju zobowiązań umownych z wynikających z tych zobowiązań obowiązków, prowadząc do nienależytego ich wykonania bądź nawet ich niewykonania w ogóle. Co więcej, nie ulega wątpliwości, że pandemia w wielu przypadkach stanęła obywatelom na drodze do dochodzenia przez nich swych praw przed sądem poprzez uniemożliwienie im złożenia pisma w odpowiednim terminie czy stawienia się na rozprawie z uwagi na ograniczoną działalność sądów, wprowadzane ograniczenia w przemieszczaniu się czy niemożność opuszczenia miejsca zamieszkania lub miejsca stałego pobytu ze względu na obowiązek poddania się przymusowej kwarantannie w związku z zakażeniem bądź podejrzeniem zakażenia wirusem SARS-CoV-2.

Pomimo tych wyraźnych, negatywnych skutków, jakie przyniosła ze sobą pandemia COVID-19 w sferze prawnej i gospodarczej, nie można jednak, biorąc pod uwagę wyniki niniejszych rozważań, mówić o uniwersalnym uznawaniu pandemii koronawirusa za siłę wyższą, gdyż sam fakt jej wystąpienia nie jest wystarczający do powołania się na siłę wyższą – konieczne jest również wykazanie, że pandemii i wynikającym z niej skutkom nie dało się zapobiec, co będzie oczywiście ciężko na podmiocie, który na tę siłę wyższą się powołuje.

BIBLIOGRAFIA

- Cempura, Aleksandra. Anna Kasolik. 2020. „16. Siła wyższa”. W *Metodyka sporządzania umów gospodarczych*. Red. Aleksandra Cempura, Anna Kasolik. Warszawa: LexisNexis.
- CIC Kancelaria. Bogna Czajka-Marchlewicz. Dorota Dorska. 2011. „8.6 Siła wyższa”. W *Umowy w procesie budowlanym*. Red. CIC Kancelaria, Bogna Czajka-Marchlewicz, Dorota Dorska. Warszawa: LEX.
- Gniezdzia, Robert. 2020. *Wpływ koronawirusa na umowy z kontrahentami*. LEX/el.
- Gołaczyński, Jacek. 2020. „Przedawnienie roszczeń majątkowych i terminy zawite w okresie po ogłoszeniu stanu epidemii związanej z COVID-19”. *Monitor Prawniczy* 8: 397.
- Grochalski, Stefan Marian. 2012. *Granice państwa jako granice jurysdykcji w Unii Europejskiej*. Dąbrowa Górnicza: Wyższa Szkoła Biznesu.
- Kania, Marcin. 2020. *Bieg terminu przedawnienia roszczeń w dobie epidemii*. Lex/el.
- Kastelik-Smaza, Agnieszka. 2020. „Epidemia COVID-19 jako siła wyższa w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej”. *Europejski Przegląd Sądowy* 5: 30–41.
- Ostałowski, Jakub. 2020. *Szczegółne rozwiązania wspierające realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 w 2020 r. Komentarz*. LEX/el.
- Pałdyna, Tomasz. 2012. *Przedawnienie w polskim prawie cywilnym*. Warszawa: LexisNexis.
- Parafianowicz, Joanna. 2020. *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz*. Red. Olga Maria Piaskowska. Warszawa: LEX/el.
- Partyk, Aleksandra. 2020. „Epidemia (COVID-19) a tok postępowań cywilnych i sądowno-administracyjnych”. *Przegląd Prawa Publicznego* 5: 42–52.

- Pyziak-Szafnicka, Małgorzata. 2014. *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*. Red. Paweł Księżak. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Rawa, Beata. 2020. „1.1. Wpływ COVID-19 na już zawarte umowy współpracy”. W *Ceny transferowe w czasie kryzysu*. Red. Jarosław F. Mika. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Sendrowski, Paweł. 2020. *Siła wyższa w stosunkach gospodarczych (w tym w ramach zamówień publicznych)*. LEX/el.
- Sikora, Alicja. 2011. *Sankcje finansowe w razie niewykonania wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Stradomska-Balcerzyk, Katarzyna. 2020. „Kształtowanie cywilnoprawnych stosunków zobowiązaniowych w świetle ustawodawstwa epidemicznego”. *Monitor Prawniczy* 17: 898.
- Strus-Wołos, Monika. 2020. „Stan epidemii wywołanej przez wirus SARS-COV-2 (COVID-19) jako siła wyższa uzasadniająca zawieszenie biegu terminów przedawnienia roszczeń w rozumieniu art. 121 pkt 4 k.c.” *Głos Prawa. Przegląd Prawniczy Allerhanda* 3: 28–36.
- Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. 2020. „Dostosowanie działalności sądowniczej Trybunału Sprawiedliwości z uwagi na pandemię koronawirusa COVID-19”. https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_97552/pl/ [dostęp: 5.05.2020].
- Zoll, Fryderyk Stanisław. 2020. „Zasady ELI (European Law Institute) na czas kryzysu COVID-19”. *Transformacje Prawa Prywatnego* 3: 247–256.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. 2020, poz. 1740).
- Ustawa z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych (tekst jedn.: Dz.U. 2020, poz. 2139).
- Ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (tekst jedn.: Dz.U. 2020, poz. 1842 ze zm.).
- Ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2020, poz. 568).
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 31 marca 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. 2020, poz. 566).
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 10 kwietnia 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. 2020, poz. 658).
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 2 maja 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. 2020, poz. 792).

Orzecnictwo

- Postanowienie TSUE z dnia 18 stycznia 2005 r., C-325/03 P, *José Luis Zuazaga Meabe v. Urząd Harmonizacji Rynku Wewnętrznego (znaki towarowe i wzory przemysłowe)*, Dz.U.U.E.C.2005.106.11/1.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 19 listopada 2019 r. (III APa 15/19, LEX Nr 2750252).
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 28 maja 2014 r. (I ACa 1775/13, LEX Nr 1489180).
- Wyrok SN z dnia 21 maja 2019 r., IV CSK 129/18, LEX Nr 2690186.
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 czerwca 2020 r., KIO 631/20, LEX Nr 3029206.

Inne

Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Druk Nr 299). <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=299>

Opinia rzecznika generalnego Jacobs przedstawiona w dniu 16 marca 2000 r. Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Belgii. Uchybienie zobowiązaniom Państwa Członkowskiego. Sprawa C-236/99. ECLI identifier: ECLI:EU:C:2000:141.

*Łucja Kobroń-Gąsiorowska** <https://orcid.org/0000-0002-8669-452X>

CENSORSHIP AND WHISTLEBLOWING IN A WORKPLACE: SELECTED ISSUES

Abstract. The article will present four cases of abuses against Polish whistleblowers, including the last one from the period of the COVID-19 pandemic. Therefore, this article aims to draw attention to the problem of abuses against whistleblowers in Poland in the context of the employee's obligation to care for the welfare of the workplace and the integrally related loyalty to the employer. The author used the upcoming implementation of the Directive of the European Parliament and the Council (EU) 2019/1937 of 23 October 2019 on the protection of persons reporting breaches of EU law as a background for her considerations. The author claims that the legislator in Poland will confront the challenge of redefining the issue of loyalty in labor law and the related freedom of expression of employees.

Keywords: employee loyalty, COVID-19 pandemic, whistleblower, whistleblowing, Polish labor law, employees, dismissal, censorship.

CENZURA I SYGNALIŚCI W MIEJSCU PRACY: WYBRANE ZAGADNIENIA

Streszczenie. W artykule zostaną przedstawione cztery przypadki nadużyć wobec polskich sygnalistów, w tym ostatni z okresu pandemii COVID-19. Celem niniejszego artykułu jest zwrócenie uwagi na problem nadużyć wobec sygnalistów w Polsce w kontekście problemu pracowniczego obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy i integralnie związanej z tym lojalności wobec pracodawcy. Autorka wykorzystała, jako tło rozważań nadchodzącą implementację dyrektywy Parlamentu Europejskiego i rady (UE) 2019/1937 z dnia 23 października 2019 r. w sprawie ochrony osób zgłaszających naruszenia prawa Unii. Autorka stawia tezę, zgodnie z którą ustawodawca w Polsce stanie przed wyzwaniem ponownego określenia zagadnienia lojalności w prawie pracy i związanej z tym wolnością wypowiedzi pracowników.

Słowa kluczowe: lojalność pracownicza, pandemia COVID-19, sygnalista, polskie prawo pracy, pracownicy, zwolnienia, cenzura.

1. INTRODUCTION

Whistleblowers are one of the most effective ways of detecting and preventing activities and irregularities that threaten the public interest. Reporting about irregularities is of great importance in times of crises that may weaken economic

* Pedagogical University in Krakow, Institute of Law and Economics, l.kobron@nckg.pl

processes, and normal supervision over the decision-making process may be impaired. To respond effectively to this crisis requires transparency, honesty and accountability in government, and the need for regular and reliable information from our public institutions. Suitable whistleblower protection and confidential reporting channels are therefore essential to ensure transparency, compliance with security rules and, more generally, public accountability in managing this crisis. Whistleblowing in the workplace is the employee's disclosure of irregularities in the workplace's functioning by informing people who have the opportunity to take action to prevent such irregularities (Jubb 1999, 77–94).¹ Employees are often the most reliable source of information about inappropriate situations in the workplace. However, revealing them exposes themselves to several risks, including harassment, harassment, and even dismissal. Negative associations related to reporting are remnants of communism in Poland. In Poland, labor law does not provide adequate protection, among others, to employees, interns, apprentices, former employees, and even people who perform atypical work.² The whistleblower's role is not limited to revealing the irregularity, which is the fundamental element of the disclosure process; however, as the recent whistleblower's actions in Poland show – the whistleblower is a crucial element in the recovery process of the institution where the disclosure took place. Consequently, whistleblowing is necessary for the fight for fairness and the public interest, especially during the COVID-19 pandemic. The purpose of this article is to explain the problem of abuses by employers against whistleblowers in Poland in the context of a violation of basic employee obligations, including the principles of loyalty and freedom of expression. The coronavirus pandemic exposed the problem of employee censorship, especially at workplaces whistleblowers who made public disclosures in the general interest. The problem of employee censorship is a broad problem, which can be noticed, especially where there is a confrontation of employee loyalty to violations in the workplace, which will also be presented in this paper.

2. CENSORSHIP AND LOYALTY IN A WORKPLACE

In this paper, I assume that employee censorship is inherently related to the issue of loyalty to the employer, which, according to some authors, may have two dimensions – internal and external. From the point of view of this study, the most

¹ Due to the lack of a definition in the domestic doctrine, the author follows the definition of P. Jubb, who describes reporting of irregularities as “an intentional, voluntary act of disclosure that enters a public register and is made by a person who has or had privileged access to the data or information of an organization about non-trivial illegality or other offense or actual, suspected or anticipated, which implies and is under the control of that organization, to an external entity that has the potential to remedy the offense”.

² For instance: fixed-term contract or temporary work.

controversial aspect is caused by the external aspect, i.e. disclosure of information to the employer outside, but only those that may constitute irregularities or dysfunctions in the workplace. The debate on whistleblowing is not gaining momentum, even though there is little to implement the Directive's provisions on whistleblower protection in Poland. The pandemic, which has become the cause of many cases of abuse against employees reporting irregularities in Poland, is also not conducive to this situation.

The coronavirus pandemic has caused a renewed reflection on the problem of employee censorship, which is of great importance for proper employee–employer relations. The Polish Labor Code does not base the concept of loyalty on reciprocity, assuming that “when someone does something for you, you should also do something for that person” (Gerrig, Zimbardo 2021, 546). The Labor Code imposes a duty of loyalty on an employee towards the employer in Art. 100. § 1 point 4 of the Labor Code Any form of breach of the employee's duty to care for the company's welfare is punished with disciplinary dismissal as a form of retaliation against employees. Most often, the employer refers to Art. 52 § 1 (the Labor Code): “The employer may terminate an employment contract without notice due to the employee's fault in the event of a gross breach by the employee of basic employee duties”. In such a situation, the employee may prove before the labor court that the reason for the termination of the employment relationship was untrue or indicate that the employer violated the terms of the formal termination of the employment contract without notice, within the scope of Art. 52 § 1 of the Labor Code above, such as failure to notify the trade union of the intention to terminate the employment contract with the employee or dismissal of the employee after more than one month from the date the employer became aware of the employee's misconduct. The coronavirus pandemic is a considerable challenge for the economies of the world countries and a test for labor law and the security of the broadly understood work process. The diversified response to the pandemic resulted in increased social control of government actions, primarily to minimize the effects of the pandemic on the economy. The state is obliged not only to stop the pandemic but also to take measures to strengthen economic processes. It is also necessary to maintain, as far as possible, work processes that will make it possible to secure the professional and social interests of employees as much as possible. In Poland, in March 2020, many sectors of the economy almost ceased to function correctly, and in others, activity was drastically limited. This had a negative impact on the masses of employees, including people employed under civil law contracts and self-employed persons. The legal status regarding the prevention of COVID-19, including employee rights, is changing very dynamically in Poland. The current crisis has shed light on two problems in our economic system that have been underestimated in recent years: securing the work process and freedom of speech. During the crisis, freedom of speech played a significant role in Poland that cannot be ignored. The current crisis has revealed the full importance of the

value of freedom of speech in signaling irregularities in workers' work processes. The economy cannot function properly without workers and freedom of speech and their response to irregularities, especially under a pandemic threat. Employers who own capital are not the only ones at risk. All employed are also exposed to dangers – threats to health and safety. Most importantly, occupational health and safety, control and settlement of working time, and responsibility for the equipment necessary to perform them must be controlled even in the face of a pandemic. It should be indicated that the time of a pandemic may serve many cases of abuse against employee rights, e.g., censorship, retaliation against employees who, by reporting to e.g. the media, reveal abuses against employee rights or other irregularities. As mentioned above, the regulations are designed to protect workers' rights during a pandemic, although not to the full extent. The pandemic revealed in Poland a substantial legal loophole in protecting employees based on a traditional employment contract and other employed persons who, regardless of the reasons, make public disclosure of abuses. Moreover, the disclosures made in Poland were very costly for the whistleblower who disclosed them outside. In the first case concerning the whistleblower from the pandemic period and those whistleblowers who disclosed irregularities outside the pandemic period, whistleblowers suffered retaliation, i.e., disciplinary dismissal and the related condemnation of such action by the employer.

3. CENSORSHIP AND THE PUBLIC INTEREST

International literature indicates that disclosure of classified information or documents is justified if it serves the public interest (Boot 2020, 1–34).³ The problem with this thesis is that the concept – public interest – is too often vague and broad. This is highly worrying as it leaves potential whistleblowers without sufficient certainty of protection, not only against the possible disclosure of their identity, but also against retaliation by their superiors and finally in court in the event of the whistleblower's dismissal for disclosure of public irregularities. With the untrammelled definition of the public interest or the process of determining it, the risk of abuse against whistleblowers, especially during a pandemic, can be tremendous. Polish legal doctrine also has a problem with defining the concept of acting in the public interest. This concept is still very abstract (e.g. Boć 2004, 24; Zdyb 1991, 215). In the context of the presented issue, at the present stage of the lack of provisions protecting whistleblowers and the high degree of abstractness of considerations, it will not be possible to use the Polish doctrine, for which there will undoubtedly be time.

³ The problem of the definition of the public interest is extensive and will not be the subject of this article.

Realizing what whistleblowers are guided by is crucial from the whistleblower's point of view, not only by the employer but also by society. The main factors that take part in the whistleblower's decision-making process are: broadly understood morality (Bouville 2008, 579–585), low efficiency (Miceli, Near, Rehg, Scotter 2012, 923–954), public interest (Kobroń-Gąsiorowska 2019, 333–343; Schubert 1960, 22), loyalty to the employer (Larmer 1992, 125–128), nature of the breach (Miceli, Near, Schwenk 1991, 113–130), but it can also be a financial incentive.⁴ However, these factors may change as the information process develops.

Despite the lack of provisions protecting whistleblowers, Polish labor law knows high-profile cases of disclosure of irregularities that initiated the improvement of working conditions of many employees and discussions on reporting irregularities. A well-known example is Bożena Łopacka, an employee of a well-known supermarket chain in Poland. In the years 2000–2004, Łopacka was the manager of the “Biedronka” shop. On March 7, 2003, she filed a lawsuit against the Portuguese owner of “Biedronka” – the company Jerónimo Martins Dystrybucja – for payment for 2,600 worked and unpaid overtime. Simultaneously, Bożena Łopacka revealed information about the terrible working conditions in the supermarket chain “Biedronka”, which employed about 10,000 people. Workers loaded the goods onto handcarts, not electric ones, and pulled overloaded carts. The employee became a symbol of Poland's struggle and workers' rights and became the first whistleblower. Following her, other employees also filed claims for payment of overtime.⁵

The most prominent case of acting in the broadly understood public interest is a midwife from a hospital in Nowy Targ. An employee posted a photo on Facebook wearing a protective mask made of a disposable handkerchief. There was also a thread of a makeshift face mask made of a paper towel. The midwife wanted to report how challenging the conditions are in Polish hospitals. In response to the post on Facebook, the employer handed the midwife a statement about the employment contract termination without notice because she violated essential employee obligations, ie, care for the workplace's good.⁶ The above-mentioned facts confirm the problem, because it was not the only case when whistleblower in Poland experienced retaliation for reporting irregularities at the workplace.

The ECtHR made also statements about the Polish whistleblowers described below. One of the doctors, Ryszard Frankowicz, issued a private opinion on the treatment of one of the patients at the Tarnów Hepatology Clinic. Shortly after

⁴ Common e.g. in the USA.

⁵ Available in Polish at: <http://www.hfhrpol.waw.pl/precedens/aktualnosci/koniec-sprawy-bozeny-lopackiej-przeciwko-jeronimo-martins.html> and <https://wyborcza.pl/1,75398,3558611.html>

⁶ Available in Polish at: https://serwisy.gazetaprawna.pl/zdrowie/artykuly/1463864,koronawirus-w-polsce-uciszanie-lekarzy.html?fbclid=IwAR0TugvIMeeqz1pb5vX7Rk_xqbgY8-8SmWbaB8bKujPfiVWYeZVF176aHtE

that, disciplinary proceedings were instituted against him before a medical court, where he was charged with violating Article 52 of the Polish Code of Medical Ethics. In connection with which disciplinary proceedings were instituted against him, punishing him with a reprimand. In a general manner, the doctor stated that, as a doctor, he should have the right to express his opinion on the treatment given to his patient by another doctor. He emphasized that the Medical Court's reprimand was an element of persecution by medical authorities and was caused by the fact that he was the President of the Association for the Protection of Patients' Rights in Poland and fought to defend the interests of patients. The case ended in the ECtHR, which indicated that the disciplinary sanctions for expressing a critical opinion on the patient's treatment constituted an interference with his right to freedom of expression. This interference was provided for by law and was consistent with the legitimate aim of protecting others' rights and reputation. The Court indicated that the domestic authorities had not examined whether the applicant had been defending a socially justified interest. The Court considers that the doctor's opinion did not constitute a personal attack on another doctor but contained a substantive analysis of the patient's medical records. Thus, it concerned issues of public interest. (Judgment of the ECtHR of December 16, 2008 in *Frankowicz v. Poland*, application no. 53025/99). The case of Dr. Barbara Sosinowska was also the subject of proceedings of the European Court of Human Rights. The doctor was a specialist in lung diseases at the hospital in Ruda Śląska. In 2004, the doctor critically assessed the superior's decisions regarding the diagnosis and treatment of patients. In this case, she wrote a letter to a regional medical consultant in lung diseases. On October 13, 2006, a case against her was brought to the District Medical Court in Katowice for disciplinary offenses specified in Art. 52 sec. 1, 2, and 3 and article 1 clause 3 of the Code of Medical Ethics, including for "openly criticizing the supervisor's diagnostic and therapeutic decisions in the presence of other colleagues and medical and non-medical staff." The Court reprimanded Dr. Sosinowska. The doctor submitted a complaint against this decision to the ECtHR. The Court found that there had been a violation of the doctor's freedom of expression. In the Tribunal's opinion, her criticism was substantive, and the action was aimed at drawing the attention of competent authorities to severe, in its opinion, dysfunctions in the supervisor's work. The Court noted that the medical courts did not consider whether the doctor's opinion was justified and expressed in good faith and whether it was aimed at protecting the public interest. The disciplinary courts focused solely on the fact that another doctor was criticized, which the Code of Medical Ethics found a disciplinary offense. As stated by the Tribunal, such an interpretation carries the risk of doctors refraining from providing patients with objective information about their health condition for fear of disciplinary sanctions (ECtHR Judgment of October 18 2011, *Sosinowska v. Poland*, application no. 10247/09). Moreover, the Tribunal indicated art. 10 of the Convention that freedom of speech is one of the fundamental

foundations of a democratic society and one of the primary conditions for its development and self-fulfillment of every person. The Court emphasized that the provision also applies to “information” that is favorably received or perceived as harmless or indifferent, but also to those that offend, shock or disturb. This is due to the principles of pluralism, tolerance, and an open mind, without which there is no “democratic society” (Judgments: *Oberschlick v. Austria* (no. 1), 23 May 1991, § 57, Series A no. 204; and *Nilsen and Johnsen v. Norway* [Grand Chamber], no. 23118/93, § 43, ECHR 1999 VIII). As in *Frankowicz v. Poland* the Court emphasized that Article 10 guarantees freedom of expression to “everyone” and applies to all kinds of information, ideas, or forms of expression, including when the type of purpose pursued is profit-oriented or relates to commercial activities. applicants (*Casado Coca v. Spain*, 24 February 1994, § 35, Series A no. 285 A; *Barthold v. Germany*, 25 March 1985, § 42, Series A no. 90; *Stambuk v. Germany*, no. 37928/97, § 43 52, 17 October 2002; and *Frankowicz v. Poland*, no. 53025/99, § 39, 16 December 2008).

4. EUROPEAN UNION AND WHISTLEBLOWING LEGISLATION

The EU Directive on whistleblowers fulfills a significant legislative gap in European law and member states such as Poland. At the European level, the most critical changes in the field of law were initiated by the Council of Europe (CoE) and the extensive jurisprudence of the ECtHR. On November 26, 2019, the European Union faced a huge challenge, which consists in not only legal, but social implementation of the institution of reporting irregularities. Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law was published in the Official Journal of the European Union,⁷ commonly called Directive on the protection of whistleblowers.⁸ Starting from December 17, 2019, Member States have two years to implement in national legal systems regulations providing, inter alia, new

⁷ See: Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law, OJ L 305, 26.11.2019, pp. 17–56.

⁸ See more: European Parliament resolution on organised crime, corruption and money laundering: recommendations on action and initiatives to be taken (final report), (2013/2107(INI)), 23 October 2013, Strasbourg; European Parliament resolution of 23 October 2013 on organised crime, corruption and money laundering: recommendations on action and initiatives to be taken (final report), (2013/2107(INI)), OJ C 208, 10.06.2016, pp. 89–116, point 14; European Parliament resolution of 25 November 2015 on tax rulings and other measures similar in nature or effect (2015/2066(INI)), OJ C 366, 27.10.2017, pp. 51–95, point 19; European Parliament resolution of 16 December 2015 with recommendations to the commission on bringing transparency, coordination and convergence to corporate tax policies in the union (2015/2010(INL)), OJ C 399, 24.11.2017, pp. 74–91.

whistleblower protection institutions, which are primarily designed to provide legal protection to whistleblowers. As shown by the latest data from 21 out of 27 countries⁹ The European Union has started the process of implementing the Directive. The Directive itself caused great enthusiasm among EU leaders. Frans Timmermans indicated that scandals such as Dieselgate, Luxleaks, the Panama Papers, or Cambridge Analytica could never have come to light if insiders had not spoken. Nevertheless, those who did it took enormous risks. The better the European Union protects whistleblowers, the more we will detect and prevent harm to the public interest, such as fraud, corruption, corporate tax avoidance, or harm to human health and the environment. In turn, Věra Jourová, Commissioner for Justice, Consumers and Gender Equality, added that the new rules could be safely called “game changer”. The new provisions are intended to support those who are ready to take the risk of exposing severe breaches of EU law.¹⁰

5. THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION AND THE LIMITS OF WHISTLEBLOWER LOYALTY

Whistleblowing (literally: informing)¹¹ in the workplace is an activity consisting in the disclosure by an employee of any irregularities in the functioning of the workplace by informing persons authorized to the concept of an action aimed at preventing identified abuses. Employees are most often the most reliable source of information about abuse in the workplace. By disclosing them, they expose themselves to high risk, such as: dismissal from work, harassment by the employer or, finally, exclusion by the co-workers themselves (Jubb 1999, 77–94; Banisar 2011; Huseynova, Piperigos 2018). Due to the historical past, the definition of whistleblower in Poland is marked by very negative associations. It is a holdover from the communist era (Kobrań-Gąsiorowska 2015, 82; Kobrań 2013, 296–300).

Notwithstanding, it can be argued that when the public is aware of the risk of misconduct by an institution (whether it is a public or private sector institution), public disapproval increases, and thus the perception of the employee who makes the disclosure changes. When the public knows what violation has been revealed and what retaliatory actions have been taken against the whistleblower, the sense of insufficient justice increases.

In Polish legal culture, the issue of whistleblowing is still very controversial and criticized for not providing adequate legal safeguards for a whistleblower. The whistleblower can be anyone, i.e., an employee, intern, apprentice, former employee, and persons outside the typical employment relationship (Kobrań 2013,

⁹ See: <https://euwhistleblowingmeter.polimeter.org/#promises> (including Poland).

¹⁰ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_3441

¹¹ See: PWN Polish Dictionary, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/informator.html>

296–302). In 2019, the S. Batory foundation¹² conducted a public opinion poll on the need to protect whistleblowers. Poles support the idea of informing about abuses in the workplace through internal and external reporting, e.g., to the media. Moreover, all forms of support for whistleblowers are supported, such as free legal advice, a guarantee of anonymity, protection against accusations of slander and infringement of personal rights, or a system of remuneration and compensation for whistleblowers dismissed from work and remaining in a court dispute related to the abuses they reported. Its role as a reporting mechanism for misdemeanors, fraud, and other forms of illegal or unethical behavior allows the public to become aware of violations and violations that would otherwise be detected, especially during the difficult period of the COVID-19 pandemic. Providing strong legal protection to whistleblowers is essential because the whistleblower protection regulations can protect whistleblowers against retaliation by their employers or co-workers and, above all, as it has already been indicated, whistleblowing can play a corrective role for the organization and the organizational culture prevailing there. Changing the image of whistleblowing will change the perception of “reporting” in Poland.

These and other circumstances will be important to redefine employee loyalty, which in the context of whistleblowing will be limited by the freedom of expression of employees in the context of reporting irregularities and the concept of employee loyalty. It is also worth pointing out that, for a post-communist country, some of the solutions adopted in the Directive will constitute a breakthrough in the protection of whistleblowers and the related two-dimensional freedom of expression of employees. Firstly, both the legislator and labor courts will be forced to redefine the notions of “the employee’s duty to care for the welfare of the workplace” and the integrally associated loyalty. Adequate protection of an employee-whistleblower under the Polish labor law defines at least two main elements: the right to freedom of speech of employees and determination of when the employee will be loyal, i.e., when he reports an irregularity noticed or when he refrains from reporting it.

It is difficult not to notice that in Poland, the concept of loyalty is an integral element of the employment relationship, as a subordination relationship based on the employee’s compliance with the obligations set out in Art. 100 of the Labor Code, but also the employment relationship. By the term employment relationship, I also mean non-employment forms of employment. The analysis of jurisprudence and doctrine leads to the conclusion that the lack of loyalty to the employee is the main reason for the termination of the employment contract, which weakens or causes the loss of trust (The judgment of the Supreme Court of 29 November 2012, II PK 116/2012). From the point of view of the universal principle of protection of the employment relationship or the employer-employee relationship

¹² Available in Polish at: http://www.sygnaLista.pl/wp-content/uploads/2019/06/Internet_Raport_sygnalisci_12-06.pdf

in performing work – loyalty is of great importance because it affects mutual trust and employee satisfaction at work. At the same time, it should be emphasized that both notions constitute an indefinite phrase, which ceases to be relevant in the context of whistleblowing. In the context of signaling breaches affecting security, it is reasonable to ask whether whistleblowing is a sign of lack of loyalty and distrust. On the contrary, the whistleblower's use of internal reporting channels manifests the employee's trust and loyalty to the employer. Is anyone who reports a misconduct first through internal reporting channels disloyal in the context of 52 § 1 of the Labor Code? (Kuczyński 2004, 2–7; Chobot 1983, 53–54; Witek-Barylska 2013, 83; Pokrzywniak 2013; Szewczyk 2013; Szewczyk 2007; Judgment of the Supreme Court of September 26, 2001, I PKN 638/00, Judgment of the Supreme Court of June 1, 2003, I PK 208/02).

In my opinion, the concept of loyalty must be seen in the context of reporting irregularities indicated in the Directive, in which the European legislator perceives the whistleblower as a source of reporting breaches in the employer. The Directive presupposes the idealistic assumption that the whistleblower will treat his employer as a thing. Whistleblowing is an act of opposition to the illegal activities of public or private organizations, which consists in the disclosure of those violations of the legal rights of citizens, government corruption, or corruption in public or private bodies that have an immediate or potential threat to collective public interests that are presented in the Directive as European public interest (Kobroń-Gąsiorowska 2019). The second dimension of the perception of loyalty is its definition by the doctrine of Polish labor law. In Polish labor law, there is a personal relationship between the parties to the employment relationship, which, according to this model, is to be based on trust and mutual loyalty (Borek-Buchajczyk 2018, 48). The relationship between private and public employers in Polish labor law is based on trust and loyalty. Employers, when terminating an employment contract with an employee with a notice period or terminating an employment contract without notice, due to the employee's fault, refer to loyalty, although the concept of loyalty is not defined in the notice.¹³

6. FINAL CONCLUSIONS

The COVID-19 pandemic has renewed the discussion on employee censorship through the prism of employee loyalty. As it turns out, employee censorship is a much broader problem in Polish labor law. The purpose of this short article was to identify the problem of the whistleblower situation, not least during the current COVID-19 pandemic. In the Polish context, the only way to retaliate against a whistleblower who has violated loyalty to the employer or care for the

¹³ The judgment of the Supreme Court of 22 April 2015, II PK 158/14, LEX No. 1681881.

welfare of the workplace is the so-called disciplinary dismissal due to a severe breach of primary employee duties, that is, the employee caring for the welfare of the workplace. I do not deny the obligation itself, which the Polish Labor Code imposed, but not only during the COVID-19 pandemic, it is a substitute for retaliation against whistleblowers.

Two central problems have been identified in the article. Firstly, courts still play a massive role in the protection of employees/whistleblowers in Poland, which do not judge in a discretionary manner whether a given disclosure has resulted in more benefits than losses for the public interest because the labor court in Poland only assesses the legitimacy of such dismissal in the event of dismissal. Unfortunately, in the context of whistleblower protection, this is insufficient as this approach qualifies the whistleblower as only an employee and not an employee of the whistleblower. Second, I see a growing need to redefine employee loyalty in the context of whistleblowing. The Polish legislator and courts must redefine employee loyalty, assuming that either such a concept does not exist because the employee who performs work receives remuneration for its performance or loyalty exists when an employee reports irregularities noticed at the workplace.

BIBLIOGRAPHY

- Banisar, David. 2011. "Whistleblowing: International Standards and Developments". In *Corruption and Transparency: Debating the Frontiers between State, Market and Society*. Edited by Irma E. Sandoval. Washington: World Bank-Institute for Social Research. https://www.researchgate.net/publication/228124587_Whistleblowing_International_Standards_and_Development
- Boć, Jan. Ed. 2004. *Prawo administracyjne*. Wrocław: Kolonia Limited.
- Boot, Eric. 2020. "The Feasibility of a Public Interest Defense for Whistleblowing". *Law and Philosophy* 30: 1–34. <https://doi.org/10.1007/s10982-019-09359-1>
- Borek-Buchajczyk, Renata. 2018. "Brak lojalności pracownika jako przyczyna rozwiązania umowy o pracę w orzecznictwie sądowym. Wybrane uwagi". *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin – Polonia* 65(2): 47–57. <https://doi.org/10.17951/g.2018.65.2.47-57>
- Bouville, Mathieu. 2008. "Whistle-blowing and Morality". *Journal of Business Ethics* 81(3): 579–585. <https://doi.org/10.1007/s10551-007-9529-7>
- Chobot, Andrzej. 1983. *Pracowniczy obowiązek dbałości o dobro zakładu pracy a ograniczenie zasady wolności pracy*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM.
- Gerrig, Richard. Zimbardo Phillip. 2021. *Psychologia i życie*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Huseynova, Dilara. Katerina Piperigos. 2018. *Justice for justice: Protecting whistleblowers in the EU. Protection of whistleblowers – the why and the how*. College of Europe Transparency Group. http://transparency.eu/wp-content/uploads/2018/04/WB_Transparency-Group-CoE-17-18.pdf
- Jubb, Paul. 1999. "Whistleblowing: A Restrictive Definition and Interpretation". *Journal of Business Ethics* 21: 77–94. <https://doi.org/10.1023/A:1005922701763>
- Kobroń, Łucja. 2013. "Whistleblower – strażnik wartości czy donosiciel?" *Palestra* 12–13: 297–301.
- Kobroń-Gąsiorowska, Łucja. 2015. "Czy Polskę czeka era 'etycznych donosów'?" *Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ. Nauki Społeczne* 10: 81–92.

- Kobroń-Gąsiorowska, Łucja. 2019. „Interes Publiczny jako element podstawowy funkcji ochronnej prawa pracy w kontekście ochrony sygnalistów”. *Roczniki Administracji i Prawa* 2: 333–343. <https://doi.org/10.5604/01.3001.0013.3605>
- Kuczyński, Tadeusz. 2004. “O właściwościach pracowniczego obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy”. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 7: 2–7.
- Larmer, Robert. 1992. “Whistleblowing and employee loyalty”. *Journal of Business Ethics* 11: 125–128. <https://doi.org/10.1007/BF00872319>
- Miceli, Marcia. Janet Near. Michael Rehg. James Van Scotter. 2012. “Predicting employee reactions to perceived organizational wrongdoing: Demoralization, justice, proactive personality, and whistle-blowing”. *Human Relations* 65(8): 923–954. <https://doi.org/10.1177/0018726712447004>
- Pokrzywniak, Jakub. 2013. “Obowiązek lojalności jako element stosunku obligacyjnego”. *Monitor Prawniczy* 19: 885–889.
- Schubert, Glendon. 1960. *The Public Interest: A Critique of the Theory of a Political Concept*. Glencoe: Free Press.
- Szewczyk, Helena. 2007. “Pracodawczy obowiązek dbałości o dobro pracownika”. *Państwo i Prawo* 11: 69–81.
- Szewczyk, Helena. 2013. “Obowiązek współdziałania stron w wykonywaniu zobowiązań oraz obowiązek lojalności stron jako składnik zobowiązaniowych stosunków pracy”. *Monitor Prawa Pracy* 4: 173–178.
- Witek-Barylska, Ilona. 2013. *Lojalność pracowników współczesnych organizacji. Istota i elementy składowe*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego. <https://doi.org/10.18778/7525-937-7>
- Zdyb, Marian. 1991. *Prawny interes jednostki w sferze materialnego prawa administracyjnego. Studium teoretyczno-prawne*. Lublin: Wydawnictwo UMCS.

Legal Acts

- Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law, OJ L 305, 26.11.2019, pp. 17–56.
- European Parliament resolution of 23 October 2013 on organised crime, corruption and money laundering: recommendations on action and initiatives to be taken (final report), (2013/2107(INI)), OJ C 208, 10.06.2016, pp. 89–116.
- European Parliament resolution of 25 November 2015 on tax rulings and other measures similar in nature or effect (2015/2066(INI)), OJ C 366, 27.10.2017, pp. 51–95.
- European Parliament resolution of 16 December 2015 with recommendations to the commission on bringing transparency, coordination and convergence to corporate tax policies in the union (2015/2010(INL)), OJ C 399, 24.11.2017, pp. 74–91.

<https://doi.org/10.18778/0208-6069.97.08>



*Michalina Barylska**

 <https://orcid.org/0000-0001-7408-6343>

*Magdalena Deka***

 <https://orcid.org/0000-0002-4514-568X>

MOŻLIWOŚĆ WYKORZYSTANIA KLAUZULI *REBUS SIC STANTIBUS* DLA OCHRONY STRON STOSUNKÓW ZOBOWIĄZANIOWYCH DOTKNIĘTYCH SKUTKAMI PANDEMII WIRUSA SARS-COV-2

Streszczenie. Artykuł podejmuje problem stosowania klauzuli *rebus sic stantibus*, wyrażonej w art. 357(1) k.c., w związku z wprowadzeniem przez Ministra Zdrowia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego, a następnie stanu epidemii wirusa SARS-CoV-2. Celem niniejszego artykułu jest ustalenie, czy dopuszczalne jest zastosowanie klauzuli w celu łagodzenia skutków pandemii, które dotyczą strony stosunków zobowiązaniowych oraz w stosunku do jakich umów klauzula znajdzie zastosowanie. Autorzy analizują, w jakich okolicznościach możliwe jest zwrócenie się do sądu z żądaniem oznaczenia sposobu wykonania zobowiązania, zmiany wysokości świadczenia czy orzeczenia o rozwiązaniu umowy. Zwrócono także uwagę na konieczność ścisłej wykładni normy z art. 357(1) k.c. W artykule zaprezentowano pogląd, że na efektywność klauzuli *rebus sic stantibus* może wpłynąć dopuszczenie możliwości formułowania zarzutu na podstawie art. 357(1) k.c.

Słowa kluczowe: stan epidemii, zmiana sposobu wykonania zobowiązania, rozwiązanie umowy, sądowa modyfikacja stosunku prawnego, klauzula *rebus sic stantibus*.

POSSIBILITY OF USING *REBUS SIC STANTIBUS* CLAUSE FOR THE PROTECTION OF PARTIES OF CONTRACTUAL RELATIONS AFFECTED BY THE EFFECTS OF SARS-COV-2

Abstract. This article deals with the problem of application of *rebus sic stantibus* clause, set forth in Art. 357(1) of the Civil Code, in conjunction with announcing by the Minister of Health a state of epidemiological emergency in the territory of the Republic of Poland, and, subsequently, the state of SARS-CoV-2 epidemic. This article aims to determine whether it is permissible to apply the foregoing clause in order to mitigate the effects of the pandemic that may affect a party to contractual relationships and also in relation to which contracts the foregoing clause shall be applicable. The authors analyse, under what circumstances it shall be possible to apply to a court

* Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, barylskamich@gmail.com

** Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, UL0221781@edu.uni.lodz.pl

of law with a motion to determine a manner of performing an obligation, with a motion to change the amount of performance or with a motion to terminate a contract. Attention was drawn to the necessity to have a narrow interpretation of the norm set forth in Art. 357(1) of the Civil Code. An opinion has been presented in this article that the effectiveness of *rebus sic stantibus* clause may be affected by an admissibility to formulate a claim in pursuance of Art. 357(1) of the Civil Code.

Keywords: state of epidemic, change to the manner of performance of an obligation, contract termination, judicial modification of a legal relationship, *rebus sic stantibus* clause.

1. WSTĘP

Niespodziewany wybuch pandemii SARS-CoV-2 i związane z tym regulacje prawne, jakie wprowadza państwo w celu przeciwdziałania rozprzestrzenianiu się koronawirusa, niosą poważne konsekwencje dla uczestników obrotu prawnego i choć owe skutki odczuwalne będą w różnym stopniu, stronom stosunków zobowiązaniowych zależec będzie na znalezieniu rozwiązania, mającego zapewnić im skuteczną ochronę. Jedną z instytucji, wskazywaną jako potencjalnie możliwą do wykorzystania, jest tzw. klauzula *rebus sic stantibus* z art. 357(1) ustawy z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U.2020.1740 t.j. z dnia 8.10.2020 r.). Możliwość zastosowania tej klauzuli w odniesieniu do pandemii koronawirusa nie może być jednak uznana za oczywistą, ponieważ w związku z wymienionymi przez ustawodawcę przesłankami stosowania art. 357(1) k.c., tj. wystąpieniem nadzwyczajnej zmiany stosunków, nadmiernych trudności albo groźby rażącej straty dla jednej ze stron przy spełnianiu świadczenia oraz nieprzewidzeniem tego przez strony przy zawieraniu umowy, należy zbadać, czy pandemia COVID-19 prowadzi w ogóle do owej nadzwyczajnej zmiany stosunków, a jeśli tak, to w jakim zakresie i w jaki sposób możliwe będzie skorzystanie ze wskazanego przepisu.

2. NADZWYCZAJNA ZMIANA STOSUNKÓW W ROZUMIENIU ART. 357(1) K.C. A PANDEMIA SARS-COV-2

Pierwszą z przesłanek stosowania art. 357(1) k.c. jest zaistnienie nadzwyczajnej zmiany stosunków. Przyjmuje się, że chodzi tutaj o zmianę społeczno-gospodarczą, która nie mieści się w granicach zwykłego ryzyka kontraktowego oraz mającą ogólny, powszechny charakter, dotyczącą wielu podmiotów oraz niezależną od woli stron (tak m.in. wyr. SN z dn. 19.11.2014 r., II CSK 191/14, Lex Nr 1628911). Część doktryny podkreśla w tym miejscu, iż przyczyna wywołująca owe niebywałe skutki, choć nie musi być nadzwyczajna, powinna mieć charakter katastroficzny (Kurosz, Matysiak 2020). Stanowi to nawiązanie do dawnego kształtu klauzuli *rebus sic stantibus*. Zgodnie z Rozporządzeniem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 27.10.1933 r. – Kodeks zobowiązań

(Dz.U. Nr 82, poz. 59) nadzwyczajnymi zdarzeniami uzasadniającymi zastosowanie tej konstrukcji są m.in. wojna, zaraza, nieurodzaj. Można jednak spotkać się także ze stanowiskiem, iż poprzez takie zapatrywanie ogranicza się zastosowanie klauzuli *rebus sic stantibus* do przypadków, które niezmiernie rzadko występują w praktyce. Konsekwencją jest więc zbyt rygorystyczne oznaczenie granic stosowania klauzuli i w efekcie istotne zredukowanie znaczenia omawianej instytucji (Brzozowski 2020, 49). Stanowisko takie jednak nie przekonuje, w kontekście postrzegania art. 357(1) k.c. jako wyjątku od zasady *pacta sunt servanda* (Robaczyński 1998, 6), w związku z czym zastosowanie wykładni rozszerzającej i korzystanie z przepisu wydaje się nieuzasadnione w sytuacji, gdy nadzwyczajna zmiana zaistniała jedynie w ramach konkretnego, indywidualnego stosunku zobowiązaniowego i tym samym nie jest zjawiskiem powszechnym, nie ma znaczenia dla żadnego innego zobowiązania. Jako przykład można podać w tym miejscu zawarcie umowy najmu na czas oznaczony, a następnie domaganie się przez najemcę wcześniejszego jej rozwiązania z uwagi na to, iż w związku z niespodziewanym bankructwem pracodawcy i utratą pracy dalsze spełnianie świadczenia w postaci zapłaty czynszu łączy się dla niego z nadmiernymi trudnościami o charakterze majątkowym. Choć zdarzenie to pozostaje niezależne od woli stron i rzeczywiście dłużnik może mieć problem z wykonaniem zobowiązania, to jednak brak tutaj powszechnego charakteru – utrata pracy w tej sytuacji nie wynika z okoliczności, które mają znaczenie dla szerszego grona uczestników obrotu prawnego. Rodzi to bowiem kłopot tylko dla tego konkretnego stosunku zobowiązaniowego, w związku z czym stosowanie art. 357(1) k.c. w takich przypadkach mogłoby prowadzić do destabilizacji obrotu prawnego, a sama klauzula nie miałaby już w praktyce wyjątkowego znaczenia. Pamiętać również trzeba, że nadzwyczajność musi cechować zmianę stosunków, nie zaś zdarzenie, które ją powoduje. Może się bowiem zdarzyć, że przyczyny „zwyyczajne” doprowadzą do nadzwyczajnych skutków (Morek 2020, 19). Zwracać więc należy uwagę nie tyle na fakt wystąpienia pandemii (choć niewątpliwie jest to zjawisko wyjątkowe i niespodziewane), co na skutki, jakie niesie dla uczestników obrotu, którzy z powodu ograniczeń wprowadzonych w ramach walki z pandemią muszą zmagać się z szeregiem trudności. Biorąc pod uwagę powyższe, zauważyć można, że pandemia koronawirusa niewątpliwie ma katastroficzny charakter. Mimo podejmowanych prób, nie da się zapobiec dalszym zakażeniom wirusem SARS-CoV-2, co więcej, pandemia nastąpiła niespodziewanie, a jej skali nie można było przewidzieć. Zmiany, jakie zaistniały na skutek SARS-CoV-2 oddziałują pośrednio lub bezpośrednio na wszystkich uczestników obrotu, pozostając jednocześnie niezależnymi od ich woli. Należy zwrócić uwagę również na to, że zachodzące zmiany mają nie tylko wymiar gospodarczy, np. zamknięcie określonych obiektów, jak restauracje czy hotele, skutkujące pozbawieniem ich właścicieli źródła dochodów, ale i w pewnym stopniu społeczny – w czasie pandemii wiele osób z obawy przed możliwym zakażeniem

pozostało w domu, zachowywało dystans społeczny, co z kolei przełożyło się na mniejsze zainteresowanie produktami oferowanymi na rynku, co pozostało nie bez wpływu na gospodarkę. Należy mieć również na uwadze, że wiele osób z własnej woli zdecydowało się na czasowe zaprzestanie działalności w obawie o własny stan zdrowia.

3. ZMIANA PRZEPISÓW JAKO NADZWYCZAJNA ZMIANA STOSUNKÓW

Kwestią sporną pozostaje odpowiedź na pytanie, czy zmiana przepisów może zostać zakwalifikowana jako nadzwyczajna zmiana stosunków. Problem ten jest istotny z uwagi na fakt, że to właśnie na skutek zmian w przepisach – wprowadzania nowych regulacji w celu ograniczenia rozprzestrzeniania się epidemii – wykonanie zobowiązań grozi w wielu przypadkach rażącą stratą bądź wiąże się z nadmiernymi trudnościami. Część doktryny wyraża pogląd, iż zmiany takie jako zjawisko zewnętrzne i niezależne od woli stron mogą być uznane za nadzwyczajną zmianę stosunków (Brzozowski 2020, 52). A. Malarewicz zauważa jednak, że z uwagi na przewlekłość prac legislacyjnych i powszechny dostęp do projektów aktów prawnych, trudno jest niekiedy upatrywać nadzwyczajnych czy zaskakujących zmian, bo z obowiązku zachowania należytej staranności przy wykonywaniu zobowiązań wynika konieczność zapoznania się z planowanymi modyfikacjami (Malarewicz 2005). Spostrzeżenie to warte jest uwagi, ale nie znajdzie zastosowania w dobie pandemii, ponieważ sytuacja epidemiczna i związane z nią reakcje państwa wciąż pozostają rozwojowe i trudno przewidzieć, kiedy i jakie zmiany prawne zostaną jeszcze wprowadzone, brak jest też jednolitego stanowiska władz publicznych w odniesieniu do poszczególnych zaostreżeń wprowadzanych z uwagi na stan pandemii. W związku z tym należałoby przyjąć, że zmiany w przepisach można w tej sytuacji uznać za nadzwyczajną zmianę stosunków, mającą istotne znaczenie dla sytuacji uczestników obrotu. Należy w tym miejscu dodać, że modyfikacje te są niezależne od woli ich adresatów oraz mają powszechny charakter – dostosować musi się do nich każdy, co tylko utwierdza w wyrażonym przekonaniu. To samo stanowisko prezentuje SN, twierdząc, że zmiana stanu prawnego, jako zdarzenie zewnętrzne, niezależne od – najczęściej – rozbieżnej woli stron, kiedy jest niemożliwa do przewidzenia przez nie w chwili zawarcia umowy, co do zakresu i kształtu przyjętych zmian, jeżeli wpływa istotnie na sytuację nie tylko dłużnika, ale i wierzyciela, powinna być traktowana, jako nadzwyczajna zmiana stosunków w rozumieniu art. 357(1) k.c. (wyr. SN z 16.05.2007 r., III CSK 452/06, Lex Nr 334987).

4. NADMIERNE TRUDNOŚCI ZWIĄZANE ZE SPEŁNIENIEM ŚWIADCZENIA ORAZ GROŹBA RAŻĄCEJ STRATY DLA JEDNEJ ZE STRON ZOBOWIĄZANIA

Drugą wymienioną przez ustawodawcę przesłanką zastosowania art. 357(1) k.c. jest pojawienie się nadmiernych trudności w spełnieniu świadczenia. Wiąże się to z zachwianiem równowagi kontraktowej, zakwestionowaniem ekonomicznego sensu świadczeń i zniweczeniem celów, których osiągnięcie strony zakładały, zawierając umowę (Morek 2020, 25). Należy przy tym zaznaczyć, że spełnienie świadczenia musi być w ogóle możliwe. W przeciwnym razie stosuje się przepisy dotyczące niemożliwości świadczenia (Olejniczak 2018, 134). Jako przykład posłużyć tutaj może sytuacja, w której narzeczeni zawarli (przed wprowadzeniem stanu zagrożenia epidemicznego) umowę z właścicielem restauracji, dotyczącą zorganizowania uroczystości weselnej, ale na skutek wybuchu pandemii tego typu lokale zostały zamknięte i nie było już możliwe spełnienie świadczenia w postaci zorganizowania przyjęcia. Poza tym przyjmuje się, że trudności dotyczyć mają dłużnika i mogą mieć charakter techniczny (brak określonych materiałów), osobisty (np. spełnienie świadczenia mogłoby grozić dłużnikowi niebezpieczeństwem utraty życia) lub majątkowy (np. w następstwie klęski żywiołowej spełnienie świadczenia wiązać się będzie z koniecznością poniesienia nadmiernych nakładów i kosztów w stosunku do branych pod uwagę w momencie zawierania umowy (Brzozowski 2020, 60–61). Jak zauważa przy tym R. Strugała, art. 357(1) k.c. nie można zastosować do modyfikacji czy rozwiązania umów, na podstawie których dłużnik świadczy usługi medyczne, paramedyczne bądź związane z obsługą podmiotów świadczących takie usługi (Strugała 2020). Z jednej strony jest to słuszne zapatrywanie, ponieważ świadczenia tego typu są szczególnie istotne nie tylko w dobie pandemii. Warto tutaj wskazać także podmioty spełniające równie istotne zadania, a niezwiązane bezpośrednio z ochroną zdrowia, tj. straż pożarna, służba więzienna, policja. Z drugiej jednak strony, jeżeli osoba świadcząca tego typu pracę znajduje się w grupie osób najbardziej narażonych na zakażenie SARS-CoV-2, to przy spełnieniu wszystkich przesłanek art. 357(1) k.c. powinna mieć możliwość skorzystania z owej regulacji.

Alternatywą dla nadmiernej trudności jest groźba rażącej straty dla jednej ze stron zobowiązania i tak samo wiąże się z podważeniem sensu spełnienia świadczenia na skutek zmiany okoliczności. Groźba taka może wystąpić jednak nie tylko po stronie dłużnika, ale i wierzyciela. Problemem pozostaje jednak kwestia tego, jakie okoliczności trzeba wziąć pod uwagę, próbując ocenić, czy przesłanka ta zachodzi. Istnieją tu dwa poglądy. Według pierwszego z nich o rażącej stracie decyduje nie samo porównanie aktualnej wartości świadczeń, ale całokształt skutków wykonania zobowiązania dla majątku strony, przy uwzględnieniu celu zobowiązania i tego, jakich korzyści z jego wykonania strona mogła się spodziewać (wyr. SN z dn. 19.11.2014 r., II CSK 191/14, Lex Nr 1628911).

Natomiast zgodnie z drugim stanowiskiem, powinno się porównać sytuację majątkową powoda, w jakiej znalazłby się, gdyby wykonał umowę w warunkach występującej w chwili orzekania nadzwyczajnej zmiany stosunków oraz sytuację, w jakiej byłby, gdyby nie doszło do zmian (Strugała 2020). Za przyjęciem pierwszej z przywołanych koncepcji przemawia fakt, że wydaje się ona sprawiedliwszym rozwiązaniem. Nie powinno się pomijać celu, w jakim zobowiązanie powstało, ani spodziewanych korzyści, bo stanowią one istotny element, często decydujący o powstaniu zobowiązania. Warto też podkreślić, że nie sposób jednoznacznie odpowiedzieć, jaką stratę uznajemy za rażącą, bo każdą sprawę należy ocenić indywidualnie – przykładowo rażąca strata w odczuciu prowadzącego osiedlowy sklep byłaby bez znaczenia dla właściciela sieci supermarketów.

5. NIEMOŻLIWOŚĆ PRZEWIDZENIA PRZEZ STRONY NADZWYCZAJNEJ ZMIANY STOSUNKÓW I JEJ WPŁYWU NA WYKONANIE ZOBOWIĄZANIA

Zastosowanie klauzuli *rebus sic stantibus* wymaga także spełnienia przesłanki nieprzewidzenia przez strony skutków danych zdarzeń. Zgodnie z brzmieniem artykułu 357(1) k.c. strony, przy spełnieniu pozostałych ustawowych przesłanek, będą mogły skorzystać z klauzuli, jeżeli nie mogły przewidywać nadzwyczajnej zmiany stosunków z chwilą zawarcia łączącej je umowy. Jednakże, zgodzić należy się z poglądem prezentowanym w doktrynie, a także w orzecznictwie SN, zgodnie z którym wbrew literalnemu brzmieniu art. 375(1) k.c., problem przewidywalności wiąże się nie tyle z przewidywaniem przez strony zdarzeń, które powodują dla jednej z nich nadmierne trudności lub rażącą stratę, lecz z przewidywaniem następstw tych zdarzeń, wymaga się więc, by strony nie mogły przewidzieć swojej przyszłej sytuacji z chwilą zawarcia umowy (Olejniczak 2018, 129). Regulacja z art. 357(1) k.c. nie wyłącza więc zastosowania klauzuli w stosunku do zdarzeń, których przebieg można co prawda przewidzieć, ale niemożliwym lub bardzo trudnym do przewidzenia jest ich wpływ na dane zobowiązanie (Wiśniewski 2018, 12)¹. Wirus SARS-CoV-2 został co prawda po raz pierwszy rozpoznany i opisany już w grudniu 2019 r., jednakże założenie, że już ten moment był na tyle przełomowy, by od niego, jako od punktu wyjścia, można było przewidywać, że będzie miała miejsce globalna pandemia, jest nietrafne.

Podjmując rozważania w kontekście ustalenia momentu, od którego strony mogły przewidzieć, jakie następstwa wywoła pandemia koronawirusa, odnotować należy chronologię zdarzeń następujących w związku z pojawieniem się pandemii w Polsce. 27 lutego 2020 r. zostało wydane rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie zakażenia koronawirusem, na podstawie którego zakażenie

¹ Podkreśla on, że kwestia przewidywalności jest zatem ujęta odmiennie niż pod rządami art. 269 KZ, który wymagał „niemożności przewidzenia”.

tym wirusem zostało objęte przepisami o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (§ 1). Następnie 2 marca 2020 r. uchwalono ustawę o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (która weszła w życie 8.03.2020 r.). I choć trudno nie postrze- gać tych aktów prawnych jako regulacji przełomowych, zwiastujących zmiany nadchodzące w związku z pojawieniem się pierwszych pacjentów zakażonych koronawirusem w Polsce, o tyle nie sposób przyjąć, że samo uchwalenie, czy nawet wejście w życie, pozwoliło stronom na przewidzenie, jakie następstwa akty te spowodują względem konkretnej, łączącej je umowy. Tym bardziej, że o ile akty prawne stanowiły fundament dla wszelkich działań podejmowanych przez państwo, o tyle dla konkretnych umów często to właśnie działania podejmowane przez władze państwowe czy polecenia formułowane w mniej oficjalny sposób np. w drodze podejmowanej akcji #zostanwdomu, miały mieć kluczowe zna- czenie. Zgodzić się przy tym należy z poglądem wyrażonym przez K. Kurosza i W. Matysiaka, zgodnie z którym na zdolność przewidywania konkretnych następstw pandemii koronawirusa wpływ w równym stopniu miały też reakcje spo- łeczności, stanowiące zarówno skutek uboczny działań władz państwowych, jak i często bodziec do podejmowania takich działań przez państwo (Kurosz, Maty- siak 2020). Ze względu na wyjątkową złożoność opisywanego zjawiska, określenie jednego, tożsamego momentu, od którego strony, które związane były stosunkiem zobowiązaniowym zaciągniętym przed połową marca 2020 r., mogły przewidy- wać, jakie następstwa przyniesie wprowadzenie stanu pandemii na konkretne zo- bowiązanie, jest niemożliwe i powoduje konieczność określania tego momentu, biorąc pod uwagę zindywidualizowany kontekst, w którym doszło do zawarcia konkretnej umowy przez określone strony.

Jeszcze więcej wątpliwości rodzić będzie ocena stosunków zobowiązani- owych nawiązanych w połowie marca 2020 r., bądź też na początku kwietnia 2020 r., bowiem o ile strony, które nawiązując stosunek zobowiązaniowy przy zachowaniu odpowiedniej staranności, jakiej można wymagać od stron stosunku prawnego w różnorodnych sytuacjach wywołanych przebiegiem zdarzeń po za- warciu umowy (Olejniczak 2018, 147), nie mogły przewidzieć następstw, jakie pandemia wywoła w odniesieniu do łączącego je stosunku prawnego, powinny mieć możliwość skorzystania z klauzuli *rebus sic stantibus*, o tyle działania podej- mowane przez strony bezmyślnie, czy w sposób nieprzemysłany, na taką ochronę nie zasługują. Co więcej – strona, która działa w taki sposób i skutki swojego nieprzewidzenia stara się przerzucić na drugą stronę, nie będzie mogła skorzystać ochrony przewidzianej w art. 357(1) k.c. (Olejniczak 2018, 149). Takie założenie eliminuje możliwość skorzystania z praw przewidzianych w klauzuli przez stronę, która przy zachowaniu należytej staranności mogła przewidzieć następstwa pan- demii względem łączącego ją z inną stroną stosunku zobowiązaniowego, co z ko- lei znowu determinuje konieczność rozstrzygnięcia tego typu stanów faktycznych

w sposób zindywidualizowany, po wyjątkowo skrupulatnej analizie stanu faktycznego. Zgodzić przy tym należy się ze stanowiskiem SN, zgodnie z którym w sytuacji, w której strony zawierały umowę w anormalnych warunkach, a stan pandemii niewątpliwie takie anormalne warunki kreuje, licząc na ustabilizowanie stosunków w czasie wykonywania umowy, a do oczekiwanego ustabilizowania stosunków nigdy nie doszło, to nie można się powołać na art. 357(1) k.c. (wyr. SN z 18.05.2006 r., IV CSK 8/05, LEX Nr 200925). W konsekwencji wydaje się więc, że strony zawierając umowę już w momencie, kiedy wszystkie równoległe ww. czynniki nie tylko wystąpiły, ale też spowodowały szereg następstw, we wszystkich sferach życia, to przy zachowaniu należytej staranności powinny przewidywać, że pojawiające się w kontekście epidemii zjawiska gospodarcze i społeczne mogą mieć wpływ na ich stosunek zobowiązaniowy, a więc nie będą mogły z klauzuli z art. 357(1) k.c. skorzystać, bowiem wiemy, że do ustabilizowania anormalnych warunków jeszcze nie doszło.

6. ZAKRES ZASTOSOWANIA KLAUZULI *REBUS SIC STANTIBUS*

Nie ulega wątpliwości, bo wynika to z literalnego brzmienia przepisu, jak również jest to powszechnie przyjęty w doktrynie pogląd, że w zakresie zastosowania art. 357(1) k.c. mieszczą się umowy rodzące zobowiązania, przy czym zgodzić należy się z poglądem prezentowanym przez A. Olejniczaka, że są to wszelkie umowy rodzące zobowiązania (Olejniczak 2018, 103). Przyjmując pogląd, zgodnie z którym klauzula ma zastosowanie względem wszelkich umów rodzących zobowiązania, nie można sformułować innego wniosku niż, że pod pojęciem „wszelkie” mieszczą się wszystkie umowy niezależnie od ich charakteru prawnego, rodzaju świadczenia czy miejsca lub formy ich zawarcia. Bez znaczenia pozostaje również to, czy umowa ma charakter umowy wzajemnej, odpłatnej lub nieodpłatnej, bądź czy przedmiotem świadczenia jest świadczenie pieniężne czy niepieniężne. Każda umowa, w przypadku której spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąco stratą, wchodzi w zakres zastosowania art. 357(1) k.c. Co więcej, nie ma również znaczenia, czy strona umowy jest przedsiębiorcą, czy też nie, choć już obecnie wskazuje się w doktrynie, z czym trudno się nie zgodzić, że szczególnie znaczenie w kontekście pandemii koronawirusa klauzula będzie miała dla przedsiębiorców, bowiem ich sytuacja może się znacząco poprawić na skutek rozwiązania czy modyfikacji pojedynczych umów (Strugała 2020).

Odmienne stanowisko, odnośnie zakresu zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus*, zgłosili B. Nowak-Górski, D. Mróz i K. Olszak. Wskazali oni, że klauzula nie może mieć zastosowania dla umów, których przedmiotem jest świadczenie pieniężne z uwagi na fakt, że w XXI wieku gospodarka rynkowa jest wysoce rozwinięta, a systemem finansowy jest dojrzały, więc spełnienie takiego świadczenia

nie może być uznane za nadmiernie utrudnione (Nowak-Górski, Mróz, Olszak 2020, 507). O ile nie sposób nie zgodzić się z tezą autorów, że gospodarka rynkowa jest obecnie wysoce rozwinięta, o tyle założenie, że łatwość, z jaką obecnie można dokonać czynności faktyczne, polegające wyłącznie na spełnieniu świadczenia pieniężnego z użyciem nowoczesnych technik i technologii, powoduje, że spełnienie takiego świadczenia nie może łączyć się z nadmierną trudnością dla dłużnika, jest błędne. Nadmierna trudność pojawia się wtedy, gdy spełnienie świadczenia przez dłużnika, mogłoby grozić mu niebezpieczeństwem utraty życia, uszczerbkiem zdrowia (Longchamps de Berier 1948, 417), a założenie, że łatwość, z jaką w dzisiejszych czasach można dokonywać operacji pieniężnych, implikuje samo przez się, że spełnienie takiego świadczenia pieniężnego nie może wiązać się z nadmierną trudnością po stronie dłużnika, wydaje się być spowodowane błędnym rozumieniem przesłanki nadmiernej trudności. Fakt, że sama czynność dokonania przelewu może być wykonana z łatwością, bowiem przyjąć można, że właściwie jedynym koniecznym do jej wykonania warunkiem jest posiadanie połączenia z Internetem na dowolnym urządzeniu tj. telefonie czy komputerze, nie powoduje, że zapłata określonej sumy, w szczególności dużej, nie może spowodować choćby popadnięcia w stan ubóstwa i w efekcie przyczynić się do powstania niebezpieczeństwa utraty życia przez dłużnika. Łatwość dokonania przelewu nie przekłada się przecież na łatwość zgromadzenia potrzebnych do jego wykonania środków pieniężnych na koncie bankowym, a przecież to właśnie dysponowanie środkami pieniężnymi ma znaczenie w kontekście przesłanek z art. 357(1) k.c. Co więcej, tak przyjęte rozumowanie spowodowałoby nadmierne zawężenie zastosowania klauzuli jedynie w odniesieniu do umów, których przedmiotem jest świadczenie niepieniężne. Ma to ogromne znaczenie również w związku z faktem, że obecnie wskazuje się, że jeden z największych kryzysów spowodowany pandemią koronawirusa może dotknąć rynek nieruchomości (Strugała 2020), natomiast umowy przedwstępne, deweloperskie czy umowy sprzedaży, nagminnie występujące w tej branży, a w których niewątpliwe strony na skutek pandemii koronawirusa będą dążyć do obniżenia cen, by odpowiadały cenom rynkowym, to umowy, w których przedmiotem świadczenia jednej ze stron jest właśnie świadczenie pieniężne i brak jest podstaw do tego by przyjąć, że strona takiej umowy nie może mieć nadmiernych trudności przy jej wykonaniu. Oczywiście, nie ogranicza się to wyłącznie do rynku nieruchomości, bowiem przy przyjęciu takiej tezy szereg umów bezpodstawnie zostałby wyłączony z zastosowania art. 357(1) k.c. Nie powinno więc nastąpić wykluczenie z zakresu zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus* umów, których przedmiotem jest świadczenie pieniężne, bowiem, pomimo że w XXI wieku ułatwione jest dokonanie samej czynności zapłaty określonej sumy, to wykonanie takiej umowy wciąż może stanowić nadmierną trudność dla dłużnika.

W kontekście pandemii koronawirusa rodzi się jeszcze jeden problem prawny, mianowicie relacja artykułu 357(1) k.c. do regulacji zawartych w tzw. tarczy

antykryzysowej. Nie budzi zastrzeżeń fakt, że wiele przepisów tego aktu prawnego wpływa na postanowienia zawarte w umowach nawiązanych przed wybuchem pandemii koronawirusa, modyfikując treść postanowień tych umów lub nawet zupełnie rozwiązując stosunki prawne powstałe na skutek zawarcia takiej umowy z mocy samego prawa (*ex lege*). Na skutek zastosowania przepisów wynikających z tzw. tarcz antykryzysowych będziemy mieć do czynienia z umowami pierwotnie w całości ukształtowanymi przez strony, które taką umowę zawierały, a następnie zmodyfikowanymi z mocy samego prawa i obowiązującymi w tym zmienionym (niezależnie od woli stron) kształcie. Nie ulega wątpliwości, że tego typu arbitralne modyfikacje umów są reakcją państwa na następstwa pandemii koronawirusa, a także próbą zachowania równowagi pomiędzy obciążeniami stron określonych umów. Zgodzić się przy tym należy z tezą R. Strugały, że rozwiązania przyjęte w tarczach antykryzysowych bez wątpienia są dużo skuteczniejsze od rozwiązania przewidzianego w art. 357(1) k.c. choćby z uwagi na to, że działają *ex lege*, bez potrzeby wytaczania powództwa o ukształtowanie. Pozwalają więc przy tym „ominać” długotrwały proces (Strugała 2020). Jednakże postawienie tezy, że przewidziana w tarczach antykryzysowych arbitralna modyfikacja umów doprowadzi w istocie do wprowadzenia równowagi i sprawiedliwości w każdym stosunku umownym, do którego zastosowanie mają przepisy tego aktu, jest nad wyraz optymistyczne. Zbyt daleko idące są twierdzenia, że na skutek tego typu modyfikacji spełnienie świadczenia przez stronę nie będzie połączone z nadmierną trudnością, bądź też nie będzie groziło którejkolwiek ze stron rażąca strata. W tej sytuacji to właśnie klauzula *rebus sic stantibus* jako „klapa bezpieczeństwa”, która może zostać wykorzystana w sytuacjach absolutnie wyjątkowych (Brzozowski 2020, 19) stanowić będzie rozwiązanie dla stron. Klauzula z art. 357(1) k.c. ma mieć przecież zastosowanie w sytuacjach wyjątkowych, normalnie niespotykanych (Merek 2020, 19). Wydaje się więc, że przyjęcie stanowiska, że rozwiązania przyjęte w tarczy antykryzysowej są alternatywą wobec art. 357(1) k.c., a w konsekwencji, jeżeli rozstrzygają o wpływie wybuchu pandemii COVID-19 na prawa i obowiązki stron umowy, wyłączają zastosowanie klauzuli *rebus sic stantibus* (Strugała 2020), wypacza sens istnienia tej klauzuli, jako że ma ona przede wszystkim zmierzać do dostosowania stosunków umownych do zmienionych okoliczności w sposób odpowiadający zasadom słuszności i powszechnemu poczuciu sprawiedliwości (Bieniak 2020, 77) względem konkretnej umowy oraz przy uwzględnieniu kontekstu indywidualnych uwarunkowań stron.

7. ZAGADNIENIA PROCESOWE

Nie ulega wątpliwości, że modyfikacja stosunku przy wykorzystaniu klauzuli *rebus sic stantibus* będzie wymagała ingerencji sądu. Nie jest możliwa zmiana bądź rozwiązanie umowy na podstawie oświadczenia woli jednej ze stron,

choćby w jej mniemaniu ziściły się wszystkie przesłanki przewidziane w art. 357(1) k.c. (Morek 2020, 34). Stosownie do treści art. 357(1) k.c., po rozważeniu interesów stron i zgodnie z zasadami współżycia społecznego, sąd może oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. W tym ostatnim przypadku ma także możliwość orzec o rozliczeniach stron, kierując się ich interesem oraz zasadami współżycia społecznego, natomiast wyrok orzekający zmianę sposobu wykonania zobowiązania, wysokości świadczenia lub rozwiązujący umowę ma charakter konstytutywny (Stec 2020, 191).

Zgodnie z powszechnie przyjętym w doktrynie, jak i aprobowanym w orzecznictwie poglądem, podstawą ingerencji sądu w stosunek umowny na podstawie art. 357(1) k.c. jest powództwo o ukształtowanie stosunku prawnego, przy czym żądanie to będzie obejmowało – według wyboru powoda – określone oznaczenie przez sąd sposobu wykonania zobowiązania (np. rozłożenie świadczenia na raty, zmianę terminu jego spełnienia), zmianę wysokości świadczenia (jego obniżenie bądź podwyższenie) lub orzeczenie o rozwiązaniu umowy przez sąd. W doktrynie wskazuje się również na możliwość zastosowania klauzuli z art. 357(1) k.c. po wytoczeniu powództwa wzajemnego (wyr. SN z 22.09.2011 r., V CSK 420/10, OSNC 2012/5/61, uchw. SN z 27.03.2001 r., III CZP 54/00, OSNC 2001/10/145). Jak jednak podkreśla SN, wykazanie istnienia tych przesłanek spoczywa na powodzie, który domaga się interwencji sądu polegającej na modyfikacji treści danego stosunku zobowiązaniowego (tak np. wyr. SN z 22.06.1998 r., I CKN 755/97, Lex Nr 1219554). Pogląd ten, mimo upływu lat, wciąż pozostaje aktualny (tak m.in. wyr. SA w Szczecinie z 25.04.2013 r., I ACa 83/13, Lex Nr 1378861). Należy przy tym zwrócić uwagę, że pozew o ukształtowanie stosunku prawnego opartego na nadzwyczajnej zmianie stosunków z art. 357(1) k.c. musi zostać wniesiony przed wygaśnięciem zobowiązania (tak m.in. wyr. SN z 21.07.2006 r., III CSK 119/05, LEX Nr 445269; wyr. SN z 9.04.2003 r., I CKN 255/01, Lex Nr 78890, czy wyr. SA w Katowicach z 25.11.2010 r., V ACa 409/10, OSP 2012, Nr 5, poz. 46).

Nie ulega jednak wątpliwości, że pandemia koronawirusa oddziałuje negatywnie na wiele sfer życia, przy czym nie ogranicza się to jedynie do stosunków gospodarczych czy społecznych, ale w dużej mierze również oddziałuje na polskie sądownictwo. Szereg rozpraw i posiedzeń jawnych w polskich sądach jest odwoływanych w drodze zarządzeń wydawanych przez Prezesów sądów (tak m.in. Zarządzenie Nr 90/2020 Prezesa Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi z 30 października 2020 r.). Odwoływanie rozpraw i posiedzeń jawnych, ograniczony dostęp do sądów osób trzecich, a w tym przecież powodów i pozwanych, braki kadrowe w sądach, kwarantanny sędziów oraz pracowników sądów powodują, że trzeba zaryzykować tezę, że postępowania sądowe, które już przed zdarzeniami związanymi z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2 miały charakter długotrwały, często trwające kilka lat, mogą ulec kolejnym przedłużeniom, a w konsekwencji ochrona przyznawana stronom w drodze art. 357(1) k.c.

może mieć charakter prowizoryczny, tym bardziej że klauzula ma zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy świadczenie stanowiące przedmiot umowy nie zostało jeszcze spełnione. Wydaje się więc, iż pomimo że SN wielokrotnie wypowiedział się przeciwko możliwości obrony przy powołaniu się na zarzut wywodzony z art. 357(1) k.c. (tak m.in. uchw. SN z 27.03.2001 r., III CZP 54/00, OSNC 2001, Nr 10, poz. 145), wyr. SN z 13.01.2000 r., II CKN 644/98, MoP 2000, Nr 12, poz. 791), wskazując że „żądanie dostosowania umowy do zmienionych okoliczności może być realizowane jedynie przez wytoczenie powództwa lub powództwa wzajemnego, nie zaś w drodze zarzutu procesowego” (wyr. z 22.06.2018 r., II CSK 539/17, OSNC – Zb. dodatkowy 2019, Nr C, poz. 37, 33), a także, że to charakter regulacji zawartej w art. 357(1) k.c., umożliwiającej domaganie się wydania orzeczenia o określonej treści, mającego postać konstytutywnego rozstrzygnięcia sądu powoduje, niemożność domagania się zastosowania go w formie zarzutu (wyr. z 21.06.2001 r., IV CKN 385/00, LEX Nr 52481), zauważyć jednak należy, że dopuszczenie formułowania zarzutu procesowego przez pozwanego na gruncie art. 357(1) k.c. byłoby pewnym rozwiązaniem niespotykanych jak dotąd, a wywołanych pandemią koronawirusa, problemów Polskich sądów. Taki pogląd nie jest zresztą żadnym *novum*, bowiem przedstawił go już M. Waligórski, według którego na tle art. 269 k.z. nie doznaje wyjątków zasada, zgodnie z którą pozwany może wystąpić w procesie z powództwem, jak i zgłosić zarzut (Waligórski 1947, 116). Również W. Robaczyński, wskazuje, że na gruncie art. 357(1) k.c. nie ma podstaw do tego, aby wyłączyć możliwość powołania się na nadzwyczajną zmianę stosunków w formie zarzutu zgłoszonego przez pozwanego, bowiem ustawodawca nie wprowadził w tym zakresie żadnego ograniczenia (Robaczyński 1998, 70). Przy braku literalnie wyrażonego ograniczenia nie ma też podstaw do tego, aby takie ograniczenie wprowadzić w drodze wykładni przepisu 357(1) k.c. Na dopuszczalność zgłoszenia zarzutu zmierzającego do ukształtowania przez sąd stosunku zobowiązaniowego przez oznaczenie sposobu wykonania zobowiązania lub określenie wysokości dochodzonego świadczenia w zarzutach od nakazu zapłaty wskazuje się również w judykaturze (tak np. wyr. SA w Warszawie z 12.12.2016 r., I ACa 1098/15, Legalis Nr 1564212), z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie wynika, że stanowisko, że żądanie zastosowania art. 357(1) k.c. powinno nastąpić w pozwie lub pozwie wzajemnym musi być *ad casu* łagodzone. W przytoczonym wyroku sąd dopuszcza co prawda możliwość formułowania zarzutu na gruncie art. 357(1) k.c., ale wyłącznie wtedy, gdy zarzut zmierza do ukształtowania stosunku zobowiązaniowego przez oznaczenie sposobu wykonania zobowiązania lub określenie wysokości dochodzonego świadczenia lub gdy powództwo wzajemne jest niedopuszczalne, a żądanie pozwu dotyczy całej kwoty z danego stosunku prawnego (wyr. SA w Warszawie z 12.12.2016 r., I ACa 1098/15, Legalis Nr 1564212). Autorzy wskazujący na możliwość formułowania zarzutu na podstawie art. 357(1) k.c. jednogłośnie wskazują, że za dopuszczalnością korzystania z art. 357(1) k.c. poprzez podniesienie zarzutu zdecydowanie

przemawia ekonomika procesowa (Ostrowski 1998, 70) i wydaje się, że właśnie ten argument, w kontekście braku normatywnych przeszkód, ma tak fundamentalne znaczenie w obliczu sytuacji, z jaką przyjdzie się sądom mierzyć w związku z przewlekłością i opieszałością postępowań, które nie mogą odbywać się terminowo ze względu na pandemię koronawirusa. Słusznie również K. Kurosz i W. Matysiak wskazują, że skutecznym sposobem na łagodzenie mankamentów klauzuli *rebus sic stantibus* jest skorzystanie przez powoda z konstrukcji zabezpieczenia powództwa uregulowanej w treści art. 730 i n. k.p.c., bowiem na tej podstawie może on zwrócić się do sądu o udzielenie tymczasowej ochrony na czas procesu poprzez unormowanie praw i obowiązków stron (Kurosz, Matysiak 2020).

8. PODSUMOWANIE

Po analizie art. 357(1) k.c. uznać należy, że co do zasady dopuszczalne będzie zastosowanie konstrukcji klauzuli *rebus sic stantibus* do modyfikacji zobowiązań umownych w kontekście mającej miejsce pandemii wirusa SARS-CoV-2. Instytucja ta nie jest jednak efektywnym narzędziem ochrony stron stosunku prawnego, bo choć zastosowanie konstrukcji z art. 357(1) k.c. niewątpliwie mogłoby doprowadzić do oznaczenia na nowo sposobu wykonania zobowiązania czy nawet do rozwiązania umowy, to należy zwrócić uwagę, że w kontekście problemów, z jakimi mierzy się obecnie polskie sądownictwo, a przede wszystkim w związku z dużymi ograniczeniami pracy sądów, strony w praktyce będą miały ogromne problemy z realizacją tego środka ochrony, a przecież skutki pandemii, choć w różnym stopniu, dotyczą wszystkich uczestników obrotu gospodarczego. Niewątpliwie jednym z możliwych rozwiązań, pozwalających na bardziej efektywne działanie klauzuli *rebus sic stantibus*, byłoby dopuszczenie możliwości formułowania przez strony zarzutu procesowego na podstawie art. 357(1) k.c. w trakcie procesu. Jest to jednak pogląd odosobniony w doktrynie, prezentowany przez niewielu jej przedstawicieli, ponadto nie wpisujący się w dominującą linię orzeczniczą. Trwający stan epidemii obrazuje, że regulacja przewidziana w art. 357(1) k.c. jest nieefektywna i nie zapewnia uczestnikom obrotu wystarczającej ochrony ich interesów.

BIBLIOGRAFIA

- Bieniak, Michał. 2020. *Nadzwyczajna zmiana stosunków i jej wpływ na zobowiązania (klauzula rebus sic stantibus). Komentarz praktyczny z orzecnictwem*. Red. Jerzy Bieluk. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck
- Brzozowski, Adam. 2020. *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1–449(10)*. Red. Krzysztof Pietrzykowski. Warszawa: C.H. Beck.

- Kurosz, Krzysztof. Wiktor Matysiak. 2020. „Klauzula *rebus sic stantibus* w czasie pandemii”. *Przegląd Prawa Handlowego* 6: 30–35.
- Longchamps de Berier, Roman. Red. 1948. *Zobowiązania*. Lwów: Księgarnia Wydawnicza Gubrynowicz i Syn.
- Malarewicz, Agnieszka. 2005. „Wpływ zmiany stosunków na wykonanie zobowiązań – cz. I”. *Monitor Prawniczy* 11: 539–545.
- Morek, Rafał. 2020. *Kodeks cywilny. Komentarz*. Tom III A. Red. Konrad Osajda. Warszawa: C.H. Beck.
- Nowak-Górski, Bartłomiej. Dominika Mróz. Krzysztof Olszak. 2020. „Stosowanie klauzuli *rebus sic stantibus* w dobie epidemii wirusa SARS-CoV-2”. *Monitor Prawniczy* 10: 507–514.
- Olejniczak, Adam. Red. 2018. *Prawo zobowiązań – część ogólna. System Prawa Prywatnego*. Tom VI. Warszawa: C.H. Beck.
- Ostrowski, Lucjan. 1998. „Klauzula *rebus sic stantibus* w świetle procedury cywilnej”. *Palestra* 7–8: 70–73.
- Robaczyński, Wojciech. Red. 1998. *Sądowa zmiana umowy*. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC.
- Stec, Mirosław. Red. 2020. *Prawo umów handlowych. System prawa handlowego*. Tom Va. Warszawa: C.H. Beck.
- Strugała, Rafał. 2020. „Wpływ pandemii COVID-19 na wykonywanie umów w świetle art. 357¹ KC”. *Monitor Prawniczy* 11: 560–566.
- Waligórski, Michał. 1947. „Odpowiedź na pytanie prawne”. *Państwo i Prawo* 5–6: 116.
- Wiśniewski, Tadeusz. 2018. *Kodeks cywilny. Komentarz*. Tom 3. *Zobowiązania. Część ogólna*. Red. Jacek Gudowski. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Akty prawne

- Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny – Dz.U.2020.1740 t.j. z 8.10.2020 r.
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 27.10.1933 r. – Kodeks zobowiązań – tj. Dz.U. Nr 82, poz. 598.

Orzecznictwo

- Wyrok SN z 22.06.1998 r., I CKN 755/97, Legalis.
- Wyrok SN z 13.01.2000 r., II CKN 644/98, MoP 2000, Nr 12, poz. 791.
- Wyrok SN z 21.06.2001 r., IV CKN 385/00, LEX Nr 52481.
- Wyrok SN z 9.04.2003 r., I CKN 255/01, LEX Nr 78890.
- Wyrok SN z 18.05.2006 r. IV CSK 8/05, LEX Nr 200925.
- Wyrok SN z 21.07.2006 r., III CSK 119/05, LEX Nr 445269.
- Wyrok SN z 16.05.2007 r., III CSK 452/06, LEX Nr 334987.
- Wyrok SN z 22.09.2011 r., V CSK 420/10, OSNC 2012/5/61.
- Wyrok SN z 19.11.2014 r., II CSK 191/14, LEX Nr 1628911.
- Wyrok SA w Katowicach z 25.11.2010 r., V ACa 409/10, OSP 2012, Nr 5, poz. 46.
- Wyrok SA w Szczecinie z 25.04.2013 r., I ACa 83/13, Legalis.
- Wyrok SA w Warszawie z 12.12.2016 r., I ACa 1098/15, Legalis Nr 1564212.
- Wyrok z 22.06.2018 r., II CSK 539/17, OSNC – Zb. dodatkowy 2019, Nr C, poz. 37, 33.
- Uchwała SN z 27.03.2001 r., III CZP 54/00, OSNC 2001, Nr 10, poz. 145.

*Jędrzej Janicki** <https://orcid.org/0000-0001-5481-0074>

O PEWNYCH PODOBIENSTWACH I ZASADNICZEJ RÓŻNICY W INTERPRETOWANIU TEKSTÓW PRAWNYCH ORAZ LITERACKICH

Streszczenie. Celem artykułu jest ukazanie, że na pewnym poziomie interpretacyjnym zarówno teksty prawne, jak i teksty literackie mają charakter niesamoistny – dla potrzeb tego rodzaju zbliżenia perspektywy analizy tekstów prawnych i literackich wykorzystuję odpowiednio elementy teorii derywacyjnej dla tekstów prawnych oraz elementy teorii Susan Sontag oraz Erica Donalda Hirscha dla tekstów literackich. Przypisanie cechy niesamoistości znaczenia tekstom prawnym oraz literackim wymusza przyjrzenie się możliwym „pozatekstowym źródłom”, pozwalającym na zrekonstruowanie znaczenia tych dwóch rodzajów tekstów. Nie może umknąć jednak uwadze zasadnicza rozbieżność warunkująca możliwości w interpretowaniu tekstów prawnych oraz literackich – interpretacja tekstów prawnych ma na celu ujednocianie ich znaczeń, a interpretacja tekstów literackich (zwłaszcza w duchu „anarchizmu interpretacyjnego”) może mieć na celu mnożenie wyinterpretowanych znaczeń.

Słowa kluczowe: niesamoistość tekstu, teoria derywacyjna, poziomy lokalizacji znaczenia tekstu, ujednocianie znaczenia tekstu.

ON CERTAIN SIMILARITIES AND A FUNDAMENTAL DIFFERENCE IN THE INTERPRETATION OF LEGAL AND LITERARY TEXTS

Abstract. The aim of the article is to show that at a certain level of interpretation, both legal texts and literary texts are non-intrinsic – for the purposes of this kind of approximation of the perspective of the analysis of legal and literary texts, I use respectively elements of derivative theory for legal texts and elements of the theory of Susan Sontag and Eric Donald Hirsch for literary texts. Ascribing the feature of non-intrinsicality to legal and literary texts forces one to look at possible “extra-textual sources” allowing for the reconstruction of the meaning of these two types of texts. However, the fundamental difference that determines the possibilities of interpreting legal and literary texts must not be overlooked – the interpretation of legal texts is aimed at unifying their meanings, and the interpretation of literary texts (especially in the spirit of “interpretive anarchism”) may be aimed at multiplying the interpreted meanings.

Keywords: non-intrinsicality of texts, derivative theory, levels of location of meaning, unifying of meaning of texts.

* Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Teorii i Filozofii Prawa, jedrzej.janicki@edu.uni.lodz.pl

1. WPROWADZENIE

Nawet najbardziej podstawowe intuicje wskazują, że interpretacja tekstu prawnego musi być odmienna od interpretacji tekstu literackiego. Jak się wydaje, intuicji tej odpowiada stwierdzenie Gustava Radbrucha, który zauważa, że w „miarę wyłaniania się poszczególnych obszarów kultury prawo i sztuka oddalały się jednak od siebie, by na ostatek popaść we wzajemną wrogość” (Radbruch 2009, 116–117). W artykule tym postaram się wskazać jednak, że tak jednowymiarowe podejście, które prezentuje cytowana wypowiedź Radbrucha w kontekście analizy tekstu prawnego i tekstu literackiego jest nieuprawnione. W artykule tym skupię się w pierwszej jego części na podobieństwach między tymi dwoma rodzajami tekstów: 1) cesze niesamoistności tekstu, którą na pewnym poziomie interpretacyjnym przypisać można zarówno tekstom prawnym, jak i literackim; 2) granicach swobody interpretacyjnej (choć są one zgoła różnie ukształtowane dla interpretacji tekstów prawnych i literackich, to jednak dla obu tych rodzajów tekstów pewne granice można wskazać). Zasadniczą różnicą pomiędzy interpretacją tych dwóch rodzajów tekstu, którą opisuję w dalszej części artykułu, jest ogólny cel, jaki przyświeca interpretacji tekstów prawnych oraz literackich – w pierwszym przypadku jest to „zacieranie” różnic w możliwych znaczeniach danego tekstu, a w drugim „mnożenie” tych różnic.

2. NIESAMOISTNOŚĆ TEKSTÓW PRAWNYCH I TEKSTÓW LITERACKICH

To, co uznaję za podobieństwo tekstów prawnych i literackich, wydać się może na pierwszy rzut oka ich różnicą – teksty prawne mają charakter niesamoistny, natomiast teksty literackie mają charakter samoistny. Pewną wskazówkę, w jaki sposób rozumieć należy samoistność i niesamoistność, daje Roman Ingarden – samoistność ujmuje on następująco: „coś istnieje samoistnie [...] jeżeli ma samo w sobie swój fundament bytowy. Ma zaś w sobie taki fundament, jeżeli samo w sobie jest immanentnie określone” (Ingarden 1960, 92). *A contrario* więc Ingarden stwierdza, że „Coś istnieje niesamoistnie [...], jeżeli swój fundament bytowy ma nie w sobie samym, lecz w czymś innym” (Ingarden 1960, 94). Na potrzeby niniejszego artykułu jako samoistność tekstu rozumiem możliwość zrekonstruowania jego znaczenia (zinterpretowania go) wyłącznie na podstawie samego tego tekstu, natomiast niesamoistność tekstu oznacza konieczność odwołania się również do kryteriów pozatekstowych w celu interpretacji tego tekstu. Tak naprawdę chodzi więc o samoistność i niesamoistność *znaczenia* tekstu. Przypisanie tekstom prawnym cechy niesamoistności oraz tekstom literackim samoistności wymaga jednak pewnego uzasadnienia.

Tekst prawny nazwać można niesamoistnym przy przyjęciu kluczowego założenia koncepcji derywacyjnej¹ – mianowicie przy założeniu rozróżnienia przepisu prawnego od normy prawnej². Tekst prawny ma więc charakter dwupoziomowy – na gruncie koncepcji derywacyjnej mówić można o poziomie przepisów prawnych i poziomie norm prawnych. Jak wskazuje Agnieszka Choduń, oba te poziomy

różnią się między sobą nie tylko tym, że są to wypowiedzi o różnym statusie semiotycznym, ale przede wszystkim tym, że wypowiedzi deskryptywne odczytane na poziomie deskryptywnym (poziom przepisów – J. J.) oraz wypowiedzi deskryptywne odczytane na poziomie normatywnym (poziom norm – J. J.) mają różną treść (Choduń 2016, 58).

Jeden przepis prawny zawierać może w sobie wszystkie elementy normy prawnej, niektóre jej elementy (tzw. rozczłonkowanie syntaktyczne) oraz elementy więcej niż jednej normy prawnej (tzw. kondensacja norm w przepisach). Stwierdzić więc można, że „akty normatywne i przepisy prawne nie są prawem; prawo jest odtwarzane z przepisów w procesie wykładni” (Czepita, Wronkowska, Zieliński 2013, 10). Przepisy prawne są więc jedynie „półfabrykatami prawa”. Jak słusznie zauważają Paweł Jabłoński i Przemysław Kaczmarek,

sposób dalszego opracowywania tego *półfabrykatu*, a więc ustalanie jakie dokładnie przepisy i w jakim brzmieniu trzeba wziąć pod uwagę [faza porządkująca], jakie wyrażenie normokształtne należy z nich odtworzyć [faza rekonstrukcyjna] i wreszcie jakie normy wyklarować z tych ostatnich [faza percepcyjna] – wszystko to rozgrywa się **poza** (pogrubienie – J. J.) tekstem prawnym, choć w ścisłym z nim związku (Jabłoński, Kaczmarek 2020, 55).

Niesamoistność tekstu prawnego (szczególnie wyraźnie widoczna na gruncie teorii derywacyjnej) polega więc na tym, że dla jego odczytania (poznania) konieczna jest jego interpretacja – polegająca w tym wypadku na przejściu z „poziomu przepisów” na „poziom norm”. Zachodzi konieczność „intelektualnego obrobienia” tekstu prawnego – bez tego aspektu pozostaje on bezużyteczny na etapie stosowania prawa. Chodzi więc o *poznanie* zawartości normatywnej tego tekstu, a nie wyłącznie jego *percypowanie*³. Choć nie będzie to stanowiło punktu dal-

¹ Choć, jak wskazuje Maciej Zieliński, „pierwszym z tych fundamentalnych elementów *derywacyjnych* nie jest, jak się powszechnie sądzi, rozróżnienie pojęciowe między *normą prawną* a *przepisem* prawnym, lecz metodologiczne założenie dotyczące kryterium źródeł ukształtowania adekwatnej koncepcji wykładni” (Zieliński 2006, 95). Owo założenie metodologiczne przyjmowane na gruncie koncepcji derywacyjnej polega na tym, „[...] że zasady postępowania interpretacyjnego wyznaczane są nie przez czyjekolwiek zachowania się interpretacyjne (tak jak ma to miejsce w teorii semantycznej intencjonalnej Jerzego Wróblewskiego – J. J.), lecz przez rzeczywiste cechy tekstów prawnych, które odpowiednio rozpoznane narzucają taki, a nie inny sposób postępowania interpretacyjnego” (Zieliński 2006, 95).

² Pojęciowe rozróżnienie „przepisu prawa” od „normy prawnej” wprowadził w 1960 roku Zygmunt Ziemiński (Ziemiński 1960, 105–122).

³ Poprzez „percypowanie” i „percepcję” tekstu rozumiem jego bezpośredni, niezapśredniony intelektualnie odbiór tekstu – rozumienia tego nie należy mylić z „fazą percepcyjną”, która stanowi finalny etap procesu wykładni podług modelu teorii derywacyjnej.

szych rozważań, to w tym miejscu wskazać można, że wspomniana zawartość normatywna jest aspektem, który rozróżnia teksty prawne i teksty literackie – cecha ta immanentnie związana jest z tekstami prawnymi, natomiast, co oczywiste, teksty literackie zawartością normatywną nie muszą się charakteryzować⁴. Odczytanie tekstu prawnego wyłącznie przez pryzmat jego percypowania (czyli jako tekstu samoistnego) wydaje się, że nie niesie w sobie ani żadnej korzyści dla dyskursu prawnego, ani nie wywołuje sądu o charakterze estetycznym⁵.

Zgoła odmienną perspektywę zbudować można dla potrzeb poczynienia uwag dotyczących tekstu literackiego. Jak pisze Wiktor Szklowski, „celem obrazu nie jest ułatwienie nam zrozumienia przedmiotu, lecz wywołanie specyficznego sposobu percepcji tego przedmiotu, stworzenie jego *widzenia*, a nie *poznawania*” (Szklowski 2006, 105). Choć Szklowski w przytoczonym fragmencie pisze o „celu obrazu”, to uwag jego nie należy ograniczać do sztuk wizualnych, gdyż według Szklowskiego tekst literacki wywołuje w świadomości odbiorcy obrazy, co powoduje, że jego uwagi zachowują prawomocność również właśnie w kontekście tekstów literackich (sam zresztą w przytaczanym tekście powołuje jako przykład takiego ujmowania sztuki prozę Lwa Tołstoja). W najogólniejszym więc rysie myśl Szklowskiego opiera się na uwypukleniu i podkreśleniu doniosłości samego aktu percypowania sztuki, a nie jej rozumienia czy poznawania. Bardzo podobnym tropem podąża Susan Sontag, gdy w charakterystyczny dla siebie sposób stwierdza, że „nie potrzebujemy hermeneutyki sztuki, ale erotyki sztuki” (Sontag 2012b, 26). Hermeneutyka w tym kontekście utożsamiana może być z interpretacją, a erotyka z bezpośrednim odbiorem sztuki. Jeszcze inaczej mówiąc, hermeneutyka to poznanie dzieła, a erotyka to jego percypowanie. Sam proces interpretacji dzieła podyktowany jest koniecznością podkreślania treści dzieła sztuki, co powoduje, że dzieło sztuki po procesie interpretacji w odbiorze utożsamiane jest właśnie z treścią – wszak interpretuje się wyłącznie treść, a nie formę⁶. Konieczność dowartościowania bezpośredniego percypowania dzieła sztuki (także literackiego), a nie jego poznawania, wskazywałaby na to, że tekst literacki ma charakter samoistny, co w tym wypadku oznacza, że w procesie jego odbioru nie ma potrzeby odwoływania się do jakichkolwiek elementów pochodzących spoza samego tekstu.

Tak zarysowany model postrzegania dzieł literackich (dzieł sztuki) stoi w sprzeczności z przytoczonymi ustaleniami dotyczącymi tekstu prawnego. Moim

⁴ Choć należy również pamiętać, że wskazać można w historii literatury teksty literackie, które mogły nieść w sobie jakiś rodzaj *implicite* zawartej doniosłości normatywnej – przykładem chociażby powieść *Dżuma* Alberta Camusa, którą odczytywać można jako dyrektywę wskazującą wzór powinnego zachowania w sytuacji ogólnego zagrożenia danej społeczności.

⁵ Choć Anne Teissier-Ensminger w książce *La fortune esthétique du Code civil des Français* (2004) traktuje Kodeks Napoleona jako artefakt estetyczny, któremu przysługuje atrybut piękna i który rozpatrywany może być jako bodziec wywołujący sąd estetyczny.

⁶ Co stoi w sprzeczności z postulowanym przez Sontag ujęciem kategorii stylu, podług którego to ujęcia styl jest nierozdzielalnym złożeniem formy i treści (zob. Sontag 2012a, 27–56).

zdaniem, te dwie zgoła odmienne perspektywy nie stanowią barier nieprzekraczalnych. By jednak wskazać na możliwą płaszczyznę porozumienia między interpretacją tekstu prawnego a tekstu literackiego podkreślić trzeba, że nawet krytycznie nastawiona do interpretacji (rozumienia) Sontag wskazuje, że „interpretacja traktuje zmysłowe doświadczenie dzieła jako coś oczywistego, punkt wyjścia do dalszych działań. Dziś oczywistość ta zanika” (Sontag 2012b, 25). Z przytoczonego fragmentu wynika, że Sontag występuje przeciw „zanikającej obecnie konieczności zmysłowego doświadczania dzieła”, a nie przeciw interpretacji w ogólności. Myśl Sontag odczytywać więc trzeba raczej jako postulat dowartościowania bezpośredniego odbioru, a nie jako swoisty zakaz interpretacji. Przyjąć więc można, że już po etapie percypowania dzieła nastąpić może jego dalsza analiza. Tak jak na poziomie samego percypowania dzieła literackiego stwierdzić można, że tekst tego dzieła jest samoistny, tak przy jego późniejszej interpretacji staje się niesamoistny – a tym samym zbliża się do tekstu prawnego. Powyższe uwagi wskazywałyby na możliwość ujęcia tekstu literackiego jako tekstu o charakterze samoistnym. Ta perspektywa nie odnosi się jednak do interpretacji tekstu, a wyłącznie jego stricte „estetycznego” percypowania. W gruncie rzeczy na poziomie percypowania tekstu literackiego samo rozpatrywanie go jako niesamoistnego jest bezzasadne – wszak ewentualna niesamoistność istotna jest dopiero na poziomie znaczenia tekstu. Znaczenie tekstu za to dla samego percypowania dzieła pozostaje nieistotne.

Prawomocne przejście z poziomu Sontagowskiego percypowania dzieła sztuki na poziom jego rozumienia zapewnia model interpretacji obiektywnej autorstwa Erica Donalda Hirscha. Koncepcję tego amerykańskiego teoretyka literatury uznać można za model dopełniający rozważania Sontag. Najogólniej rzecz ujmując – można przyjąć, że interpretacja obiektywna (która nakierowana jest na zrozumienie dzieła literackiego) pojawić się może dopiero po odbiorze dzieła poprzez jego zmysłowe doświadczenie. W tym wypadku poznanie chronologicznie poprzedzone musi być doświadczeniem danego obiektu (w tym wypadku dzieła literackiego). Zmysłowe doświadczenie i poznanie nie „znoszą się” wzajemnie, o ile nie unieważniamy pierwszego aspektu na rzecz drugiego. Wydaje się, że możliwe jest poprzestanie wyłącznie na zmysłowym doświadczeniu danego dzieła bez przeprowadzania jego interpretacji (poznawania) – przy należytych dowartościowaniu tego zmysłowego doświadczenia nic nie stoi jednak na przeszkodzie, aby interpretację również przeprowadzić (choć wydaje się, że nie jest to konieczne dla „estetycznego” obcowania z dziełem). Przypisując więc tekstowi literackiemu cechę samoistności/niesamoistności należy rozpatrzyć, na którym etapie odbioru dzieła się znajdujemy – jeśli na etapie jego zmysłowego doświadczenia, to tekst jest samoistny, natomiast jeśli na etapie jego poznania, to tekst jest niesamoistny.

Model interpretacji obiektywnej Hirscha zakłada, że poznanie dzieła literackiego składa się z dwóch etapów – „rozumienia” oraz „krytyki”. Hirsch wskazuje na to, że „rozumienie [...] jest zarówno logicznie jak i psychologicznie

wcześniejsze od tego, co powszechnie nazywamy krytyką” (Hirsch 1977, 289). Warunkiem koniecznym do dokonania krytyki danego dzieła sztuki jest jego zrozumienie – chociażby na najbardziej podstawowym poziomie. To rozróżnienie prowadzi do kluczowej dla myśli Hirscha dychotomii celów związanych z pracą nad tekstem literackim:

1) *Meaning* – opis immanentnego (niezmiennego) znaczenia utworu.

2) *Significance* – wartościowanie i ukazywanie kontekstowości dzieła oraz budowanie jego właściwej interpretacji.

Dla Hirscha bardzo ważne jest ściśle rozgraniczenie tych dwóch celów badawczych, gdyż ewentualne częste nieporozumienia spowodowane są właśnie budowaniem „otwartych” interpretacji przez odbiorcę tekstu jeszcze na poziomie *meaning*, czyli na poziomie uchwytowania immanentnego, zamierzonego przez twórcę, znaczenia utworu. Hirsch zakłada istnienie autorskiego znaczenia tekstu, które jest „niezmiennie i odtwarzalne” (Hirsch 1977, 296), które to właśnie znaczenie badacz ma uchwycić. Celem badacza na etapie *meaning* jest więc tak naprawdę uzyskanie obiektywnej wiedzy (*knowledge*) o danym utworze. Na etapie *meaning* tekst literacki pozostaje jednak nadal samoistny – dla zrekonstruowania owego *meaning* utworu nie ma wszak potrzeby odwoływania się do jakichkolwiek aspektów znajdujących się „poza” samym tekstem. Poziom *significance* jest już za to wartościowaniem dzieła, ukazaniem jego relacyjności i potencjalnej wieloznaczności w zależności od kontekstu, w jakim dzieło to zostanie odczytane. Ten poziom analizy jest jednak uzależniony z jednej strony od wcześniejszych ustaleń co do znaczenia tekstu (z poziomu *meaning*), a z drugiej od „ukontekstowania” danego tekstu, czyli osadzenia go w sieci kulturowych powiązań (z poziomu *significance*). Na poziomie *significance* tekst literacki nie jest już samoistny, gdyż dla jego interpretacji niezbędne jest odwołanie się do aspektów znajdujących się „poza” samym tekstem.

Podsumowując powyższe rozważania dotyczące samoistości tekstu literackiego stwierdzić można, że aby określić samoistość/niesamoistość tekstu należy w pierwszej kolejności podzielić odbiór dzieła na trzy etapy: 1) etap percypowania (zaczerpnięty z koncepcji Sontag); 2) etap rekonstrukcji *meaning* (zaczerpnięty z koncepcji Hirscha) oraz 3) etap rekonstrukcji *significance* (również zaczerpnięty z koncepcji Hirscha). Dla dwóch pierwszych etapów tekst literacki pozostaje samoistny, natomiast dla przeprowadzenia trzeciego wymienionego etapu uznać należy, że tekst literacki jest niesamoistny.

Powyżej poczynione uwagi wskazują na pewne zasadnicze różnice, lecz również na pewne zasadnicze podobieństwa w ujmowaniu tekstu prawnego i tekstu literackiego. Przede wszystkim w przypadku tekstu prawnego jako nieistotną pominać można fazę percypowania tekstu, która w odbiorze dzieła sztuki na mocy rozważań Sontag odgrywa tak zasadniczą rolę. Pomiędzy derywacyjną teorią dotyczącą tekstu prawnego a interpretacją obiektywną tekstu literackiego zachodzą jednak podobieństwa. Przede wszystkim oba te modele tak naprawdę przyjmują

dwupoziomowość analizy tekstu. Być może etap *meaning* rozpatrywać można jako odległy analogon poziomu przepisów prawnych, a etap *significance* jako odpowiednik poziomu norm prawnych, jednak istotniejsze według mnie jest to, że tekst literacki na etapie *significance* interpretacji obiektywnej oraz tekst prawny podług teorii derywacyjnej mają charakter niesamoistny. Przypisanie tej cechy obu rodzajom analizowanych tekstów uprawomocnia pytanie o poziom lokalizacji znaczenia tekstu prawnego i tekstu literackiego – skoro teksty są znaczeniowo niesamoistne, to oznacza to, że to znaczenie z jakichś „źródeł” musi być uzyskiwane.

3. GRANICE SWOBODY INTERPRETACYJNEJ TEKSTU PRAWNEGO ORAZ TEKSTU LITERACKIEGO

Na podstawie tego, że tekst prawny ma charakter niesamoistny wywodzić można, iż prawnicy na poziomie stosowania prawa nie są związani wyłącznie tekstem prawnym. Jabłoński i Kaczmarek⁷ (2017, 15–22), rekonstruując granice władzy prawniczej, wskazują na następujący jej układ: 1) kultura polityczno-prawna; 2) tekst prawny; 3) kultura prawnicza oraz 4) indywidualne wyczucie aksjologiczne. Autorzy, za Markiem Smolakiem (Smolak 2003, 32–33), przez kulturę polityczno-prawną rozumieją „funkcjonującą w danym społeczeństwie moralność polityczną, dostarczającą podstawowego kośca aksjologicznego” (Jabłoński, Kaczmarek 2017, 15). Przykładem elementu współtworzącego kulturę polityczno-prawną może być poszanowanie dla godności ludzkiej. Przez tekst prawny autorzy, wzorem Zielińskiego (np. Zieliński 2017), rozumieją zbiór wszystkich przepisów prawnych obowiązujących w danym miejscu i w danym czasie. Kultura prawnicza to według autorów „wypracowany przez pokolenia jurystów i związany ze społecznym podziałem pracy, zespół wiedzy i umiejętności niezbędnych do poprawnego stosowania prawa” (Jabłoński, Kaczmarek 2017, 15–16). Czwartą grupę stanowią czynniki podmiotowe, które mają charakter indywidualizujący i łączą się ocenami etycznie wartościującymi wydawanymi przez poszczególnych prawników (Jabłoński, Kaczmarek 2017, 16). Na etapie stosowania prawa prawnik związany jest więc również elementami pochodzącymi spoza samego tekstu prawnego. Gdyby tekst prawny był samoistny, to nie byłoby potrzeby poszukiwania elementów „pozatekstowych” dla jego właściwego zastosowania – jego znaczenie lokalizowane jest więc zarówno w nim samym, jak i poza nim. Z drugiej jednak strony dowolność interpretatora w poszukiwaniu znaczenia tekstu prawnego jest

⁷ Autorzy w swoich rozważaniach uwzględniają ujęcie władzy w jej dwóch aspektach – normatywnym oraz realnym. Rozróżnienie to autorzy przyjmują za Krzysztofem Pąckim (Pącki 1988, 129). W ujęciu normatywnym o władzy mówić można, gdy możliwe jest wskazanie normy wyposażającej daną grupę osób w kompetencje do podejmowania określonego rodzaju decyzji. W aspekcie realnym za to władza to rzeczywisty zespół działań podejmowanych przez konkretne osoby.

ograniczona do wspomnianych powyżej czterech aspektów. Nie należy jednak zapominać, że nawet na gruncie przytoczonych uwag Jabłońskiego i Kaczmaraka jednym z zasadniczych elementów ograniczających władzę prawniczą jest sam tekst prawny. Pozostając na gruncie derywacyjnej teorii wykładni wskazać można na tzw. granice wykładni prawa, związane z interpretacją samego tekstu prawnego. Choć pojęcie granic wykładni prawa może być rozmaicie rozumiane⁸, to jednak na gruncie derywacyjnej teorii wykładni odwołać się należy do granic wykładni o charakterze zakresowym. Jak piszą Choduń i Zieliński, tak nazwane granice wykładni polegają na tym, że

[...] znaczenia ustalone w oparciu o językowe dyrektywy wykładni stanowią łącznie, na zasadzie sumy logicznej, zbiór tych *możliwych* znaczeń, z których, przy pomocy dyrektyw interpretacyjnych pozajęzykowych [...] zostanie dokonany wybór tego jednego jedyne go znaczenia, które będzie efektem całego procesu wykładni (Choduń, Zieliński 2009, 91).

Dyrektywy językowe wyznaczają więc zakres potencjalnych znaczeń, w ramach którego interpretator, dzięki zastosowaniu dyrektyw pozajęzykowych, wybrać może to jedno, właściwe w danym przypadku znaczenie.

Pokrótkie omówione granice władzy prawniczej rozumieć można jako wskazanie „źródeł”, na podstawie których możliwa jest rekonstrukcja znaczenia tekstu prawnego, przeprowadzana na etapie stosowania prawa. Wydaje się, że można również wskazywać „granice władzy interpretatora tekstu literackiego” – tożsame byłoby to ze wskazywaniem „źródeł”, na podstawie których możliwe jest uzyskiwanie znaczenia tego rodzaju tekstu (czyli poziomu *significance*). Anarchizm interpretacyjny (tekstów literackich) ma jednak również swoje granice – jak pisze Andrzej Szahaj, „[...] gra ze znaczeniem ma swoje granice, które można uchwycić, jeśli rozpozna się zestawy kulturowych przedrozumień [przesądzeń] sterujących różnymi interpretacjami” (Szahaj 1997, 26). Nie można więc mówić o jednej poprawnej interpretacji, lecz raczej o całej grupie możliwych interpretacji tekstu, które w zależności od tego, w otoczeniu jakich „kulturowych przedrozumień” się znajdują, uznane mogą zostać za przekonujące bądź nieprzekonujące (a nie za poprawne bądź niepoprawne). Dowolność interpretacyjna tekstu literackiego jest więc o wiele szersza niż tekstu prawnego, jednak również ona nie ma charakteru nieograniczonego – interpretator (w sposób świadomy lub nieświadomy) zdeterminowany jest przez kulturowe uwarunkowania, w których się znajduje.

⁸ Na gruncie sformułowanej przez Wróblewskiego zasady *clara non sunt interpretanda* mówić można o początkowej granicy wykładni, podczas gdy sformułowana przez Ziemińskiego (zob. Ziemiński 2004, 237) zasada *interpretatio cessat in claris* (której to formuły, wbrew temu, co pisze sam Ziemiński, nie należy sprowadzać do reguły *clara non sunt interpretanda*) stanowiłaby o granicach końca wykładni.

4. ZASADNICZY CEL PRZYŚWIECAJĄCY INTERPRETACJI TEKSTU PRAWNEGO ORAZ TEKSTU LITERACKIEGO

W tym miejscu podkreślić trzeba jednak pewną zasadniczą rozbieżność interpretacji tekstu prawnego i interpretacji tekstu literackiego. W pierwszym wypadku czynność interpretacji nakierowana musi być na możliwość wykorzystania zinterpretowanego przepisu jako podstawy rozstrzygnięcia – przy takim rozumieniu interpretacja tekstu prawnego nakierowana jest na osiągnięcie określonego celu, którym jest możliwość zastosowania generalno-abstrakcyjnej regulacji w indywidualno-konkretnym przypadku. Najogólniej rzecz ujmując, stwierdzić można, że organy dokonują interpretacji tekstów prawnych by rozstrzygnąć określony spór. Na gruncie polskiej literatury przedmiotu przyjąć można, że generalnie celem wykładni prawa jest „ustalenie rzeczywistego znaczenia norm prawnych zawartych w przepisach prawnych” (Wróblewski 1956, 843). Uszczegółowiając, w duchu teorii derywacyjnej, wskazany generalny cel interpretacji prawnej, stwierdzić można, że „celem wykładni jest odtworzenie norm wysłownych w przepisach prawnych wraz z percepcją ich treści” (Zieliński 2017, 251).

Interpretacji tekstu literackiego, rzecz jasna, takich wymagań stawiać nie można, jednak sposób prowadzenia interpretacji tego tekstu w jakimś zakresie zdeterminowany jest przez pewien proces, któremu podlega część przynajmniej kultury – chodzi mianowicie o idiosynkryzującą kulturę zachodniej. Pojęcie to przywołuję za Szahajem, który ujmuje idiosynkryzującą kulturę zachodniej jako „[...] rozszerzenie zakresu indywidualnych sposobów uczestniczenia w kulturze, tolerowanych przez otoczenie i jednocześnie nieprowadzących [jeszcze] do zerwania komunikacji wewnątrz kulturowej” (Szahaj 2012, 216)⁹. Jak doprecyzowuje Szahaj, „kultura zidiosynkryzowana żywi się wielością interpretacji, wielość interpretacji pogłębia idiosynkryzującą kulturę” (Szahaj 1997, 24). Wielość interpretacji, niejako „wymuszana” przez zidiosynkryzowaną kulturę, posiłkować się musi również kryteriami pozatekstowymi dla zbudowania interpretacji z poziomu *significance* – w innym razie zakres możliwych interpretacji jednego tekstu literackiego byłby co najmniej ograniczony.

Patrząc z szerszej perspektywy, opisaną powyżej rozbieżność umieścić można w nieprzekraczalnej moim zdaniem różnicy na poziomie celów przypisywanych prawu oraz tekstom literackim ujmowanych jako wytwory kulturowe. Lapidarnie ująć można ją w ten sposób, że interpretacja tekstu prawnego dąży do zacierania różnic w konstruowanych znaczeniach tego tekstu, podczas gdy interpretacja tekstu literackiego dąży do podkreślania i tworzenia różnych

⁹ W części II cytowanego opracowania Szahaj wskazuje również na źródła idiosynkryzacji kultury zachodniej.

znaczeń danego tekstu. Na poziomie znaczeń tekstu prawnego bardzo dobrze widoczne jest to na gruncie orzecznictwa unijnego – jak pisze Marek Zirk-Sadowski: „Jeżeli określone znaczenie tekstu prawnego było już przedmiotem orzecznictwa i ustaliła się linia orzekania, to mówi się, że tekst jest jasny. [...] (Jest to – J. J.) stwierdzenie faktu istnienia zgody między sędziami, co do znaczenia prawa” (Zirk-Sadowski 2016, 160). Tego typu jasność¹⁰ wydaje się być stanem, do którego zdążają wysiłki nauki prawa (w szczególności w jej części zajmującej się wykładnią). Na gruncie koncepcji derywacyjnej przyjąć można, że należy osiągnąć jednoznaczność znaczeniową, która zrelatywizowana jest na moment, w którym dokonywana jest interpretacja. Niezależnie jednak od tego, czy jednoznaczność ta ma charakter zrelatywizowany, czy też „absolutny”, to jednak na gruncie zinterpretowania i rozstrzygnięcia konkretnego przypadku wysiłki interpretatora dążą do unicestwienia mnogości możliwych znaczeń danej regulacji.

Z drugiej zaś strony, „sztuka (którą współtworzą niewątpliwie teksty literackie – J. J.) zaś już od czasów romantyzmu miała wpisany w siebie imperatyw mnożenia różnic, nie zaś ich zacierania” (Szahaj 1997, 25). Wydaje się, że to właśnie do takiego myślenia o sztuce odwołują się dekonstrukcyjniści – zwłaszcza jeżeli chodzi o tworzoną przez nich teorię interpretacji. Negują oni esencjalistyczne pojmowanie tekstu (jego znaczenia), poprzez zastosowanie zabiegu dekonstrukcji, który

[...] ma pokazać raczej niemożność zaistnienia takiej prawdy [takiego znaczenia] (wypracowanej przez hermeneutyczne zespolenia autonomicznego znaczenia tekstu z elementami ‘wnoszonymi’ przez interpretatora – J. J.) przez kompromitację wszelkich ustalonych z góry tradycyjnych możliwości uchwytowania metafizycznego porządku świata i języka (Szahaj 2012, 167).

Rozumiejąc prawdę w kontekście interpretacji tekstów (prawnych i literackich) jako wytworzenie w miarę możliwości obiektywnego i jednoznacznego znaczenia tekstu, stwierdzić można, że wysiłki teorii prawa dążą do osiągnięcia tej prawdy, natomiast wysiłki teoretyków interpretacji tekstów literackich mogą dążyć do ukazania, że osiągnięcie takiej prawdy jest po prostu niemożliwe. Warto skonkludować również, że wspomniane obiektywne i jednoznaczne znaczenie w kontekście interpretacji tekstów prawnych osiągnięte może być wyłącznie w odniesieniu do konkretnego i określonego modelu interpretacyjnego – reguły i dyrektywy tego modelu mogą zapewnić obiektywność, lecz, rzecz jasna, wyłącznie na gruncie przyjętego modelu interpretacyjnego.

¹⁰ Jasność ta nie ma jednak nic wspólnego z koncepcją *clara* w rozumieniu J. Wróblewskiego – ta odnosi się do immanentnej własności danego terminu, jakim jest jego znaczenie, uchwytywane w akcie bezpośredniego rozumienia, a nie do faktycznej zgody co do rozumienia prawa.

5. WNIOSKI KOŃCOWE

Artykuł ten traktować należy jako próbę przygotowania płaszczyzny porównania między interpretacją tekstów prawnych a literackich. Choć, jak wskazywałem, już na poziomie celów stawianych interpretacji tych dwóch rodzajów tekstów zachodzi poważna różnica, to jednak nie do zignorowania pozostaje fakt, że zarówno teksty prawne, jak i teksty literackie są wytworami działalności człowieka współkonstytuującymi obszar kultury – z tej też przyczyny ich zestawianie uznaję za uzasadnione. Co więcej, jak starałem się wykazać w artykule, pomimo wspomnianej zasadniczej różnicy, da się również wyróżnić elementy, które zbliżają do siebie interpretację tekstów prawnych oraz tekstów literackich.

BIBLIOGRAFIA

- Choduń, Agnieszka. 2016. „Koncepcja wykładni prawa Macieja Zielińskiego”. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 4: 57–67.
- Choduń, Agnieszka. Maciej Zieliński. 2009. „Aspekty granic wykładni prawa”. W *Księga jubileuszowa Profesora Ryszarda Mastalskiego. Stanowienie i stosowanie prawa podatkowego*. Red. Wiesława Miemieć, Eugenia Fojcik-Mastalska. 84–95. Wrocław: Oficyna Wydawnicza Unimex.
- Czepita, Stanisław. Sławomira Wronkowska. Maciej Zieliński. 2013. „Założenia szkoły poznańsko-szczecińskiej w teorii prawa”. *Państwo i Prawo* 2: 3–16.
- Hirsch, Eric Donald. 1977. „Interpretacja obiektywna”. Tłum. Piotr Graff. *Pamiętnik Literacki* 3: 289–320.
- Ingarden, Roman. 1960. *Spór o istnienie świata*. Tom 1. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Jabłoński, Paweł. Przemysław Kaczmarek. 2017. *Granice władzy prawniczej w perspektywie polskiej tradycji socjologicznej*. Kraków: NOMOS.
- Jabłoński, Paweł. Przemysław Kaczmarek. 2020. „O grze interpretatora z tekstem prawnym i czynnikami pozatekstowymi w derywacyjnej koncepcji wykładni prawa”. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 2: 49–68.
- Pałeczki, Krzysztof. 1988. *Prawo. Polityka. Władza*. Warszawa: Centralny Ośrodek Metodyczny Studiów Nauk Politycznych.
- Radbruch, Gustav. 2009. *Filozofia prawa*. Tłum. Ewa Nowak. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Smolak, Marek. 2003. *Uzasadnienie sądowe jako argumentacja z moralności politycznej. O legitymizacji władzy sędziowskiej*. Kraków: Zakamycze.
- Sontag, Susan. 2012a. „O stylu”. Tłum. Anna Skucińska. W *Przeciw interpretacji i inne eseje*. Red. Dariusz Żukowski. 27–56. Kraków: Wydawnictwo Karakter.
- Sontag, Susan. 2012b. „Przeciw interpretacji”. Tłum. Dariusz Żukowski. W *Przeciw interpretacji i inne eseje*. Red. Dariusz Żukowski. 10–26. Kraków: Wydawnictwo Karakter.
- Szahaj, Andrzej. 1997. „Granice anarchizmu interpretacyjnego”. *Teksty Drugie* 6: 5–33.
- Szahaj, Andrzej. 2012. *Ironia i miłość. Neopragmatyzm Richarda Rorty’ego w kontekście sporu o postmodernizm*. Toruń: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika.
- Szklowski, Wiktor. 2006. „Sztuka jako chwyt”. Tłum. Ryszard Łuźny. W *Teorie literatury XX wieku. Antologia*. Red. Anna Burzyńska, Michał Paweł Markowski. 95–111. Kraków: Znak.

- Teissier-Ensminger, Anne. 2004. *La fortune esthétique du Code civil des Français*. Paryż: Éditions La Mémoire du Droit.
- Wróblewski, Jerzy. 1956. „Wykładnia prawa a terminologia prawna”. *Państwo i Prawo* 5–6: 843–865.
- Zieliński, Maciej. 2006. „Derywacyjna koncepcja wykładni jako koncepcja zintegrowana”. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 3: 93–101.
- Zieliński, Maciej. 2017. *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Ziemiński, Zygmunt. 1960. „Przepis prawny i norma prawna”. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1: 105–122.
- Ziemiński, Zygmunt. 2004. *Logika praktyczna*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Zirk-Sadowski, Marek. 2016. „Problemy wyboru pomiędzy konkurującymi modelami wykładni prawa”. *Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji* 104: 155–169.

*Anna Fijałkowska**

 <https://orcid.org/0000-0003-1450-1167>

PROBLEM STRONY PODMIOTOWEJ PRZESTĘPSTWA ZNĘCANIA SIĘ NAD ZWIERZĘTAMI NA GRUNCIE USTAWY Z 21 SIERPNIĄ 1997 R. O OCHRONIE ZWIERZĄT

Streszczenie. Celem artykułu jest podjęcie tematyki przestępstwa znęcania się nad zwierzętami, określonego w ustawie o ochronie zwierząt. Poddane analizie zostały znamiona strony podmiotowej omawianego przestępstwa. Przedstawiono stanowiska przedstawicieli doktryny prawa karnego oraz poglądy występujące w orzecznictwie, szczególnie Sądu Najwyższego.

Słowa kluczowe: ustawa o ochronie zwierząt, zabijanie zwierząt, znęcanie się nad zwierzętami, zamiar bezpośredni, zamiar ewentualny.

THE PROBLEM OF THE SUBJECTIVE SIDE OF THE CRIME OF KILLING AND ABUSING ANIMALS UNDER THE ACT OF AUGUST 21, 1997 ON THE PROTECTION OF ANIMALS

Abstract. The aim of the article is to discuss the crimes of killing and abusing animals set out in the Animal Protection Act. The characteristics of the subjective side of the analyzed acts were analyzed. Attention was drawn to the problem related in particular to the subject of the crime of animal abuse. The positions of the representatives of the criminal law doctrine and views appearing in the jurisprudence, especially of the Supreme Court, were presented.

Keywords: Animal Protection Act, killing animals, animal abuse, direct intention, possible intention.

1. WPROWADZENIE

Stosunek ludzi do zwierząt charakteryzuje się wysoką ambiwalencją. Trafną tego ilustracją może być przykład krów, które w Indiach otaczane są czcią i cieszą się nietykalnością, zaś w Europie i Ameryce Północnej traktowane są jako „chodzące bańki mleka lub hamburgery na czterech nogach” (Serpell 1999, 7). Ambiwalencję tę można dostrzec nie tylko w odmiennym podejściu ludzi do zwierząt gospodarskich i domowych pupili, ale również w stosunku człowieka do gatunków z łatwością określanych jako „czworonożnych przyjaciół”. W niektórych środowiskach trzymanie psów na kilkumetrowym, żelaznym łańcuchu, także podczas

* Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, a.fijalkowska@gmail.com

zimy, jest zachowaniem nie budzącym kontrowersji. Warto jednak zauważyć, że wrażliwość społeczeństwa na cierpienie zwierząt wciąż wzrasta. Zakres świadomości obowiązków ciążących na właścicielach zwierząt oraz zakazu zadawania zwierzętom bólu również ulega rozszerzeniu. Polski ustawodawca w obliczu takich zmian w mentalności społeczeństwa także nie pozostał bierny. W ustawie z 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt (tekst jedn. Dz.U. 2020 poz. 638; dalej: u.o.z.) zawarł postulat, zgodnie z którym człowiek winien jest zwierzęciu poszanowanie, ochronę i opiekę. Tym samym ustawodawca dał wyraz, że zwierzętom należy się szacunek i ochrona choćby ze względu na fakt zdolności do odczuwania cierpienia. Życie zwierząt, wolne od cierpienia, zostało zabezpieczone zawartymi w ustawie przepisami karnymi, typizującymi przestępstwa zabijania i znęcania się nad zwierzętami. To właśnie ich problematyka stanie się przedmiotem analizy w niniejszym artykule.

Ponieważ ustawa o ochronie zwierząt stanowi obecnie najważniejszy akt w polskim porządku prawnym odnoszący się do prawnokarnej ochrony zwierząt, dokonanie analizy przepisów określających przestępstwo znęcania się nad zwierzętami wraz z odniesieniem do typu kwalifikowanego pozostaje kluczową kwestią. Nie ulega bowiem wątpliwości, że jeden z problemów związanych z przestępstwami stypizowanymi w ustawie o ochronie zwierząt pozostaje szczególnie kontrowersyjny. Mowa tutaj o określeniu strony podmiotowej omawianego czynu zabronionego.

2. ZAMIAR EWENTUALNY PRZY PRZESTĘPSTWIE ZNĘCANIA SIĘ NAD ZWIERZĘTAMI

Zgodnie z art. 35 u.o.z. zarówno w przypadku zabijania zwierząt, jak i znęcania się nad nimi, warunkiem poniesienia odpowiedzialności karnej za te czyny jest umyślność. Jak wskazuje M. Mozgawa, o ile przy zabijaniu zwierząt dopuszcza się zarówno zamiar bezpośredni, jak i ewentualny, tak w przypadku znęcania się w orzecznictwie sądowym i w literaturze prawniczej dominuje pogląd, że możliwy jest jedynie zamiar bezpośredni (Mozgawa 2017, 80). Podobna sytuacja występuje w przypadku znęcania się ze szczególnym okrucieństwem.

Takie stanowisko przedstawił W. Radecki twierdząc, że znęcanie się nad zwierzętami może być działaniem lub zaniechaniem dokonanym jedynie z zamiarem bezpośrednim. Autor ten zaś w odniesieniu do typu kwalifikowanego przestępstwa znęcania się nad zwierzętami, wzbogaconego o znamię „szczególnego okrucieństwa” czynu sprawcy, dopuszcza możliwość zaistnienia zamiaru ewentualnego. W. Radecki uzasadnia to twierdzenie w ten sposób, że sprawca decydując się na traktowanie zwierzęcia w sposób uznany przez przeciętnego człowieka za wyjątkowo brutalny, z góry godzi się na to, że jego zachowanie może zostać ocenione jako szczególnie okrutne (Radecki 2015, 227). O ile dopuszczenie

przez autora w przypadku możliwości popełnienia znęcania się nad zwierzętami jedynie z zamiarem bezpośrednim wydaje się być przykładem dość popularnego stanowiska w tej sprawie, tak uznanie popełnienia typu kwalifikowanego tego przestępstwa za możliwe, także z zamiarem ewentualnym, stanowi pogląd niszowy, budzący pewne wątpliwości. Należy mieć na względzie, iż „szczególne okrucieństwo” jest znamieniem zawierającym zarówno element przedmiotowy, jak i podmiotowy, który odnosi się do szczególnego nastawienia sprawcy (Mozgawa, Budyn-Kulik, Dudka, Kulik 2011, 49–50). Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 12 u.o.z. szczególne okrucieństwo oznacza przedsięwzięcie przez sprawcę działań charakteryzujących się drastycznością form i metod, a zwłaszcza działanie w sposób wyszukany lub powolny, obliczony z premedytacją na zwiększenie rozmiaru cierpień i czasu ich trwania. Jak wskazuje M. Budyn-Kulik, w przypadku zamiaru ewentualnego godzenie się dotyczy skutku, który dla sprawcy jest jedynie uboczny w stosunku do podstawowego celu jego działania (Budyn-Kulik 2021). Trudno zatem wyobrazić sobie sytuację, w której sprawca godzi się na mogący wystąpić stan rzeczy, który obejmuje szczególnie drastyczne zachowanie względem zwierzęcia. Ponadto definicja zawarta w art. 4 pkt 12 u.o.z. nie jest w pełni wyczerpująca i pozostawia niedookreślone znamię „szczynego okrucieństwa”, jednak nie ulega wątpliwości, że odnosi się do działania wyjątkowo brutalnego, powodującego odrazę. Zatem uznanie, że w przypadku znęcania się nad zwierzętami ze szczególnym okrucieństwem dopuszczalny jest również zamiar ewentualny, może rodzić poważne zastrzeżenia.

W literaturze można spotkać zupełnie odmienny pogląd wyrażony przez M. Mozgawę, zgodnie z którym dopuszczalne jest umyślne popełnienie przestępstwa znęcania się w obu postaciach zamiaru. Jako przykład takiej sytuacji autor przedstawia zachowanie kierowcy pojazdu transportującego żywe zwierzęta do rzeźni, który – aby zdążyć na czas do punktu docelowego – nie zatrzymuje się w celu napojenia zwierząt i tym samym powoduje ich cierpienie (Mozgawa 2017, 81). Wydaje się więc, że możliwa jest sytuacja, w której sprawca zmierza do pewnego określonego celu i godzi się na to, że swoim zachowaniem jednocześnie realizuje znamiona typu czynu zabronionego, a zatem ma miejsce zamiar ewentualny. Warto w tym miejscu odwołać się również do dorobku doktryny prawa karnego powstałego na gruncie analizy przestępstwa z art. 207 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn. Dz.U. 2020 poz. 1444 ze zm.; dalej: k.k.). Należy stwierdzić, że przełożenie wykładni znęcania się nad człowiekiem z Kodeksu karnego na znęcanie się nad zwierzętami z ustawy o ochronie zwierząt nie stanowi najbardziej pożądanego rozwiązania, jednak do momentu, kiedy prawna regulacja przestępstw przeciwko zwierzętom nie będzie sama pozwalała rozwiązać wszelkich wątpliwości, warto odwołać się do dorobku, który przez lata powstawał w odniesieniu do typu czynu zabronionego z Kodeksu karnego, określonego takim samym znamieniem czasownikowym. Warto zatem przytoczyć stanowisko A. Wąska, do którego odwołuje się również M. Mozgawa, odnoszące

się do dopuszczenia jedynie zamiaru bezpośredniego w przypadku znęcania się podkreślając: „twierdzenie, że pojęcie znęcania się jest tak dalece zabarwione pod względem podmiotowym, jest po prostu nadinterpretacją” (Wąsek 2004, 988). W tym przypadku rozstrzygnięcie wypracowane na gruncie art. 207 § 1 k.k. wydaje się rozstrzygać problem związany z dopuszczeniem zamiaru ewentualnego znęcania się nad zwierzętami. Takie uzasadnienie możliwości popełnienia omawianego przestępstwa w obu postaciach zamiaru wydaje się trafne również z tego powodu, iż w ustawie o ochronie zwierząt został opisany także typ kwalifikowany tytułowego czynu zabronionego, określony przywołanym wcześniej znamieniem „szczególnego okrucieństwa”. Wydaje się zatem, że właśnie ten typ znęcania się nad zwierzętami winien być interpretowany jako mocno zabarwiony pod względem podmiotowym. Taki sam wniosek przedstawia M. Mozgawa twierdząc, iż dopuszczenie się popełnienia tego czynu z zamiarem ewentualnym może budzić poważne zastrzeżenia. Rozumując w ten sposób, autor czyni swoje stanowisko zupełnie sprzecznym z zapatrywaniami przedstawionymi przez W. Radeckiego, wnosząc do dyskusji dotyczącej strony podmiotowej znęcania się nad zwierzętami trafne spostrzeżenia. Autor zwraca uwagę, że w swojej istocie przestępstwo znęcania się nad zwierzętami w typie kwalifikowanym wymaga zachowania wyjątkowo brutalnego, a zatem odnosi się nie tylko do elementu przedmiotowego przestępstwa, ale także do podmiotowego, wyrażającego się w szczególnym nastawieniu sprawcy (Mozgawa 2017, 84). Jest to zatem twierdzenie dalekie od zaakceptowania możliwości wystąpienia zamiaru ewentualnego w przypadku popełnienia przestępstwa znęcania się nad zwierzętami ze szczególnym okrucieństwem. Ponadto wydaje się, że jest to rozwiązanie nie budzące większych wątpliwości. Przedstawienie kontrastujących opinii czołowych, autorów podejmujących tematykę prawnokarnej ochrony zwierząt zdaje się jedynie podkreślać skalę problemu. Warto jednak odnieść się również do innych stanowisk przedstawicieli doktryny, aby dokonać pełnej analizy omawianego problemu.

Inne zapatrywanie na ten temat wyrażają P. Skuczyński i A. Zientara, które to stanowisko popiera również K. Kuszlewicz. Autorzy ci wskazują, że w istocie do umyślnego popełnienia czynu znęcania się nad zwierzętami niezbędny jest zamiar bezpośredni, jednak odnosi się on do samej czynności sprawczej, nie zaś do chęci spowodowania zwierzęciu bólu (Skuczyński, Zientara 2012, 207). Autorzy powołują się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 2009 r. (wyr. SN z 16.11.2009 r., V KK 187/09, LEX Nr 553896). Sąd stwierdził wówczas, że przestępstwo znęcania się nad zwierzętami może zostać popełnione jedynie z zamiarem bezpośrednim, który jednak dotyczy wyłącznie czynności sprawczej. Zatem jeżeli zachowanie sprawcy wyczerpuje znamiona któregoś z czynów opisanych w art. 6 ust. 2 u.o.z., nie jest niezbędne dodatkowe wykazywanie, że bezpośrednim celem sprawcy było spowodowanie cierpienia zwierzęcia. Należy wspomnieć, że w art. 6 ust. 2 u.o.z. znajduje się definicja pojęcia znęcania się nad zwierzętami, do której odnosi się art. 35 ust. 1a u.o.z. Wskazana definicja

ma złożoną budowę. W pierwszej części składa się z określenia znęcania się nad zwierzętami jako zadawania albo świadomego dopuszczania do zadawania bólu lub cierpienia. Drugą część definicji stanowi katalog przykładów zachowań uznanych za znęcanie się nad zwierzętami. Należy uznać, że ze względu na użyte wyrażenie „w szczególności” jest to katalog otwarty. Zatem zachowanie, które nie będzie wprost wyrażone w art. 6 ust. 2 u.o.z., ale będzie polegało na zadawaniu zwierzęciu bólu i cierpienia, powinno również zostać uznane za znęcanie się. Jak podkreślają P. Skuczyński i A. Zientara, przyjęcie stanowiska prezentowanego przez Sąd Najwyższy ułatwi w znacznym stopniu ściganie osób, które dopuściły się jakiegokolwiek zachowania uznanego za znęcanie się nad zwierzętami. Bowiem nie będzie niezbędne wykazanie, że „sprawca zamiarem bezpośrednim obejmował także zadawanie zwierzęciu bólu lub cierpienia” (Skuczyński, Zientara 2012, 207). W mojej opinii jest to słuszne podejście, będące próbą odnalezienia „złotego środka” pomiędzy stanowiskami prezentowanymi między innymi przez M. Mozgawę i W. Radeckiego.

Warto jednak odnieść się również do glosy M. Gabriela-Węglowskiego, dotyczącej wspomnianego wyroku Sądu Najwyższego z 16 listopada 2009 roku. Autor wskazuje, iż twierdzenie Sądu Najwyższego, że dopuszczalne jest znęcanie się nad zwierzętami jedynie z zamiarem bezpośrednim, pozostaje bardzo dyskusyjne. W przeprowadzonej przez siebie analizie autor nie odnosi się jednak do kluczowego w tej sprawie twierdzenia Sądu Najwyższego, iż „zamiar odnosi się więc do samej czynności sprawczej, a nie do spowodowania cierpienia lub bólu” (wyr. SN z 16.11.2009 r., V KK 187/09, LEX Nr 553896). Twierdzi natomiast, iż „zgodnie z komentowanym tu orzeczeniem Sądu Najwyższego, aby doszło do popełnienia przestępstwa z art. 35 ust. 1 u.o.z., każdy z powyższych czynów wymaga zamiaru bezpośredniego. A zatem sprawca musi chcieć znęcać się nad zwierzęciem” (Gabriel-Węglowski 2010). M. Gabriel-Węglowski wyraża pogląd, zgodnie z którym w przypadku znęcania się nad zwierzętami dopuszczalny powinien być również zamiar ewentualny. Jako uzasadnienie tego twierdzenia autor przedstawia fakt, iż sam ustawodawca tworząc w art. 6 ust. 2 u.o.z. otwarty katalog zachowań uznanych za znęcanie się. Zatem sąd powinien stwierdzić jedynie, czy ustalenia faktyczne pokrywają się z pewnym typem zachowania. W przypadku niektórych ze wskazanych we wspomnianym katalogu zachowań bez wątpienia można dopuścić zamiar ewentualny, między innymi przewożenie zwierząt w sposób powodujący ich zbędne cierpienie i stres.

Mimo iż w mojej opinii autor przedstawia słuszne stanowisko dotyczące dopuszczalności zamiaru ewentualnego przy przestępstwie znęcania się nad zwierzętami, przedstawiane przez niego uzasadnienie poglądów nie wydaje się w zupełności przekonujące. Autor, nie uznając rozwiązań przedstawianych w omawianym wyroku Sądu Najwyższego za trafne, nie odniósł się do całości do orzeczenia, w szczególności do określenia, iż zamiar bezpośredni dotyczy jedynie czynności sprawczej. Ponadto przedstawione przez autora uzasadnienie

poglądów opiera się niemal w zupełności na odwołaniu do egzemplifikacji zawartej w art. 6 ust. 2 u.o.z., gdyż w istocie niektóre z określonych tam przykładów zachowań wydają się być możliwe do dokonania z zamiarem ewentualnym. Należy jednak pamiętać, że katalog z art. 6 ust. 2 u.o.z. ma charakter otwarty i stanowi jedynie część definicji znęcania się nad zwierzętami. Zatem twierdzenie, iż zadaniem sądu podczas rozstrzygania o odpowiedzialności karnej sprawcy jest jedynie badaniem, czy ustalenia faktyczne odpowiadają typowi zachowania przewidzianego w art. 6 ust. 2 u.o.z. uznać należy za błędne. Istnieje bowiem wiele możliwości zachowań, które nie pokrywają się z przypadkiem wskazanym *expressis verbis* w ustawie, a jednak stanowią przykład znęcania się nad zwierzętami.

Odnosząc się do poglądów M. Gabriela-Węglowskiego, należy wspomnieć również o przeprowadzonej przez tego autora analizie linii orzeczniczej dotyczącej strony podmiotowej znęcania się nad zwierzętami. Autor podkreślił, że na przestrzeni lat poglądy dotyczące omawianego problemu ulegały zmianie. Stwierdza, iż

taka konstatacja pozwala, a nawet nakazuje, szczególnie wnikliwe rozważanie, czy przynajmniej w przypadku niektórych typów czynów zabronionych dotyczących znęcania się, rzeczywiście zasadne jest wykluczenie przestępności czynu w razie ustalenia zamiaru ewentualnego po stronie podmiotowej (Gabriel-Węglowski 2019).

Autor ten korzysta z dorobku nauki powstałego na podstawie analizy przepięstwa znęcania się określonego w kodeksie karnym. Powołuje się bowiem na wyrok Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z 6 marca 2018 r., w którym stwierdzono w odniesieniu do art. 207 k.k. że

stroną podmiotową znęcania się jest umyślność, która w zasadzie występuje w postaci zamiaru bezpośredniego, wyrażającego się w chęci wyrządzenia krzywdy fizycznej lub moralnej, dokuczenia, poniżenia itp. – obojętnie z jakich pobudek. Nie można jednak wyłączyć popełnienia tego przestępstwa z zamiarem ewentualnym. W takim wypadku niezbędne jest ustalenie na podstawie konkretnych okoliczności, że sprawca, dążąc bezpośrednio do innego celu, jednocześnie godził się na wyrządzenie pokrzywdzonemu dotkliwych przykrości i cierpień. O ile zgodzić należy się z koniecznością ustalenia strony przedmiotowej czynu z art. 207 § 1 k.k. w oparciu o kryteria obiektywne, o tyle kategoryczny pogląd co do znamion strony podmiotowej ograniczający ją jedynie do zamiaru bezpośredniego, uznać należy co najmniej za wątpliwy (wyr. SO w Piotrkowie Trybunalskim z 6.03.2018 r., IV Ka 73/18, LEX Nr 2503938).

M. Gabriel-Węglowski jako kolejny autor odniósł się do dorobku doktryny wypracowanego na gruncie art. 207 § 1 k.k. W tym przypadku należy przyznać autorowi słuszność. Przeprowadzone rozważania i przedstawione argumenty wpisują się w nurt dopuszczenia zamiaru ewentualnego przy znęcaniu się nad zwierzętami ze względu na dobro zwierząt. Należy wszakże pamiętać, iż ochrona życia zwierząt, wolnego od cierpienia, stanowi główny cel ustawy o ochronie zwierząt.

Warto odwołać się również do prezentowanej przez K. Kuszlewicz linii orzeczniczej dotyczącej rozumienia zamiaru bezpośredniego sprawcy przy znęcaniu się nad zwierzętami. Zgodnie z tą analizą przyjęcie, że zamiar bezpośredni

odnosi się do chęci sprawienia zwierzęciu cierpienia, prowadzi „do zdecydowanego zawężenia ochrony zwierząt przed niehumanitarnym traktowaniem, która to jest pierwszorzędnym celem ustawy o ochronie zwierząt” (Kuszelewicz 2018). Autorka w swojej analizie powołuje się na wspomniany wcześniej wyrok Sądu Najwyższego z 16 listopada 2009 r., a także między innymi na wyrok tegoż Sądu z 13 grudnia 2016 r. Sąd wskazał wówczas, że

zamiar bezpośredni w zakresie tego przestępstwa winien być badany jednak w odniesieniu do samej czynności sprawczej, a nie woli zadania cierpień lub bólu zwierzęciu. To ustawodawca sam przesądził, że wymienione w tych punktach zachowania są znęcaniem się, czyli powodują ból lub cierpienie (wyr. SN z 13.12.2016 r., II KK 281/16, LEX Nr 2237277).

To stanowisko Sądu Najwyższego znalazło także odzwierciedlenie w wyroku z 7 lipca 2020 r., zgodnie z którym

Sąd Najwyższy stoi jednoznacznie na stanowisku, że do bytu przestępstwa znęcania się nad zwierzętami nie jest konieczne dążenie sprawcy wprost do zadania zwierzęciu cierpienia. Jakkolwiek w swoich judykatach podkreślał, że co prawda przestępstwo znęcania się nad zwierzętami w swojej konstrukcji wymaga zaistnienia po stronie sprawcy winy umyślnej w zamiarze bezpośrednim, to zamiar ten badać należy w odniesieniu do samej czynności sprawczej, nie zaś do woli sprawcy zadania bólu lub cierpienia zwierzęciu. Ta dość nieoczywista z pozoru konstrukcja zdecydowanie poszerza ochronę zwierząt przed znęcaniem się, jednak wciąż spotyka się z niewłaściwym rozumieniem. Często organy ścigania lub sądy poprzestają tylko na wskazaniu, że elementem koniecznym tego przestępstwa jest zamiar bezpośredni, pomijając okoliczności, wobec których powinien on zostać stwierdzony. Sąd Najwyższy swoje stanowisko motywuje tym, że ból lub cierpienie zwierzęcia mają charakter zobiektywizowany i ich rzeczywisty byt jest niezależny od tego, czy sprawca wprost do nich dążył. Przedmiotem ochrony ustawowej jest bowiem ochrona zwierząt przed cierpieniem i bólem, zaś na ich doznanie nie ma w praktyce wpływu motywacja sprawcy (wyr. SN z 7.07.2020 r., II KK 222/19, LEX Nr 3049079).

Stanowisko Sądu Najwyższego ma doniosłe znaczenie w kwestii rzeczywistej ochrony zwierząt. Pozwala znacznie poszerzyć zakres czynów, które faktycznie mogą zostać uznane za znęcanie się i stanowić podstawę do poniesienia odpowiedzialności karnej. Należy mieć na względzie, że stanowisko to pozostaje niezwykle istotnym rozwiązaniem problemu zamiaru ewentualnego przy przestępstwie znęcania się z punktu widzenia przepisów materialnych ustawy o ochronie zwierząt. Koncepcja ta bazuje bowiem na definicji znęcania się nad zwierzętami zawartej w art. 6 ust. 2 u.o.z. Sądzić należy, że ustawodawca, wprowadzając we wspomnianym przepisie katalog otwarty zachowań, odwołał się do podstawowej funkcji prawa karnego – funkcji ochronnej, której celem jest ochrona dóbr o pewnej wartości przed czynami prowadzącymi do ich naruszenia. Patrząc zatem na problem dotyczący strony podmiotowej omawianych przestępstw przez pryzmat fundamentalnej funkcji prawa karnego, wydaje się uzasadnione stanowisko, by dopuścić możliwość popełnienia przestępstwa znęcania się nad zwierzętami z zamiarem ewentualnym.

K. Kuszlewicz w odniesieniu do analizowanych orzeczeń Sądu Najwyższego wyjaśnia, że przekonanie o potrzebie wykazania zamiaru bezpośredniego w odniesieniu do woli sprawcy może wynikać ze zbyt silnej analogii do art. 207 k.k. oraz pominięcia głównego celu ustawy o ochronie zwierząt, jakim jest ochrona przed niehumanitarnym traktowaniem oraz wolność zwierząt od cierpienia (Kuszlewicz 2018). Można bowiem wskazać zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie liczne przykłady stanowisk dotyczących przestępstwa znęcania się z art. 207 k.k., które dopuszczają popełnienie tego czynu jedynie z zamiarem bezpośrednim. Taki pogląd przez wiele lat akceptował Sąd Najwyższy, który w wyroku z 21 października 1999 r. stwierdził, że „znamię czasownikowe «znęca się» przesądza o ograniczeniu strony podmiotowej umyślności w postaci zamiaru bezpośredniego. Mieści się w nim bowiem chęć zadania cierpienia ofierze i dla jego realizacji samo godzenie się sprawcy na taki jego efekt nie wystarczy” (wyr. SN z 21.10.1999 r., V KKN 580/97, LEX Nr 84611). Koncepcję tę Sąd Najwyższy zaaprobował również w wyroku z 11 lutego 2003 r. (wyr. SN z 11.02.2003 r., IV KKN 312/99, LEX nr 77436) oraz w wyroku z 13 września 2005 r. (wyr. SN z 13.09.2005 r., WA 24/05, OSNwSK 2005, nr 1, poz. 1655). W orzecznictwie sądów powszechnych również można spotkać się z akceptacją powyżej przedstawionego stanowiska. Jako przykład można przytoczyć wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 6 września 2017 r., w którym sąd stwierdził, że

przestępstwo znęcania może być popełnione umyślnie i to wyłącznie z zamiarem bezpośrednim. Przesądza o tym znamię intencjonalne «znęca się», charakteryzujące szczególne nastawienie sprawcy, zawiera w sobie istnienie przewagi sprawcy nad osobą pokrzywdzoną, której nie może się ona przeciwstawić lub może to uczynić w niewielkim stopniu (wyr. SO w Poznaniu z 6.09.2017 r., XVII Ka 737/17, LEX Nr 2375899).

Tak samo do omawianego problemu odniósł się Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w wyroku z 18 lutego 2019 r. (wyr. SO w Warszawie z 18.02.2019 r., VI Ka 560/19, LEX Nr 3007880). Natomiast A. Marek podkreślał, że „znęcanie jest zachowaniem intencjonalnym, co wymaga umyślności w formie zamiaru bezpośredniego” (Marek 2010). Należy jednak pamiętać również o poglądach, zgodnie z którymi możliwe jest dopuszczenie znęcania się z art. 207 k.k. zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym. Trzeba w tym miejscu wskazać na postanowienie Sądu Najwyższego z 23 maja 2017 r. (post. SN z 23.05.2017 r., III KK 157/17, LEX Nr 2329441), w którym Sąd wyraźnie dopuścił możliwość, aby przestępstwo znęcania się mogło zostać popełnione również z zamiarem ewentualnym. Orzeczenie to wpisało się w nurt orzeczniczy, zapoczątkowany uchwałą Sądu Najwyższego z 9 czerwca 1976 r., w której Sąd stwierdził, że

cechą podmiotową znęcania się jest umyślność, która w zasadzie występuje w postaci zamiaru bezpośredniego, wyrażającego się w chęci wyrządzenia krzywdy fizycznej lub moralnej, dokuwania, poniżenia itp. – obojętnie, z jakich pobudek. Nie można jednak wyłączyć popełnienia

niekiedy przestępstwa określonego w art. 184 k.k. z zamiarem ewentualnym (uchw. SN(CI) z 9.06.1976 r., VI KZP 13/75, OSNKW 1976, nr 7–8, poz. 86).

Ponadto stanowisko takie można spotkać również wśród przedstawicieli doktryny, między innymi w opracowaniach M. Szwarczyka (2016, art. 207). Konkludując, w oparciu o wymienione przykłady, należy stwierdzić, że analogie czynione w przypadku znęcania się nad zwierzętami do przestępstwa znęcania się z art. 207 k.k. nie zawsze muszą prowadzić do wniosku, że w przypadku popełnienia czynu zabronionego z art. 35 ust. 1a u.o.z. możliwe jest dopuszczenie jedynie zamiaru bezpośredniego, jak podkreślała to K. Kuszlewicz (2018). Rzeczywiście część autorów swoje stanowisko może zbyt dobitnie opierać na dorobku powstałym na gruncie analizy przestępstwa znęcania się z art. 207 k.k., bez uwzględnienia odmienności, jakimi cechują się przestępstwa „znęcania się” z Kodeksu karnego oraz ustawy o ochronie zwierząt. Należy jednak twierdzić, iż odwoływanie się do dorobku nauki prawa karnego, wypracowanego na podstawie art. 207 k.k., może być pomocne w rozwiązywaniu problemów związanych szczególnie ze stroną podmiotową przestępstwa opisanego w art. 35 ust. 1a u.o.z.

3. NIEUMYŚLNE ZADAWANIE ZWIERZĘCIU BÓLU

Nie sposób pominąć jednak opinii zaprezentowanej przez Ł. Pohla, K. Burdziaka oraz Ł. Buczka w sprawie strony podmiotowej znęcania się nad zwierzętami. Autorzy próbując rozwiązać budzące wątpliwości zagadnienie, dokonali szczegółowej analizy przepisów ustawy o ochronie zwierząt. Odwołali się do art. 6 ust 2 u.o.z., który zawiera objaśnienie pojęcia znęcania się nad zwierzętami wraz z katalogiem otwartym zachowań, które za znęcanie się mogą zostać uznane. Autorzy stwierdzili, że w powoływanym przepisie znajduje się definicja legalna omawianego zagadnienia. Będąc nią związani, wyrazili swój pogląd, że dopuszczalne jest również znęcanie się w zamiarze ewentualnym, co uzasadnili w następujący sposób:

zadawać ból i cierpienie można także nie mając zamiaru wywołania tego rodzaju stanów rzeczy, jednak – co oczywiste – w obliczu braku w obecnym stanie prawnym przepisu karyzalizującego wywołanie bólu lub cierpienia zwierzęcia zachowaniem nieumyślnym, niezamierzone zadawanie zwierzęciu bólu lub cierpienia pozostaje zachowaniem niezabronionym pod groźbą kary. To samo tyczy się świadomego dopuszczania do zadawania zwierzęciu bólu lub cierpienia. I w tym bowiem przypadku nie da się wykluczyć przypadków, kiedy to świadome dopuszczanie do zadawania zwierzęciu bólu lub cierpienia następowałoby w wyniku realizacji zamiaru ewentualnego czy świadomej nieumyślności (Pohl, Burdziak, Buczek 2017, 13).

Autorzy podkreślają zatem, że rozpatrując problem strony podmiotowej przestępstwa stypizowanego w art. 35 ust. 1a u.o.z. należy jedynie określić, czy możliwe jest zadawanie zwierzęciu cierpień w zamiarze ewentualnym. Twierdzą,

że zachowanie takie jest możliwe, podobnie jak możliwe jest nieumyślne zadawanie zwierzęciu cierpień, a więc wykonywania czynności, które w art. 6 ust. 2 u.o.z. zostały uznane za znęcanie się. Ponadto w omawianym opracowaniu autorzy podali w wątpliwość również wspomniany wcześniej wyrok Sądu Najwyższego z 16 listopada 2009 r., w którym Sąd stwierdził, że przestępstwo znęcania się nad zwierzętami może zostać popełnione jedynie z zamiarem bezpośrednim, odnoszącym się do konkretnej czynności sprawczej. Autorzy postawili zarzuty, jakoby Sąd w swoich rozważaniach nie odwołał się do definicji „znęcania się nad zwierzętami” zawartej w ustawie o ochronie zwierząt. Można mieć jednak wątpliwości co do tego zarzutu, gdyż w powołanym wyroku Sąd stwierdził, że

w art. 6 ust. 1 został zamieszczony generalny zakaz znęcania się nad zwierzętami, po czym ustawodawca w ust. 2 sformułował definicję znęcania się w sposób dwustopniowy. Najpierw, bowiem, wskazał, że znęcanie się to zadawanie lub świadome dopuszczanie do zadawania bólu lub cierpień zwierzęciu, a następnie w czternastu punktach podał, czym w szczególności jest znęcanie się nad zwierzętami (wyr. SN z 16.11.2009 r., V KK 187/09, LEX Nr 553896).

Zatem Sąd Najwyższy odniósł się również do definicji omawianego przestępstwa, czego jednak autorzy przytaczanego opracowania zdają się nie zauważać. Ponadto przedstawiają pogląd, zgodnie z którym

pokłosiem niewłaściwie zrealizowanej przez Sąd Najwyższy wykładni tytułowej kwestii jest też niedwuznaczne sugerowanie interpretatorom, w szczególności sądom, by przy odtwarzaniu kształtu strony podmiotowej przestępstwa z art. 35 ust. 1a u.o.z. korzystali oni z dorobku nauki i orzecznictwa z zakresu odnoszącego się do strony podmiotowej przestępstwa znęcania się nad człowiekiem (Pohl, Burdziak, Buczek 2017, 14).

Autorzy wskazali zatem, że odwoływanie się w przypadku znęcania nad zwierzętami do przepisów kodeksu karnego jest niewskazane. Podkreślili, że niezbędne jest wypracowanie na gruncie ustawy o ochronie zwierząt autonomicznego stanowiska dotyczącego strony podmiotowej znęcania się nad zwierzętami, w oparciu o definicję tego czynu, znajdującą się w art. 6 ust. 1 u.o.z. W tym przypadku nie sposób odmówić autorom słuszności takiego spostrzeżenia. Bowiem sądzić należy, iż w obliczu braku ujednoczonej koncepcji dotyczącej strony podmiotowej przestępstwa znęcania się nad zwierzętami, czynienie analogii względem art. 207 k.k. może być pomocne w ocenie konkretnego stanu faktycznego. Jednak nie ulega wątpliwości, że przestępstwo stypizowane w art. 35 ust. 1a u.o.z., pomimo takiego samego znamienia czasownikowego „znęca się”, pod wieloma aspektami różni się od czynu opisanego w art. 207 k.k. Zatem chociażby ze względu na inny przedmiot ochrony art. 35 u.o.z. należy stwierdzić, że niezbędne jest w tym przypadku wypracowanie oddzielnego konceptu dotyczącego dopuszczalnych form umyślności omawianego przestępstwa. Ł. Pohl, K. Burdziak oraz Ł. Buczek w swoich rozważaniach posuwają się jednak o krok dalej, odnosząc się do nieumyślnego zadawania zwierzętom bólu. Autorzy dopuszczają konstrukcję nieumyślnego znęcania się nad zwierzętami twierdząc, że

jakże często spotykamy się bowiem z przypadkami, w których znęcaniu się nad zwierzęciem towarzyszy krańcowo błędne, a wynikające z braku wiedzy o właściwym względem zwierząt postępowaniu i o należnym im szacunku, przekonanie człowieka, że praktykowany przezeń, nader często zwyrodniały, sposób obchodzenia się ze zwierzęciem jest sposobem traktowania go w sposób społecznie akceptowalny. Słowem, nie widać powodu, który tego rodzaju błędne opinie miałby sytuować poza zakresem prawnokarnej reglamentacji (Pohl, Burdziak, Buczek 2017, 15).

Postulat ten z pewnością w wysokim stopniu przyczyniłby się do ochrony zwierząt przed zbędnym cierpieniem. Należy zgodzić się z autorami, że taka modyfikacja dałaby wyraz zmiany stosunku ustawodawcy do zwierząt, które to obecnie traktowane są w sposób przedmiotowy. Ponadto autorzy w omawianym opracowaniu proponowali zmianę wymiaru kary za przestępstwa stypizowane w ustawie o ochronie zwierząt – za typ podstawowy miałyby grozić kara pozbawienia wolności do lat 3, za typ kwalifikowany kara pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat, zaś za proponowany typ nieumyślny – kara grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat 2. Należy zauważyć, że ustawą z 6 marca 2018 r. o zmianie ustawy o ochronie zwierząt oraz ustawy – Kodeks karny (tekst jedn. Dz.U. 2018, poz. 663) dokonano zmiany katalogu kar w ustawie o ochronie zwierząt. Obecnie za przestępstwa określone w ustawie o ochronie zwierząt grożą kary, które w zupełności pokrywają się z proponowanymi przez Ł. Pohla, K. Burdziaka oraz Ł. Buczka w opracowaniu z 2017 r. Może to świadczyć, że postulat wniesiony przez autorów został częściowo uwzględniony przez ustawodawcę, co pozwala mieć nadzieję, że dalsze zmiany dotyczące przestępstw przeciwko zwierzętom będą zmierzały do poszerzenia zakresu ochrony życia zwierząt, wolnego od cierpienia. Wydaje się bowiem, że postulat zaproponowany przez autorów pozostaje najlepszym rozwiązaniem problemu przedstawionego w niniejszym artykule. Wprowadzenie możliwości popełnienia przestępstw określonych w ustawie o ochronie zwierząt nieumyślnie przyczyniłoby się do znacznego rozszerzenia zakresu karalności. To z kolei miałyby wpływ na zwiększenie świadomości społeczeństwa o przestępstwach przeciwko zwierzętom. Nie ulega bowiem wątpliwości, że liczba przypadków zabijania i znęcania się nad zwierzętami nieujawnionych w statystykach przestępczości jest ogromna. Wynika to z faktu, że zwierzęta jako ofiary nie są w stanie we własnym zakresie zgłosić organom ścigania, że popełniono czyn zabroniony. Zatem poszerzająca się świadomość, że dane zachowanie wyczerpuje znamiona czynu zabronionego stanowi najbardziej skuteczne działanie, mające na celu niesienie realnej pomocy zwierzętom pokrzywdzonym w wyniku przestępstw z art. 35 u.o.z. Należy również nadmienić, iż dopuszczenie karalności konstrukcji zabijania lub znęcania się nad zwierzętami w sposób nieumyślny pewnością zdyscyplinowałoby wielu właścicieli zwierząt w związku z ciężącymi na nich obowiązkami związanymi z zapewnieniu posiadanemu zwierzęciu takich warunków życia, które nie będą powodowały jego cierpienia. Należy zatem stwierdzić, że rozwiązanie to, chociaż z pewnego punktu

widzenia dość surowe, stanowi jedyną możliwość realnej zmiany sytuacji zwierząt obecnie. Można zatem stwierdzić, że tak szeroki zakres ochrony jest adekwatny względem istot, którym przysługuje status niemalże podmiotów prawa.

4. UWAGI KOŃCOWE

Wychodząc z założenia, że każda istota ma prawo do życia, w niniejszym artykule dokonano analizy przestępstw zabijania i znęcania się nad zwierzętami, określonych w art. 35 ustawy o ochronie zwierząt. Ponieważ ustawa ta jest jednym z najważniejszych aktów prawnych regulujących humanitarną ochronę zwierząt w Polsce, niezbędne było rozważenie problemów związanych z przepisami typizującymi przestępstwa, których przedmiotem ochrony jest życie zwierząt, wolne od cierpienia. Przedstawione w niniejszym artykule stanowiska zdają się jednak prowadzić do wspólnego wniosku – niezbędne jest zapewnienie szerokiej ochrony życia zwierząt. Wydaje się, że najlepszym w tym przypadku rozwiązaniem będzie dopuszczenie możliwości popełnienia przestępstwa znęcania się nad zwierzętami z zamiarem ewentualnym. Rozwiązanie to zdaje się w najlepszy sposób oddawać cel ustawy wyrażony w art. 1 u.o.z., zgodnie z którym sam fakt, iż zwierzę jako istota żyjąca jest zdolna do odczuwania cierpienia, stanowi wystarczający powód do wprowadzenia obowiązku poszanowania, opieki i ochrony przez człowieka. Warto jednak mieć również na względzie rozwiązanie proponowane przez niektórych autorów, które odnosi się do dość kontrowersyjnej konstrukcji nieumyślnego znęcania się nad zwierzętami. Wydaje się, że jest to wyjście gwarantujące możliwie najszerszy zakres ochrony życia zwierząt, wolnego od cierpienia. Należy zatem rozważyć, czy postulowane rozwiązanie nie będzie stanowiło najlepszego rozwiązania problemu strony podmiotowej przestępstwa znęcania się nad zwierzętami.

BIBLIOGRAFIA

- Budyn-Kulik, Magdalena. 2021. W *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*. Red. M. Mozgawa. Warszawa: LEX Wolters Kluwer.
- Budyn-Kulik, Magdalena. Katarzyna Dudka. Marek Kulik. Marek Mozgawa. 2011. „Prawnokarna ochrona zwierząt – analiza dogmatyczna i praktyka ścigania przestępstw z art. 35 ustawy z 21.08.1997 r. o ochronie zwierząt”. *Prawo w działaniu* 9: 41–100.
- Gabriel-Węglowski, Michał. 2010. „Głosa do wyroku SN z dnia 16 listopada 2009 r., V KK 187/09”. LEX/el.
- Gabriel-Węglowski, Michał. 2019. „Czyn zabroniony znęcania się nad człowiekiem lub zwierzęciem a umyślny zamiar sprawcy”. LEX/el.
- Kuszelewicz, Karolina. 2018. „Strona podmiotowa przestępstwa znęcania się nad zwierzętami – rozumienie zamiaru bezpośredniego sprawcy. Linia orzecznicza”. LEX/el.
- Marek, Andrzej. 2010. W *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa: LEX Wolters Kluwer.

- Mozgawa, Marek. 2017. W *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zasobom przyrody i środowisku. Komentarz*. Red. M. Mozgawa. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Pohl, Łukasz. Konrad Burdziak. Łukasz Buczek. 2017. *Strona podmiotowa przestępstwa znęcania się nad zwierzęciem*. Warszawa: Instytut Wymiaru Sprawiedliwości.
- Radecki, Wojciech. 2015. *Ustawy o ochronie zwierząt*. Warszawa: Difin.
- Serpell, James. 1999. *W towarzystwie zwierząt. Analiza związków ludzie – zwierzęta*. Warszawa: Państwowy Instytut Wydawniczy.
- Skuczyński, Paweł. Anna Zientara. 2012. „Prawnokarna ochrona zwierząt a filozoficzny i teoretycznoprawny problem wartości i praw podmiotowych”. W *Status zwierzęcia. Zagadnienia filozoficzne i prawne*. Red. T. Gardocka, A. Gruszczyńska. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Szwarczyk, Maciej. 2016. W *Kodeks karny. Komentarz*. Red. T. Bojarski. Warszawa: LEX Wolters Kluwer.
- Wąsek, Andrzej. 2004. W *Kodeks karny. Część szczególna*. T. I. Red. A. Wąsek. Warszawa: C.H. Beck.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 2020, poz. 1444 ze zm.
- Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt, Dz.U. 2020, poz. 638.
- Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. o zmianie ustawy o ochronie zwierząt oraz ustawy – Kodeks karny, Dz.U. 2018, poz. 663.

Orzecznictwo

- Wyrok SN z dnia 21.10.1999 r., V KKN 580/97, LEX Nr 846111.
- Wyrok SN z dnia 11.02.2003 r., IV KKN 312/99, LEX Nr 77436.
- Wyrok SN z dnia 13.09.2005 r., WA 24/05, OSNwSK 2005, nr 1, poz. 1655.
- Wyrok SN z dnia 16.11.2009 r., V KK 187/09, LEX Nr 553896.
- Wyrok SN z dnia 13.12.2016 r., II KK 281/16, LEX Nr 2237277.
- Wyrok SN z dnia 7.07.2020 r., II KK 222/19, LEX Nr 3049079.
- Wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 6.03.2018 r., IV Ka 73/18, LEX Nr 2503938.
- Wyrok SO w Poznaniu z dnia 6.09.2017 r., XVII Ka 737/17, LEX Nr 2375899.
- Wyrok SO w Warszawie z dnia 18.02.2019 r., VI Ka 560/19, LEX Nr 3007880.
- Uchwała SN(CI) z dnia 9.06.1976 r., VI KZP 13/75, OSNKW 1976, nr 7–8, poz. 86.
- Postanowienie SN z dnia 23.05.2017 r., III KK 157/17, LEX Nr 2329441.

*Agata Dąbrowska** <https://orcid.org/0000-0001-9708-0657>

ROLA FILOZOFII PRAWA W PODEJMOWANIU DECYZJI SĘDZIOWSKIEJ – ROZWAŻANIA W OPARCIU O FILOZOFIĘ GUSTAVA RADBRUCHA

Streszczenie. Niniejszy artykuł ma na celu poruszenie problematyki filozofii prawa i jej wpływu na kształtowanie decyzji sędziowskiej na tle filozofii Gustava Radbrucha. Niejednokrotnie w sposób nieświadomy to przyjmowana przez sędziego postawa filozoficzna wobec prawa determinuje sposób wykładni norm, co wpływa na decyzję finalną. Poprzez analizę filozofii Gustava Radbrucha i zestawienie jej z poglądami Hansa Kelsena dowiedzione zostanie, że poglądy filozoficzne sędziów nie pozostają bez znaczenia dla decyzji sędziowskiej. Do uwidocznienia wspomnianego problemu zostanie wykorzystana analiza artykułu Lona Fullera „sprawa grotolazów”. Posłuży ona do przedstawienia zależności między przyjmowaniem pozytywistycznego paradygmatu a wykładnią formalistyczną, a także paradygmatów realistycznych lub prawnaturalnych a wykładnią antyformalistyczną.

Zatem aby wykazać, że filozofia prawa jest czynnikiem wpływającym na decyzję sędziowską podjęte zostaną dwa zasadnicze problemy – przemiany myśli filozoficzno-prawnej pod wpływem wydarzeń historycznych oraz korespondencja między filozofią prawa a sposobem prowadzenia wykładni przez sędziów.

Słowa kluczowe: filozofia prawa, pozytywizm prawniczy, prawo natury, decyzja sędziowska, Gustav Radbruch.

THE IMPORTANCE OF THE PHILOSOPHY OF LAW IN JUDICIAL DECISION – CONSIDERATIONS BASED ON THE PHILOSOPHY OF GUSTAV RADBRUCH

Abstract. This article aims to discuss the influence that personal views on philosophy of law held by individual judges exerts on their judicial decisions in a connection with philosophy of Gustav Radbruch. Commonly, the subconscious philosophical position held by the judge towards the law determines the statutory interpretation and, thus, the final decision. Through the juxtaposition of Gustav Radbruch's and Hans Kelsen's schools of thinking, it is proven that philosophical outlook of the judges is very much relevant for the process of making judicial decisions. Lon Fuller's notorious article "The Case of Speluncean Explorers" is used to illustrate the problem and demonstrate the causality between accepting the positivistic paradigm and the preference for formalistic interpretation of the law and, conversely, between the adherence to legal realism or naturalism and the preference for antiformalistic interpretation.

Therefore, two key issues are introduced to prove the significance of philosophy of law for judicial decisions: the developments in philosophical and legal thought under the influence of

* Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, agata.aga.dabrowska@gmail.com

historical events and the relationship between statutory interpretation and views on philosophy of law held by particular judges.

Keywords: philosophy of law, legal positivism, doctrine of the law of nature, judicial decision, Gustav Radbruch.

1. WSTĘP

Wymiar sprawiedliwości jako zjawisko złożone wymaga dla jasności wywo-
du przyglądania się jedynie pewnym składowym całego procesu. Takie działanie,
choć pozornie szczątkowe, umożliwia stworzenie ostatecznie swego rodzaju ukła-
danki, pozwalającej zrozumieć poszczególne elementy całości zjawiska wymiaru
sprawiedliwości. Niniejsza praca skupia się na jednym z nich – filozoficzno-praw-
nych uwarunkowaniach decyzji sędziowskiej.

Samoświadomość w dokonywaniu większości poważnych wyborów w ży-
ciu każdego człowieka, niezależnie od jego wieku, wykształcenia czy zawodu,
wpływa na jakość podejmowanych decyzji, tak samo jest w przypadku sędziów
(Łętowska 1993, 8)¹. W idealnych warunkach wyznawana przez sędziego filozofia
prawa powinna rzutować na wydawane przez niego orzeczenia, a przyjęcie zało-
żeń pewnego nurtu filozoficzno-prawnego powinno skutkować jasnością decyzji
i ich uzasadnień. Stąd też wniosek, że warto podnosić prawniczą świadomość
dotyczącą filozofii prawa, gdyż może się to przyczyniać do podwyższenia jakości
kultury prawnej. Oczywistym jest, że jakość orzeczeń i uzasadnień judykatów
oddziałuje na poziom merytoryczny sędziów i członków palestry. Jeszcze przed
przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej w polskiej literaturze przedmiotu do-
strzegano znaczącą rolę prawników i ich świadomości filozoficznoprawnej w od-
działywaniu na europejską kulturę prawną (Zirk-Sadowski 1998, 9). Zgodnie
z metodologią przyjętą przez M. Zirk-Sadowskiego, udział prawników w kulturze
prawnej jest powiązany także z prezentowanym przez nich paradygmatem filozo-
ficzno-prawnym (Zirk-Sadowski 1998, 10). Poglądy sędziów są eklektyczne i nie
zawsze dają się przyporządkować do konkretnego nurtu filozoficznego. Jednak
w konkretnych przypadkach to one determinują treść decyzji finalnej.

Należy jednak podkreślić, że niniejsza praca nie ma na celu podzielenia sę-
dziów na „pozytywistów”, „naturalistów” czy „realistów”; głównym jej celem
jest wykazanie, że w konkretnych przypadkach poglądy charakterystyczne dla
poszczególnych doktryn mogą i przekładają się na treść orzeczeń.

Głównym założeniem niniejszej pracy jest wskazanie istnienia pewnego eklek-
tyzmu poglądowego wśród sędziów oraz przede wszystkim poprawianie świadomo-
ści filozoficzno-prawnej wśród praktyków (Widłak 2019, 95–107). Podnosząc

¹ Na ten problem zwróciła uwagę w „dziewiątym przykazaniu dla sędziów” E. Łętowska (Łętowska 1993). Choć artykuł powstał przed uchwaleniem obowiązującej Konstytucji, to skupia się na ponadczasowych wartościach, dzięki czemu pozostaje on wciąż aktualny.

kwestie tła filozoficznego pewnych regulacji lub wnioskowań wśród wykonujących zawody prawnicze, można spotkać się z marginalizacją tego typu zagadnień. Filozofia przyświecająca danej działalności bywa pomijana przez profesjonalistów. Często również dochodzi do sytuacji stosowania pewnych wybiórczych i nieuporządkowanych elementów doktryn filozoficznych, przy jednoczesnym braku świadomości potrzeby pogłębiania wiedzy w tym zakresie. Dlatego zrozumienie znaczenia filozofii prawa może być korzystne, zarówno z punktu widzenia sędziów, jak i innych prawników-praktyków. Należy jednak w tym miejscu podkreślić, że problematyka decyzji sędziowskiej uwidacznia się szczególnie na gruncie *hard cases* lub *not-so-easy cases* (Zajadło, Zeidler 2021, 11–22; Zajadło 2019, 89; Crowe 2019, 79–82). Nie wyklucza to jednak, że sytuacje, w których dyskrecjonalność sędziowska odgrywa znaczącą rolę w rozstrzygnięciu, mogą wiązać się także ze skomplikowanym stanem prawnym lub faktycznym. Nie jest celem niniejszej pracy analiza orzecznictwa i *hard cases* występujących w praktyce orzeczniczej, jest nim natomiast analiza podstaw decyzji sędziowskiej w oparciu o założenia filozofii Gustava Radbrucha.

Decyzja sędziowska ma źródło w wielu zależnych od siebie czynnikach, ale filozofia prawa wpływa na wszystkie kolejne etapy podejmowania decyzji, nawet w sposób przez sędziego nieuświadomiony. Na ten problem należy spojrzeć z dwóch perspektyw. Po pierwsze, nieświadomości prawników-praktyków filozoficznej bazy przyjmowanych i utrwalanych w orzecznictwie twierdzeń. Po drugie, postawy praktyków, którzy odrzucają potrzebę pogłębiania i porządkowania wiedzy na temat filozofii prawa. Niejednokrotnie sędziowie nie zdają sobie sprawy z filozoficznego podłoża własnych poglądów. Wynika to między innymi ze wspomnianego wcześniej eklektyzmu poglądów występującego wśród praktyków. Pewne tezy powtarzane w orzecznictwie czy doktrynie są przyjmowane i utrwalane w praktyce sądowej. Należy jednak pamiętać, że znajomość szerszego kontekstu kulturowego i uwarunkowań powstawania pewnych założeń może wpływać wyłącznie korzystnie na poziom kultury prawnej reprezentowany przez sędziów. Ujawniając się w uzasadnieniach, usystematyzowana wiedza i wynikająca z niej postawa filozoficzno-prawna, może pomagać w tworzeniu jasnych i bardziej precyzyjnych orzeczeń. Nie należy jednak bagatelizować znaczenia środowiska, w którym konkretny sędzia się kształcił, nabierał doświadczenia zawodowego, a teraz orzeka. Wpajane prawnikom, w czasie studiów i dalszej praktyki, tezy z czasem stają się naturalnym elementem ich poglądów. Uwidacznia się to już przy porównaniu teorii i sposobu ich wykładania, w różnych ośrodkach akademickich. Zatem sędziowie nie zawsze są w pełni świadomi, że pewna wiedza i doświadczenie, którym się kierują przy orzekaniu ma rozbudowane źródła w filozofii prawa. Sędziowie, kształcąc się w pewnym środowisku, część poznawanych podglądów przyjmują i stosują w sposób podświadomy.

Poglądy filozoficzno-prawne sędziego powinny zatem przekładać się na podejmowane przez niego decyzje. Aby uzyskać najlepszy z punktu widzenia dobra wymiaru sprawiedliwości rezultat, warto podnosić poziom kultury prawnej poprzez wskazywanie wpływu założeń poszczególnych nurtów filozoficzno-prawnych

na postawy sędziów, a co za tym idzie – na orzecznictwo. W kolejnych częściach artykułu teza ta będzie poddawana dyskusji i podjęta zostanie próba odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób filozofia prawa rzutuje na decyzję sędziowską. Odwołanie do filozofii prawa Gustava Radbrucha, z wykorzystaniem przypadku stworzonego przez Lona L. Fullera i powołanie niektórych tez Hansa Kelsena pozwoli na analizę problemu z kilku perspektyw. Wybór największych klasyków filozofii prawa ma na celu przede wszystkim utrzymanie klarowności i przejrzystości wywodu dla praktyków.

Artykuł jest podzielony na dwie części, z których każda porusza dwie wynikające z siebie kwestie. Pierwsza podnosi problem przemian postaw wobec prawa. Charakteryzuje niektóre spośród historycznych i politycznych uwarunkowań postrzegania prawa, a co za tym idzie – także wymiaru sprawiedliwości. W tej części scharakteryzowana zostaje filozofia wartości Radbrucha, stanowiąca oś dla dalszych rozważań. Druga część poświęcona jest rozważaniom nad wpływem filozofii i sposobu prowadzenia wykładni na decyzję sędziowską. W tym celu przywołany zostanie fikcyjny przypadek stworzony przez Fullera w artykule „Sprawa grotołazów” (Fuller 1949). Szczególnie ważne z punktu widzenia tematyki artykułu będą tu dwa kryteria – filozofia prawa wyznawana przez sędziego oraz wtórna w stosunku do pierwszej, przyjmowana koncepcja wykładni prawa powiązana. Należy zauważyć, że niniejsza praca jedynie wykorzystuje sprawę grotołazów dla zobrazowania pewnych zjawisk. Opracowany przez L.L. Fullera przypadek staje się niejako narzędziem do pogłębionej analizy ukazanego w nim zjawiska. Wreszcie omówiony zostanie problem konfliktu wartości sprawiedliwości i bezpieczeństwa prawnego, rodzący się na gruncie decyzji sędziowskiej w pewnych szczególnych okolicznościach. Stanowi on jeden z najważniejszych elementów koncepcji G. Radbrucha, a zarazem jest jedną z podstaw prowadzonych w niniejszej pracy rozważań. Poglądy G. Radbrucha zostaną tutaj zestawione z poglądami pozytywisty – H. Kelsena w celu ukazania różnic rozumowania przedstawicieli różnych paradygmatów prawniczych.

2. TRANSFORMACJA POSTAW WOBEC PRAWA

Poszukiwanie ingerencji filozoficzno-prawnych w decyzję sędziowską jest związane w pewnym zakresie ze zjawiskiem dyskrecjonalności, gdyż to w objętych nią zakresach ujawniają się one nader często. W nauce prawa istniały różne postawy wobec zagadnienia zakresu swobody decyzji sędziowskiej, w dużej mierze uzależnione od popularnego w danym okresie nurtu filozoficznego. Dotyczą one postrzegania pewnych podstawowych pojęć takich jak prawda, etyka, sprawiedliwość i prawo. Na zmiany światopoglądowe oddziaływały tragiczne wydarzenia historyczne (np. wojny, kryzysy polityczno-prawne), które wpływały na zrewidowanie paradygmatów nauki prawa. Nurty prawonaturalne w historii

przemian myśli filozoficzno-prawnej są katalizatorem transformacji, a jednocześnie punktem odniesienia przy wytyczaniu nowych zasad. M. Szyszkowska zauważa, że „Sytuacje graniczne wzmagają odwoływanie się do sprawiedliwości, potęgują znaczenie poczucia słuszności” (Kurasz 2007, 35).

Nadmierne ograniczenia swobody decyzji sędziowskiej miały negatywne przejawy w przeszłości. Szczególne piętno ustawowego bezprawia odcisnęły na historii prawa założenia narodowego socjalizmu niemieckiego. Pozytywizm prawniczy uzależniał obowiązywanie prawa od procedury oraz właściwości organu stanowiącego. Taki stan rzeczy spowodował odsunięcie norm prawa pisanego od konieczności ich rewizji pod kątem moralności. W III Rzeszy pociągnęło to za sobą konsekwencje w postaci norm pozbawionych odniesień do pozaprawnych porządków normatywnych (Paulson 1994, 313–359)². Trudne doświadczenia lat 1933–1945 pokazały, że prawo, które w sposób rażący nie realizuje wartości sprawiedliwości, nie może być nazywane „prawem”, mimo jego normatywnego charakteru (Radbruch 2009, 251).

W okresie powojennym nauka prawa musiała mierzyć się z wieloma dylematami, będącymi skutkiem przesunięcia środka ciężkości myśli z pozytywistycznego paradygmatu. Na skutek dyskursu o walidacyjnej funkcji moralności dla prawa powstała potrzeba rewizji norm prawnych pod kątem aksjologicznym. Spowodowała ona konieczność stworzenia formuły, która mogła stanowić punkt wyjścia, dla oceny prawnej działalności zwolenników niemieckiego nazizmu. Pojęcie „rażącej niesprawiedliwości” norm prawa stanowionego, od momentu procesów norymberskich oraz procesu tzw. strzelców przy murze, dla wielu stało się wyznacznikiem kanonu moralnego w stosowaniu prawa. Pokazuje to, jak ważną rolę w obliczu tragedii II Wojny Światowej odegrała filozofia G. Radbrucha – jedna z najbardziej rozpowszechnionych tez dotyczących rozliczeń powojennych. Szeroko zakrojona dyskusja nad prawem nazistowskim przyczyniła się w dużej mierze do zahamowania klasycznego pozytywizmu prawniczego, wzmocnienia potrzeby konfrontowania norm prawnych z porządkami pozaprawnymi oraz filozofiami i tworzonymi przez nie definicjami pojęć prawa, sprawiedliwości i moralności.

W tym kontekście spostrzeżenia G. Radbrucha dotyczące prawa wydają się wyjątkowo aktualne. Uczony heidelberski wskazywał, że „Prawo jest tym bytem, którego przeznaczeniem jest służyć wartości prawnej, czyli idei prawa. [...] Ideą prawa nie może być nic innego niż sprawiedliwość” (Radbruch 2009, 34). Zatem prawo, rozumiane jako system regulacji, sposób przekazywania idei, gdy ową ideę zdradzi – odarte z podstawowych wartości i założeń nie może być prawem. Wynika z tego, że składające się na ideę prawa sprawiedliwość, celowość

² Dla przedstawienia pełnego kontekstu dyskusji nad prawem nazistowskim znacząca była w szczególności debata między H. Hartem a L.L. Fullerem. Z uwagi na jej znaczący rozmiar, nie została ona przywołana w niniejszej pracy. Należy jednak zaznaczyć, że miała ona doniosły wpływ na rewizję założeń pozytywizmu prawniczego oraz ukazała różnice między „twardym pozytywizmem”, a nowoczesną jego wersją (Zajadło 2001, 76).

i bezpieczeństwo prawne stają się osią przepisów, głównymi punktami odniesienia, bez których nie mają one racji bytu. Przyjmowane przez G. Radbrucha rozumienie filozofii prawa, jako filozofii wartości jest założeniem kluczowym dla dalszych rozważań nad interakcjami między filozofią prawa a decyzją sędziowską (Kosielińska-Grabowska 2008, 76; Chauvin 1999, 16).

G. Radbruch tworząc filozofię wartości, utożsamia ideę prawa ze sprawiedliwością *sensu largo* (Radbruch 2009; Chauvin 1999, 17–21)³. Realizacja tej idei oparta była na sprawiedliwości *sensu stricto*, celowości i bezpieczeństwie prawnym. „Prawo jest wolą czynienia sprawiedliwości” (Zajadło 2016, 14). Ową sprawiedliwość *sensu stricto* G. Radbruch rozumiał za Arystotelesem jako sprawiedliwość rozdzielczą, równość z wyrównaniem możliwości (Kosielińska-Grabowska 2008, 78). Bezpieczeństwo prawne w filozofii G. Radbrucha oznacza pewność i stabilność prawa. Ten aspekt dotyczy zarówno tworzenia prawa przez organy mające do tego legitymację, jak i interpretacji i stosowania prawa. Celowość ze względu na dobro wspólne jest wartością trzecią, stanowiącą tło dla poprzednich. Wprawdzie filozof zaznaczał, że żadna z cech prawa nie jest dominująca, to jednak wskazywał, że nie należy postrzegać prawa jako celowego, ponieważ przynosi korzyść społeczeństwu. Postulował natomiast postrzeganie prawa sprawiedliwego i pewnego jako prawa realizującego tę wartość (Zajadło 2016, 24; Arystoteles 2012, Rdz 3–4). Triada wartości prawa nie zawsze może być realizowana w pełni. Zachodzi wiele sytuacji kolizji poszczególnych wartości, które będą przedmiotem rozważań w dalszej części. Występujące między tymi wartościami antynomie nie wpływają jednak na system prawa destrukcyjnie, są niejako naturalnym elementem (Chauvin 1999, 26). To spostrzeżenie jest kluczowe dla rozumienia radbruchowskiej filozofii, której ważnym elementem jest podejmowanie prób rozstrzygnięcia kolizji między wspomnianymi wartościami. W zależności od czynników zewnętrznych wobec systemu prawa, przemian politycznych czy dominujących ideologii pewność, sprawiedliwość lub celowość prawa może stawać się pierwszoplanowa. Podobnie nawet wewnątrz poglądów G. Radbrucha widoczne jest przesunięcie akcentów z pozytywistycznego bezpieczeństwa prawa (dominowało w jego rozważaniach do czasu przemian politycznych do czasu dojścia do władzy Hitlera), w kierunku naturalistycznej sprawiedliwości (wyrażonej przede wszystkim w powojennym artykule Ustawowe bezprawie, ponadustawowe prawo; zob. Zajadło 2016, 9–37).

Na tym etapie rozważań warto zauważyć, że wartości bezpieczeństwa prawnego i sprawiedliwości łączą się i są podstawą budowania poziomu zaufania społeczeństwa wobec wymiaru sprawiedliwości. Należy jednak podkreślić, że stabilność prawa, choć wpływa na poczucie bezpieczeństwa prawnego, nie jest nadrzędną cechą prawa. Prawo powinno poprzez ewolucję dostosowywać

³ „[...] Sprawiedliwość jako własność subiektywna nie może być pojmowana inaczej niż jako wewnętrzne nastawienie na sprawiedliwość w obiektywnym tego słowa znaczeniu”. Warto zaznaczyć, że Radbruch prowadząc rozważania nad pojęciem prawa (Radbruch 2009, 36–43) odwołuje się do Arystotelesowskiego rozumienia sprawiedliwości: wyrównawczej i rozdzielczej.

się do zmian społecznych, a czynnikiem stymulującym zmiany ustawodawstwa powinno być, obok nauki prawa, orzecznictwo sądowe (Santera 2010, 46). Prawo, które zawiera i odzwierciedla wartości uznawane przez G. Radbrucha za podstawę idei prawa (sprawiedliwość, celowość i pewność prawa), staje się podstawą stabilnego systemu prawnego, w którym obywatele czują się bezpieczni. Obywatele oczekują od prawa ochrony przed działalnością organów władzy i innych obywateli. Takie spojrzenie na cele systemu prawa pozwala nam określić, jak ważną rolę odgrywa stosowanie prawa w sądach. To z kolei pokazuje, że sędziowie powinni być grupą społeczną cieszącą się szczególnym prestiżem i zaufaniem. Ustrojodawca dostrzegając rolę sędziów w tworzeniu prawidłowo funkcjonującego demokratycznego państwa przyznał im niezawisłość, która poprzez realizację wielu założeń i instytucji ustrojowych (takich jak immunitet) gwarantuje sędziom zobowiązanie do orzekania wyłącznie na podstawie Konstytucji oraz ustaw (Lipowicz 2009, 164). Historia procesów w Norymberdze jest przykładem możliwości uzyskania odmiennego rezultatu wyrokowania, zależnie jego od podstawy filozoficzno-prawnej. Przyjęcie założeń pozytywistycznych lub prawonaturalnych może skutkować odmiennym kształtem finalnej decyzji. Zatem warto zbadać, jak duży wpływ na decyzje sędziowskie mogą mieć jego przekonania filozoficzno-prawne.

3. WPLYW FILOZOFII NA DECYZJĘ SĘDZIEGO

Aby uświadomić sobie, jak ogromny wpływ na kształtowanie decyzji sędziowskiej mają wyznawane przez sędziów poglądy oraz filozofia, należy poddać pod rozwagę kilka głównych nurtów myśli prawniczej, które mogą prowadzić do zgoła odmiennych rezultatów przejawiających się w decyzjach sędziów (Zalewska 2015, 41). Hierarchia przyjmowanych przez sędziów sprawujących wymiar sprawiedliwości poglądów, uznawanie przez nich pewnych wartości jako nadrzędne – sprawiedliwości, porządku prawnego, prawdy, a nawet zróżnicowane ich pojmowanie, może przekładać się na rozumowania i wnioski sędziów. Problem ten naświetlił w swoim artykule prezentującym sprawę grotolażów profesor Harvard Law School, wybitny teoretyk i filozof prawa Lon Luvois Fuller (Widlak 2016, 63).

3.1. Decyzje sędziowskie a wyznawana przez nich filozofia prawa

Fuller stworzył fikcyjny kazus⁴, w którym poruszył wiele fundamentalnych problemów, nie tylko dotyczących postaw sędziów, ale także znaczenia moralnej

⁴ Należy zaznaczyć, że ów kazus ma charakter akademickiego przedstawienia poglądów filozoficzno-prawnych sędziów – czasem w sposób przerysowany (szczególnie w przypadku amerykańskiego realizmu prawniczego). W praktyce prawniczej poszczególne poglądy mogą ujawniać się tylko w konkretnych sprawach. Nie można więc przypisać sędziemu poglądów wyłącznie odpowiadających jednej doktrynie – jak dokonał tego Fuller.

oceny czynu. Uwięzieni w jaskini speleolodzy, mający kontakt ze światem zewnętrznym, dowiadują się, że ratunek dla nich może nie nadejść wystarczająco szybko. Racji żywnościowych nie wystarczy dla wszystkich, jednak po konsultacji z komitetem lekarskim dowiadują się, że zabicie i zjedzenie jednego z nich może uratować życie pozostałych. Mężczyźni stają przed tragicznym dylematem. Uwięzieni proszą o opinię sędziego lub urzędnika państwowego, a następnie pastora, jednak nikt z obecnych na powierzchni nie zajmuje żadnego stanowiska. Z uwagi na desperacką chęć ratowania życia mężczyźni podejmują decyzję o zabójstwie i zjedzeniu jednego spośród siebie, którego wyłonią w losowaniu. Zabójstwo dochodzi do skutku pomimo faktu, iż początkowy pomysłodawca *in fine* sprzeciwił się jego realizacji. Po uratowaniu mężczyzn, ocaleni zostali postawieni przed sądem i skazani na śmierć zgodnie z przepisem obowiązującym w państwie Newgarth „Kto umyślnie zabija człowieka, podlega karze śmierci”. Na skutek zażalenia, zapadłego w pierwszej instancji orzeczenia, przed Sądem Najwyższym Newgarth jest rozpatrywany wniosek oskarżonych o uchylenie wyroku skazującego ich na karę śmierci (Fuller 1949).

Prezentowane przez sędziów Sądu Najwyższego państwa Newgarth mowy są próbą przedstawienia przez Fullera wpływu nurtów filozoficzno-prawnych na poglądy i postawy poszczególnych sędziów. Rozważane nurty – pozytywizm prawniczy, doktryna prawnonaturalna, amerykański realizm prawniczy, wpływają na przyjmowany przez poszczególnych sędziów model wykładni prawa. Wśród reprezentowanych są to intencjonalizm, pragmatyzm, formalizm (Fuller 1949). Postawy sędziów tworzą układy antyformalizm – prawo natury, amerykański realizm prawniczy; formalizm – pozytywizm. W tym miejscu warto jednak zauważyć, że w stworzonym przez Fullera kazusie mamy do czynienia z nurtami filozoficznymi i metodami prowadzenia wykładni, które stanowią element warsztatu decyzyjnego sędziów. Fuller ilustruje zatem pewne rozumowania niejako w oderwaniu od kontekstu kulturowego, w jakim kształtowały się i funkcjonowały omawiane poglądy (Widłak 2016, 99).

W konfrontacji z prezentowanymi częściami składowymi idei prawa (sprawiedliwość, celowość, pewność prawa), można przypisać sposobom wykładni dominujące dla niej wartości z powoływanej triady. W kolejnych częściach zostaną omówione sposoby interpretacji prawa przez pryzmat realizowanych wartości filozoficzno-prawnych. Na wstępie warto jednak zauważyć, że wykładni formalistycznej odpowiada idea pewności prawa. Istnieje powszechne przekonanie, że według formalistów prawo ma tworzyć logicznie zamknięty i kompletny system⁵. Natomiast

⁵ W rzeczywistości jest to jednak argument skonstruowany i powtarzany przez krytyków pozytywizmu, nie przez samych pozytywistów. Najwięksi klasycy – Kelsen i Hart – nie byli formalistami. Nawet pozytywizm w wyjściowej postaci nie traktował systemu prawa jako zupełnego i zamkniętego. Taki stan jest rodzajem pożądanego wzorca, który jest realizowany we współczesnych systemach prawa pozytywnego.

koncepcje antyformalistyczne nie są zorientowane na pewność prawa, ale przede wszystkim na dwie pozostałe składowe idee prawa – celowość i sprawiedliwość.

Intencjonalizm skupia się na celu prawa zamierzonym w jego stanowieniu przez ustawodawcę. Jeśli uczyni się tutaj założenie, że ustawodawca tworząc prawo ma na celu realizację interesu społecznego, który jest istotą celowości prawa, to można spróbować ów cel przyrównać do celowości w radbruchowskim ujęciu. Celowość u Radbrucha stanowi podstawę powyższego założenia, nadającego dobru wspólnemu szczególne znaczenie w procesach tworzenia i stosowania prawa. Przez to celowość prawa jest związana z dążeniem do urzeczywistnienia wartości pewności i sprawiedliwości w tworzonym ustawodawstwie. Rozważanie nad intencjami historycznego lub aktualnego prawodawcy prowadzi do podejmowania prób rozpoznawania jego zamierzenia realizowanego w danej regulacji prawnej. Odwołując się do ról poszczególnych władz wyodrębnionych w trójpodziale – władza ustawodawcza ma być czynnikiem twórczym, który przekazuje pewne idee do wypełnienia i ochrony przez dwie pozostałe władze. Rolą władzy sądowniczej jest czuwanie nad przestrzeganiem prawa i stosowaniem go. Sędzia kierujący się wykładnią intencjonalistyczną, próbuje poznać ideę prawodawcy urzeczywistnioną w przepisie prawa. W stosowaniu prawa sędzia dokonuje pewnych założeń, dotyczących słuszności prawodawcy i spójności oraz sprawiedliwości prawa. Sędzia odwołuje się zatem do „pomysłu prawodawcy na normę” i na tej podstawie będzie dokonywał dalszej interpretacji prawa w procesie jego stosowania. W tym działaniu sędzia nie powinien być podrzędnym wykonawcą, ale „inteligentnym partnerem” (Widłak 2016, 116), który swoim działaniem będzie wspierał osiągnięcie celów założonych w prawie. Oczywiście należy mieć na uwadze, że wspólnym zamierzeniem władzy ustawodawczej i sądowniczej powinno być osiągnięcie efektywnego i sprawiedliwego systemu prawa.

Sędzia reprezentujący podejście pragmatyczne w wykładni prawa opiera swoje decyzje o założenia sprawiedliwości i słuszności (Chauvin 1999, 21–23). Jednak w tym przypadku przyjmuje on ciężar odpowiedzialności za decyzję. To stosujący prawo, na poszczególnych etapach decyzji, rozstrzyga o znaczeniu i brzmieniu norm wywiedzionych z przepisów. Wybór drogi wykładni i prowadzenia wnioskowań jest zależny od efektu, jaki sędzia chce osiągnąć na podstawie norm prawnych, na których rozumienie ma wpływ. Ważnym w tym kontekście jest przekonanie, że nie istnieje wyłącznie jedno sprawiedliwe i wzorcowe rozwiązanie (Widłak 2016, 174; Zajadło 2008, 11). Taka droga prowadzenia wykładni może odpowiadać wartości sprawiedliwości prawa sensu stricto według teorii Radbrucha. Sprawiedliwość jako element idei prawa zawsze wymagała realizacji, jednak nabierała kluczowego znaczenia w konfrontacji z tragicznymi okolicznościami sprawy. Taki sposób prowadzenia wykładni jest najbliższy koncepcji przedstawionej w powojennej teorii Radbrucha.

Formalistyczna teoria wykładni skupia się na aspekcie pewności prawa. Wynika to z dążenia formalistów do stosowania wykładni prawa jak najbliższej

literalnemu brzmieniu przepisu. Prowadzenie rozumowania prawniczego w przypadku wykładni formalistycznych, odmiennie od teorii antyformalistycznych, nie jest skoncentrowane na osiągnięciu zamierzonych celów i sprawiedliwości prawa, ale przede wszystkim na jak najdokładniejszej realizacji przepisu prawa. W tym przypadku można zaobserwować sprowadzenie sędziego do roli wykonawcy, a nie jak w powyższych przypadkach – interpretatora prawa. W filozofii G. Radbrucha element pewności prawa ma bardzo duże znaczenie. To jemu przyznaje się prymat w sytuacjach, gdy prawo nie jest rażąco niesprawiedliwe. Zawsze jednak należy mieć na uwadze przede wszystkim dążenie do pełnej realizacji idei prawa. Należałoby w tym miejscu zastanowić się nad słusznością takiego podejścia do stosowania prawa. Przede wszystkim, czy przyjmowane jako najwyższych wartości – pewności i bezpieczeństwa – jest korzystne z punktu widzenia realizacji idei prawa. Ta bowiem do swojej realizacji wymaga wszystkich wartości. Formalistyczna wykładnia prawa wielokrotnie może prowadzić do ich marginalizowania. Zatem skupienie na bezpieczeństwie prawnym może w wielu sytuacjach nie wypełniać czegoś, co nazywamy „poczuciem sprawiedliwości”, a co za tym idzie – nie realizować w pełni idei prawa rozumianej za G. Radbruchem.

Wyżej opisane *in abstracto* postawy zostały u Fullera wyrażone słowami fikcyjnych sędziów. W artykule Fullera sędzia Foster, reprezentuje nurt prawonaturalny. Mówca argumentuje, iż system prawa jest tworzony w pewnych warunkach, które determinują obowiązywanie porządku prawnego i wskazuje na potrzebę rozważenia nadzwyczajnych warunków, w jakich znajdowali się oskarżeni. Intencją mowy jest uniewinnienie oskarżonych, którzy nie zasługują na wymiar kary wobec „standardowego” systemu kar, ponieważ ich położenie było odmienne od warunków ustanowienia i obowiązywania porządku prawnego, według którego mieli być skazani. W argumentacji sędziego widoczne są odniesienia do koncepcji umowy społecznej. W przełożeniu na prezentowany kasus ze stanem natury należy utożsamić odcietą od świata jaskinię, w której uwięzieni byli speleolodzy. Natomiast porozumieniu grotolazów przypisać można rolę umowy społecznej – porozumienia kształtującego relacje między jednostkami znajdującymi się w stanie natury (Widłak 2016, 21). Sędzia Foster, prawnonaturalista poddaje pod rozagę przede wszystkim wartości i cele prawa. Mówca zwraca uwagę na potrzebę realizacji założonego przez legislatora celu ustawy. Prezentując uporządkowane rozumowanie prawnicze, przekonuje o potrzebie objęcia skazanych mężczyzn prawem łaski. Taka postawa jest pochodną przyjętej przez sędziego filozofii, nakazującej rozważenie, czy dany przepis prawny jest sprawiedliwy, czyli zgodny z wartościami, które powinny nieść ze sobą regulacje prawne. Stanowisko to wynika także z przyjętego antyformalistycznego, a w ujęciu szczegółowym intencjonalistycznego podejścia do wykładni prawa, skupiającego się na analizie celu zamierzonego przez ustawodawcę.

Reprezentujący amerykański realizm prawniczy sędzia Handy prowadzi swoje rozumowanie w sposób najbardziej oderwany od argumentów prawnych

sensu stricto. W swojej mowie zwraca uwagę na potrzebę funkcjonowania sądownictwa blisko ludzi. Mówca zdaje sobie sprawę z zagrożenia oderwania władzy sądowniczej od społeczeństwa. Obwinia o to przede wszystkim sposób działania prawników i sędziów, analityczne myślenie, dążenie do ukazania jak największej ilości szczegółów. Sędzia Handy zdaje sobie sprawę, że takie działania prowadzą do stanu, w którym „cała życiowa treść umyka z niego i pozostaje jedynie garść pyłu” (Widłak 2016, 50). Uznawanie realizmu przez sędziego prowadzi, z oczywistych względów, do przyjmowania przez niego antyformalistycznego sposobu wykładni. Przyjmuje on elastyczność jako czynnik pozwalający utrzymać odpowiednie postrzeganie wymiaru sprawiedliwości przez obywateli. Rozumowanie sędziego Handy’ego wskazuje na jego pragmatyczne podejście do wykładni prawa. Sędzia przyjmując pewne założenie dąży do jego realizacji prowadząc argumentację w sposób otwarty, momentami chaotyczny. Można nawet odnieść wrażenie, że całość jego stanowiska jest zdominowana przez z góry podjętą decyzję i nie została przyjęta żadna konkretna metoda, a prowadząc argumentację Handy wykorzystuje figury retoryczne do realizacji zamierzonego od początku celu.

Prezentowanie dwóch nurtów filozofii prawa nie wyklucza dojścia do tych samych wniosków. Mimo przeprowadzenia innego typu rozumowania – opartego na innych założeniach – nie jest wykluczone podjęcie takiej samej decyzji. Obrazuje to zbieżność werdyktu opinii sędziego Fostera z opinią sędziego Handy’ego.

Oceniając zachowanie skazanych z innej perspektywy, sędzia Keen jest przekonany o potrzebie literalnego wykonania przepisu i opowiada się za skazaniem na śmierć speleologów. Warto zwrócić uwagę na fakt, że sędzia początkowo wyraża prywatną opinię, z której wynika, że jako osoba nie godzi się na wykonanie wyroku śmierci. Następnie jednak prezentuje rozumowanie Keena-sędziego, który jako pozytywista i formalista nie godzi się na odstępstwo od przepisu. Choć mówca wydaje się rozdzielać swoje prywatne poglądy od rozumowań i wykładni stosowanych jako sędzia, to finalnie poczucie obowiązku sądenia zgodnie z przepisami w nim zwycięża. Nie próbuje on nawet podejmować dyskusji z treścią przepisu. Wygłasza nawet pogląd, że ocena zachowania oskarżonych z moralnego punktu widzenia nie może wpływać na ocenę dokonywaną przez sąd. Krytykuje celowościowe podejście sędziego Fostera (argumentacja omówiona powyżej), prezentując niebezpieczeństwa płynące z nadmiernej ingerencji prawodawstwa w sądownictwo. Uznając za najważniejsze spełnienie obowiązków sędziego, prezentuje w swojej mowie niebezpieczne podejście do przepisu prawa, ale rozumowanie wskazujące na potrzebę formalistycznego podejścia do wykładni. W końcowej części swojej wypowiedzi, sędzia przedstawia ważne spostrzeżenie, że stanie na straży literalnego brzmienia przepisu, może wymuszać w szczególnych sytuacjach zmiany prawodawstwa, które dają racjonalne podstawy do prowadzenia pewnych rozumowań, a nie są jedynie wynikiem sędziowskich rozważań.

Tak jak zostało zauważone na wstępie, jednym z głównych czynników wpływających na wybór sposobu dokonywania wykładni norm i przebieg procesu decyzyjnego jest przyjmowana przez sędziego – nawet nieświadomie – filozofia. Poszczególne nurty determinują postawę wobec prawa i jego stosowania.

3.2. Sprawiedliwość a bezpieczeństwo prawne – konflikt wartości

Powinność dążenia do realizacji idei prawa, napotyka na drodze swej realizacji wiele trudności. Bardzo często okazuje się, że utrzymanie harmonii i współrealizacja sprawiedliwości, celowości i pewności prawa są niemal niemożliwe. Wzajemne ścieranie się tych wartości prowadzić musi do dominacji jednej z nich. Należy zatem rozważyć rezygnację z tej wartości, która poniesie za sobą najmniej niekorzystnych konsekwencji. Radbruch w swoim artykule „Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo” zaznacza, że najważniejszą wartością dla idei prawa jest bezpieczeństwo prawne – pewność prawa (Zajadło 2016, 23). Warto pamiętać, że Radbruch, prawnik i filozof prawa, odmówił ustawom zbrodniczym, rażąco niesprawiedliwym, miana prawa (Kulesza 2013, 77–89)⁶. Brak prawa pisanego, ustaw nie jest stanem pożądanym, jest zaprzeczeniem stanu bezpieczeństwa i pewności prawa. Radbruch uznaje prawo pisane jako wartość, która pomaga zorganizować świat. Przed ustawami stawia jednak kolejne ważne wymogi, które spełnione dają przymiot prawa realizującego w pełni ideę prawa. Nietrudno oprzeć się wrażeniu, że kompromis taki jest trudny, wywołuje dylematy w kwestii prymatu realizowanych wartości. Odwołanie się do naturalistycznych wartości ponadustawowych, przy jednoczesnym przywiązywaniu ogromnej wagi do bezpieczeństwa prawnego, poczucia znajomości i pewności prawa powoduje, że zaczynamy myśleć o filozofii Radbrucha jak o filozofii antyformalistycznej. Należy stosować prawo pisane, ale równocześnie należy odmówić charakteru prawa ustawom rażąco niesprawiedliwym. Prawo ma być zawarte w określonych regulacjach, tworzonych przez organy posiadające do tego legitymację, powinno realizować cel, jakim jest dobro publiczne, będąc jednocześnie ukierunkowanym na osiągnięcie sprawiedliwości. Takie zorientowanie wartości na osiągnięcie sprawiedliwości sensu largo wymaga działania w zgodzie z ideami składowymi idei prawa na każdym etapie jego tworzenia i stosowania.

Wyjątkową rolę w systemie stworzonym przez Radbrucha odgrywa sędzia, to on dokonując wykładni zgłębia cel prawodawcy, dokonuje jego oceny, a w sytuacjach rażącej niesprawiedliwości odmawia przepisom przymiotu prawa. To na osobę sędziego Radbruch nakłada odpowiedzialność za ocenę słuszności przepisu w jego stosowaniu. Takie zabezpieczenie ma zapobiegać nadużyciom ze strony władz i gwarantować realizację zasad demokratycznego państwa

⁶ W książce dokonana została wnikliwa analiza prawnokarna formuły Radbrucha, którą autor zestawiał z analizą wskazanych porządków prawnych. Przedstawione zostały także postulaty *de lege ferenda*, w zakresie odpowiedzialności za zbrodnie obrazy sprawiedliwości.

prawnego, poprzez realizację idei prawa – sprawiedliwości. Pozwala to na zapobieżenie sytuacji, w której formalistyczne podejście do prawa czyni prawników bezbronnymi wobec prawa tworzego dla realizacji haniebnych idei.

Nasuwa się tutaj jednak zaskakujące podobieństwo przedstawionych poglądów Radbrucha z rozumowaniem neopozytywisty Hansa Kelsena. Po pierwsze, austriacki filozof prawa zauważył, że zadaniem niemal niemożliwym jest użycie jedynej właściwego rozstrzygnięcia w akcie stosowania prawa (Kelsen 2014, 487). Przyznając sędziemu przymiot twórczego interpretatora prawa (Kelsen 2014, 350), wskazał on możliwość twórczego dokonywania przez niego wykładni prawa. Kelsenowska hierarchiczność norm wymusza połączenie w osobie sędziego funkcji stosującego prawo i jego twórcy. Ramy tworzone przez prawo pozytywne pozostawiają możliwość dokonania swobodnej oceny stanu faktycznego i prawnego. Sędzia, tworząc normę konkretną i indywidualną na podstawie wynikających z systemu przepisów norm abstrakcyjnych i generalnych, nie może być ściśle związany w swoim rozumowaniu. Szczególnie istotnym elementem rozumowania Kelsena jest postrzeganie tworzenia prawa jako procesu dynamicznego, prowadzącego od normy podstawowej przez poszczególne etapy prawodawstwa, sądowe stosowanie prawa do finalnego wykonania sankcji. Zawsze w procesach tworzenia prawa (dokonywanych zarówno przez władzę ustawodawczą, jak i w orzeczeniach sądowych i decyzjach administracyjnych) pozostaje pewien margines niedookreśloności, który ma różne podstawy – zamierzone lub nie. Wynika to z samej istoty systemu prawa, tworzego w różnych procedurach, przez różne organy, ale także z trudności ustalenia tożsamości woli normodawcy z treścią przepisu, jak również wieloznaczności lub nieostrości używanych pojęć (Kelsen 2014, 483). Zatem przy założeniu, że każda interpretacja mieszcząca się w ramach przepisu prawa może prowadzić do wielu rozstrzygnięć, należy uznać wszystkie możliwe rozstrzygnięcia za potencjalnie równoważne (Kelsen 2014, 485).

Po drugie, interesująca jest tutaj wielokrotnie już wykazywana możliwość osiągnięcia takiego samego efektu końcowego przez osoby będące zwolennikami różnych filozofii, a co za tym idzie – wybierające odmienne modele wykładni. Rozwiązanie kwestii dotyczących zbrodni wojennych, zarówno przez Kelsena, jak i Radbrucha prowadzą do zbieżnego rezultatu przy wykorzystaniu innych dróg rozumowania oraz założeń. Warto w tym miejscu podnieść, że koncepcje Radbrucha i Kelsena były i nadal są przedmiotem rozważań filozofów prawa. Każda z nich pokazuje problematykę osądu zbrodni wojennych z innej perspektywy, uwzględniając inne paradygmaty (Haldemann 2005, 174–175). Założenia powojennej formuły Radbrucha – odmowa przymiotu prawa ustawom rażąco niesprawiedliwym, nie zaprzeczają stworzonej przed wojną teorii, w której konflikt między pewnością a sprawiedliwością prawa ma być rozstrzygany na korzyść pierwszej z nich. Przeciwnie, są wynikiem innego rozłożenia akcentów w tej teorii. Jednak takie przewartościowanie dotyczy jedynie sytuacji skrajnych. Podobnie Kelsen odnosi

zasadę *lex retro non agit* jedynie do „szarej strefy moralności”, odmawia stosowania tej zasady w obronie zbrodniarzy wojennych (Zalewska 2018, 203–204).

In fine warto dostrzec, że często zgoła odmienne postawy, mogą doprowadzić do wniosków o zbieżnych skutkach. Tak było zarówno w przypadku Fullero-wskich sędziów – Fostera i Handyego, jak i filozofów – Radbrucha i Kelsena. Neopozytywista Kelsen pozostawia sędziemu swobodę wyboru rezultatu interpretacyjnego, podobnie przedstawiciel „trzeciej drogi” między pozytywizmem a prawem natury – Radbruch umożliwia stosującemu prawo, uznanie przepisu za pozbawiony charakteru prawa. Tym samym filozofowie reprezentujący w tej kwestii pragmatyczne podejście do wykładni, pozostawiają większy lub mniejszy margines swobody decyzji sędziom.

4. ZAKOŃCZENIE

Zgodnie z założeniami formuły Radbrucha, która kształtowały się w obliczu konsekwencji wydarzeń II wojny światowej i przebiegu procesów zbrodniarzy hitlerowskich, prawo, które zawiera i odzwierciedla wartości uznawane przez Radbrucha za podstawę idei prawa (sprawiedliwość, celowość i pewność prawa), staje się podstawą stabilnego systemu prawnego w którym obywatele czują się bezpieczni.

Proces stosowania prawa jest wieloetapowy i uzależniony od wielu czynników. Jednak na decyzję sędziego mają szczególny wpływ dwa czynniki: wyznawana przez sędziego filozofia prawa oraz przyjmowany sposób prowadzenia wykładni. Rzutują one na sposób rozumienia podstawowych pojęć, takich jak prawda, prawo, bezpieczeństwo, sprawiedliwość, społeczeństwo, ale także na sposób hierarchizowania tych wartości. Każdorazowo sędzia dokonując oceny stawianego przed nim stanu faktycznego, odwołuje się do własnego rozumienia wspomnianych pojęć. Należy pamiętać, że osoba sprawująca urząd sędziego nie jest oderwana od kontekstu kulturowego, wpływają na nią jej doświadczenia, studia uniwersyteckie, a także ugruntowane orzecznictwo. Sędzia stosując prawo wybiera częściowo nieświadomie, drogę interpretacji normy a co za tym idzie rozstrzygnięcie, które przybiera formę orzeczenia. W kolejnym etapie uzasadniając podjętą decyzję przedstawia rozumowanie, jednak w uzasadnieniach orzeczeń na potrzeby postępowania sądowego dominującą rolę odgrywa stosowane prawo oraz przyjęty przez sędziego stan faktyczny. Nie należy jednak zapominać, że podstawą werdyktu sędziego w konkretnych sprawach jest również jego postrzeganie świata, przyjmowanie poglądów pozytywistycznych lub prawnaturalnych, dobieranie do wyznawanej filozofii odpowiedniego sposobu przeprowadzenia wykładni. Rozumowanie sędziego nie jest algebraicznym rachunkiem norm i faktów, ale jego odbiciem w świadomości i poglądach orzekającego. Poglądy sędziów mają w rzeczywistości charakter eklektyczny, łącząc założenia poszczególnych doktryn

filozoficznoprawnych, ujawniają się w różnym natężeniu i konfiguracji w poszczególnych procesach decyzyjnych. W zależności od prezentowanej postawy dostrzegamy dominację pewności prawa albo sprawiedliwości. Przedstawione wnioski potwierdzają prezentowaną w literaturze przedmiotu tezę, że rozstrzyganie spraw w trudnych przypadkach, wiąże się ze stworzonym przez M. Zirk-Sadowskiego modelem „od prawa ku filozofii” (Zirk-Sadowski 2011, 7–8; Zajadło, Zeidler 2021, 21). Pokazuje to, że nawet w *stricte* profesjonalnych rozważaniach prawniczych filozofia odgrywa znaczącą rolę. Wspominane wielokrotnie tragiczne wydarzenia historyczne, przemiany intelektualne, rozwój technologiczny wpływają na sposób kształcenia prawników i stosowania prawa przez sądy. Z uwagi na to, że ów wpływ może pozostawać nieuświadomiony, warto podnosić świadomość prawną prawników-praktyków. Pozwoli to na poprawę zdolności rozpoznawania poglądów o podłożu filozoficznoprawnym i przyporządkowania ich do poszczególnych doktryn filozofii prawa. To powinno się przełożyć na lepsze rozumienie tła poszczególnych instytucji prawnych, a w konsekwencji także na rozwój kultury prawnej. Stosowanie prawa jest sztuką, która można odnajdywać różne drogi i sposoby przejawiające się w sposobie wykładni prawa – pochodnym względem przyjmowanej przez sędziego filozofii. Stosowanie prawa powinno być również drogą dla społeczeństwa do demokratycznego państwa prawa.

Pragnę wyrazić ogromną wdzięczność Pani Doktor Monice Zalewskiej za poświęcony czas, cenne uwagi oraz nieocenione wsparcie w pracy nad tekstem.

BIBLIOGRAFIA

- Arystoteles. 2012. *Etyka nikomachejska*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Chauvin, Tatiana. 1999. „Sprawiedliwość: między celowością a bezpieczeństwem prawnym. Ewolucja poglądów Gustawa Radbrucha”. *Studia Iuridica* 37: 15–39.
- Crowe, Jonathan. 2019. „Not-so-easy cases”. *Statute Law Review* 40(1): 79–82.
- Fuller, Lon Luvois. 1949. „The case of speluncean explorers”. *Harvard Law Review* 62(4): 616–645.
- Haldemann, Frank. 2005. „Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law”. *Ratio Jurisprudence* 18(2): 162–178.
- Kelsen, Hans. 2014. *Czysta teoria prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Kosielińska-Grabowska, Urszula. 2008. „Idea sprawiedliwości u Gustawa Radbrucha”. W *Rozdroża sprawiedliwości we współczesnej myśli filozoficznoprawnej*. Red. Bartosz Wojciechowski, Mariusz J. Golecki. 75–96. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Kulesza, Witold. 2013. *Crimen laesae iustitiae odpowiedzialność karna sędziów i prokuratorów za zbrodnie sądowe według prawa norymberskiego, niemieckiego, austriackiego i polskiego*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Kurasz, Adriana. 2007. „Czy istnieje prawo naturalne?” *Studia Elckie* 9: 35–51.
- Lipowicz, Agata. 2009. „Formalne i materialne gwarancje niezawisłości sędziowskiej jako element systemu praworządności demokratycznej”. *Homines Hominiibus* 5: 163–170.
- Łętowska, Ewa. 1993. „Dekalog dobrego sędziego”. *Gazeta Wyborcza* (6–7 lutego): 5–8.

- Paulson, Stanley L. 1994. „Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the ‘positivist’ theses”. *Law and Philosophy* 13: 313–359.
- Radbruch, Gustav. 2009. *Filozofia prawa*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Sanetra, Walerian. 2010. „Swoboda decyzji sędziowskiej z perspektywy Sądu Najwyższego”. W *Dyskrecjonalność w prawie – materiały XVIII Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Teorii i Filozofii Prawa*. Red. Wiesław Staśkiewicz, Tomasz Stawecki. 34–52. Warszawa: LexisNexis Polska.
- Widłak, Tomasz. 2016. *Fuller*. Sopot: Horyzonty Filozofii Prawa.
- Widłak, Tomasz. 2019. „Egzemplaryzm sędziowski w literaturze prawniczej na przykładzie *Sprawy Grotolazów L.L. Fullera*”. *Prawo i literatura. Parerga*. Red. Joanna Kamień, Jerzy Zajadło, Kamil Zeidler. 95–107. Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego.
- Zajadło, Jerzy. Red. 2008. *Co to są hard cases? Fascynujące ścieżki filozofii prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Zajadło, Jerzy. 2016. *Radbruch*. Sopot: Horyzonty Filozofii Prawa.
- Zajadło, Jerzy. 2019. *Minima iuridica Refleksje o pewnych (nie)oczywistościach prawniczych*. Sopot: Arche, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego.
- Zajadło, Jerzy. Kamil Zeidler. 2021. *Fascynujące ścieżki filozofii prawa 2*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Zalewska, Monika. 2015. „Czysta teoria wykładni prawa? Hans Kelsen – teoretyk i konstytucjonalista”. *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*. Red. Tomasz Stawecki, Jan Winczorek. Wolters Kluwer Polska.
- Zalewska, Monika. 2018. „Does Hans Kelsen’s Pure Theory of Law Support the Rule of Law and Democracy?” W *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP-B) 161 The Rule of Law and Democracy*. Red. Hirohide Takikawa. 203–215. Stuttgart: Franz Steiner Verlag.
- Zirk-Sadowski, Marek. 1998. *Prawo a uczestniczenie w kulturze*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Zirk-Sadowski, Marek. 2011. *Wprowadzenie do filozofii prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer.

*Emil Śliwiński** <https://orcid.org/0000-0002-5910-9030>

ADMINISTRATYWIZACJA KARANIA

Streszczenie. Artykuł opisuje zjawisko administratywizacji karania. Polega ono na wyborze przez ustawodawcę przy regulowaniu danej dziedziny stosunków społecznych administracyjnych kar pieniężnych zamiast klasycznych instrumentów prawa represyjnego, takich jak utworzenie typu przestępstwa czy wykroczenia. Przeanalizowano w szczególności przyczyny takiego zjawiska. Ponadto (na przykładzie ustawodawstwa z ostatnich lat) opisano charakter administracyjnych kar pieniężnych. Dokonano także wskazania możliwych kierunków rozwoju odpowiedzialności administracyjnej w kontekście systemowym.

Słowa kluczowe: administracyjne kary pieniężne, sankcje administracyjne, delikty administracyjne, prawo wykroczeń, karanie.

ADMINISTRATIVISATION OF PUNISHMENT

Abstract. The article describes the phenomenon of “administrativisation” of punishment. The legislator, when regulating an area of social relations, frequently chooses administrative monetary penalties instead of other instruments of repressive law, such as creating a crime or a petty offence. In particular the reasons for such a decision were analysed. On the basis of statutes adopted during last few years the character of the administrative monetary penalties was described. The possible directions of development of administrative liability in the context of system of law were also indicated.

Keywords: administrative monetary penalties, administrative sanctions, administrative violations, petty offences law, punishment.

1. WPROWADZENIE

Przedmiotem artykułu jest dające się zaobserwować w polskim prawodawstwie wypieranie sankcji karnych (wykroczeniowych) przez sankcje administracyjne (głównie administracyjne kary pieniężne). *In concreto* można ten proces nazwać konwersją odpowiedzialności karnej w administracyjną (Danecka 2018). W ramach tego opracowania będę się zajmował takimi przekształceniami, ale przede wszystkim sytuacją, w której – gdy ustawodawca reglamentuje jakąś dziedzinę życia społecznego po raz pierwszy – zapada decyzja o sankcjonowaniu pewnych obowiązków administracyjnoprawnych poprzez administracyjne kary

* Uniwersytet Warszawski, Szkoła Doktorska Nauk Społecznych, e.sliwinski@uw.edu.pl

pieniężne, a nie przez kary kryminalne lub wykroczeniowe. Obydwa te zjawiska można nazwać „administratywizacją karania”¹.

Na wstępie należy poczynić zastrzeżenie: ramy artykułu muszą być ogólnie wyznaczone przez normy sankcjonowane przynależące do prawa administracyjnego (tj. odnoszące się do obowiązków administracyjnoprawnych), ale właściwym przedmiotem tego opracowania są jednak normy sankcjonujące, tworzone albo w reżimie prawa administracyjnego (jako administracyjne kary pieniężne), albo prawa karnego (jako kary kryminalne lub wykroczeniowe). Jest bowiem oczywiste, że ustawodawca, gwarantując wykonanie norm sankcjonowanych (z zakresu prawa administracyjnego), może ustanowić normy sankcjonujące wyrażające albo administracyjne kary pieniężne, albo kary wykroczeniowe, albo kary kryminalne. Artykuł zatem ma między innymi na celu zbadanie tego, dlaczego – sankcjonując wykonanie pewnych obowiązków administracyjnoprawnych – ustawodawca wybiera regulację administracyjnych kar pieniężnych, a nie kar kryminalnych lub wykroczeniowych (przez co karanie w ogólniejszym, teoretycznym sensie, jest „administratywizowane”).

W artykule odnoszę się do przeszłości, teraźniejszości i przyszłości procesu administratywizacji karania. W pierwszej kolejności koncentruję się na historii rozwoju instytucji administracyjnych kar pieniężnych w Polsce. Następnie należało przyjrzeć się typologii uzasadnień wprowadzania odpowiedzialności za delikt administracyjny (naruszenie prawa zagrożone administracyjną karą pieniężną); sprawdzić, co je odróżnia od uzasadnień ustanowienia odpowiedzialności za przestępstwo lub wykroczenie. W dalszej części rozważam możliwe kierunki rozwoju prawa deliktów administracyjnych (także w ramach szerszego kontekstu) i dokonuję oceny zjawiska administratywizacji karania. Z konieczności omówienie tych zagadnień ma charakter szkicowy i maksymalnie syntetyczny. Moim założeniem jest jednak ukazanie różnych aspektów administratywizacji karania składających się na pewien całościowy obraz tendencji normatywnych w tej materii. Najogólniejsza teza tego artykułu jest następująca: istnieje istotny związek między motywami administratywizacji karania (punkt 3 artykułu), obecnym sposobem regulacji administracyjnych kar pieniężnych (punkt 4 artykułu) i możliwymi wyzwaniem stojącymi przed ustawodawcą w przyszłości (punkt 5 artykułu).

¹ Podobnym pojęciem („administratywizacja prawa karnego”) posługuje się Zalewski (2021), w odniesieniu do formy ucieczki od prawa karnego na grunt prawa administracyjnego. W punkcie 3 niniejszego artykułu przedstawiam motywy administratywizacji karania, które faktycznie sugerują, że wybór jako sankcji administracyjnej kary pieniężnej (zamiast kary kryminalnej lub wykroczeniowej) jest podyktowany chęcią ominięcia gwarancji właściwych dla prawa karnego *sensu stricto*.

2. HISTORIA ROZWOJU ADMINISTRATYWIZACJI KARANIA

W czasach przedwojennych i w pierwszych latach istnienia PRL porządek administracyjny był chroniony za pomocą kar za wykroczenia w ramach postępowania zwanego karno-administracyjnym. Pojęciem tym posługiwało się rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 22 marca 1928 r. o postępowaniu karno-administracyjnym (Dz.U. z 1928 r., Nr 38, poz. 365) oraz ustawa z dnia 15 grudnia 1951 r. o orzecznictwie karno-administracyjnym (Dz.U. z 1951 r., Nr 66, poz. 454). Wraz z uchwaleniem w dniu 17 kwietnia 1966 r. ustawy o przekazaniu niektórych drobnych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karno-administracyjnego (Dz.U. z 1966 r., Nr 23, poz. 149) oraz wejściem w życie ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 281 ze zm., dalej: k.w.) utrwalił się status prawa wykroczeń jako „małego prawa karnego” (Szumiło-Kulczycka 2004a, 102–103; Staniszevska 2017, 114; Marek 2010, 38–39; Szydło 2003, 129). W konsekwencji więc prawo wykroczeń wypadło z zainteresowań badawczych nauki prawa administracyjnego, pojawiło się natomiast w obszarze badawczym karnistów.

Pierwsze przepisy przewidujące odpowiedzialność administracyjną na wzór dzisiejszego reżimu odpowiedzialności za delikt administracyjny wprowadzono w latach 50. XX wieku; pojawiły się wówczas sankcje finansowe nakładane przede wszystkim na podmioty zbiorowe (Szumiło-Kulczycka 2004a, 110–115), jednakże do przemian ustrojowych 1989 r. miały one znaczenie marginalne (Błachnio-Parzych 2016, 88–89; Radecki 2014, 27), co należy głównie wiązać z realiami społeczno-politycznymi. W czasach PRL-u reżimy karny i wykroczeniowy wydawały się wystarczające.

Rozrost pola zastosowania deliktów administracyjnych należy wiązać z rozwojem indywidualnej działalności gospodarczej w latach 90. XX wieku (Szumiło-Kulczycka 2004a, 117); tego typu sankcje administracyjne są bowiem szczególnie popularne w dziedzinie prawa administracyjnego gospodarczego (Staniszevska 2017, 123). Oczywiście pewną rolę odgrywa tutaj także postępująca inflacja prawa oraz akcesja Polski do Unii Europejskiej (Błachnio-Parzych 2016, 92–93).

Współczesny rozwój prawa deliktów administracyjnych dobrze ilustruje porównanie wyników dwóch badań o charakterze ilościowym, opartych na bardzo podobnej metodologii i przeprowadzonych przez tę samą autorkę, Dobrosławę Szumiło-Kulczycką, w odstępnie dwunastoletnim (2004 r. i 2016 r.). Otóż w roku 2004 autorka naliczyła 49 ustaw, kształtujących około 80 „typów” deliktów administracyjnych (Szumiło-Kulczycka 2004a, 119–136), natomiast w roku 2016 takich ustaw było już 119, a „typów” około 400 (Szumiło-Kulczycka et al. 2016, 165–326).

W celu unaocznienia procesu rosnącego znaczenia prawa deliktów administracyjnych przeprowadziłem skromne badanie ilościowe. Jest ono – rzecz oczywista – obarczone pewnymi ograniczeniami. Nie uwzględnia bowiem ani

częstości potencjalnego stosowania danej regulacji, ani obszerności danego aktu czy liczebności przepisów penalnych w danym akcie. Opiera się ono na analizie ustaw uchwalonych przez Sejm VIII kadencji, co pozwala stwierdzić względnie nowe trendy rozwojowe tego rodzaju odpowiedzialności w ramach bilansu pewnej zamkniętej całości aktywności legislacyjnej w „normalnych” czasach. Odwołanie się do późniejszej legislacji oznaczałoby także konieczność objęcia analizą używania administracyjnych kar pieniężnych w ramach nadzwyczajnego reżimu prawnego w okresie pandemii COVID-19, co jest potencjalnie bardzo interesującym tematem, ale niewątpliwie przekraczałoby ramy niniejszego artykułu. Analizie poddane zostały tylko ustawy nowo uchwalone, z wyłączeniem ustaw zmieniających², budżetowych, ratyfikujących i przepisów wprowadzających. Ustaw takich było 166³. W 30 z nich przewidziano odpowiedzialność za przestępstwo lub wykroczenie (w 19 – za przestępstwo, w 15 – za wykroczenie⁴), natomiast w 35 – administracyjne kary pieniężne⁵, przy czym w 12 ustawach występowała jednocześnie odpowiedzialność za delikt administracyjny i za przestępstwo lub wykroczenie⁶.

² Z różnych względów (głównie metodologicznych) uznałem, że uwzględnienie ustaw nowelizujących byłoby niecelowe. W ustawach zmieniających może bowiem dojść do różnego rodzaju konwersji (szerzej o tym zjawisku: Danecka 2018). Konwersja może mieć charakter pełny lub niepełny (wraz z pojawieniem się typu deliktu administracyjnego może dojść lub nie do uchylecia typu wykroczenia/przestępstwa), zewnętrzny lub wewnętrzny (w obrębie tego samego aktu lub innego aktu); może wreszcie dochodzić do zmiany opisu typu deliktu administracyjnego albo podwyższenia granic kary. Często wszystkie te zjawiska zachodzą jednocześnie w ramach jednej ustawy nowelizującej, co utrudniałoby przedstawienie tendencji (w postaci syntetycznego porównania liczb bezwzględnych). Oczywiście pojęcie konwersji można także odnosić do ustaw nowo uchwalonych (względem ustaw uchylanych), ale ze względu na to, że ustawa nowo uchwalona wydaje się być przemyślaną próbą regulacji na nowo pewnej sfery stosunków społecznych, przedstawienie tej kwestii w taki sposób wydaje się być uzasadnione.

³ Warto zaznaczyć, że w tej liczbie znalazło się 10 ustaw, których celem było wyłącznie utworzenie pewnej instytucji państwowej, 8 ustaw ustanawiających różne medale i święta oraz co najmniej 22 ustawy o charakterze epizodycznym.

⁴ W 4 ustawach przewidziano odpowiedzialność i za przestępstwo, i za wykroczenie (dlatego też 19 i 15 ustaw daje 30 ustaw łącznie).

⁵ W swoich analizach pominąłem 3 specustawy, które kształtują karę pieniężną nakładaną przez organ administracji na inny organ administracji za opóźnienie w wydaniu decyzji. Kary takie są przewidziane w: art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 24 lutego 2017 r. o inwestycjach w zakresie budowy drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1644), art. 21 ust. 3, art. 26 ust. 4 i art. 27 ust. 4 ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o ułatwieniach w przygotowaniu i realizacji inwestycji mieszkaniowych oraz inwestycji towarzyszących (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1538) oraz art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 22 lutego 2019 r. o przygotowaniu i realizacji strategicznych inwestycji w sektorze naftowym (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 2309 ze zm.). Wydają się one bardzo interesującym tematem badawczym, jednakże ze względu na to, że są wykorzystywane w stosunkach wewnętrznych administracji, uznałem za stosowne ich wyodrębnienie od innych administracyjnych kar pieniężnych (stosowanych wobec podmiotów administrowanych).

⁶ Warto zaznaczyć, że w 7 ustawach kary pieniężne współwystępują z karami za przestępstwo, w 2 – za przestępstwo i za wykroczenie, i w 3 – tylko za wykroczenie. Potwierdza to – moim

3. PRZYCZYNY ADMINISTRATYWIZACJI KARANIA

Ta część artykułu poświęcona jest typologii uzasadnień administratywizacji karania. Innymi słowy, postaram się znaleźć odpowiedź na pytanie, dlaczego ustawodawca coraz chętniej korzysta z instrumentu w postaci administracyjnej kary pieniężnej w porównaniu z klasycznymi instrumentami karnistycznymi (tj. stworzeniem typu przestępstwa lub wykroczenia). Już w tym miejscu warto zaznaczyć, że przeważająca część czynników wpływających na wybór administracyjnej kary pieniężnej jako sankcji wynika z właściwości samej odpowiedzialności administracyjnej albo też właściwości postępowania administracyjnego⁷. W tym zakresie można nazwać administratywizację karania ucieczką od prawa karnego *sensu stricto* (Zalewski 2021, 75), gdyż standardy gwarancyjne w zakresie wymierzania administracyjnych kar pieniężnych są niższe. Ze względu na to, że nie do wszystkich powodów swoich wyborów ustawodawca się wprost przyznaje, warto będzie odwołać się także do poglądów doktryny oraz do własnych przemyśleń dotyczących popularności ustanawiania tego rodzaju sankcji przez ustawodawcę. Będzie to zatem w jakimś stopniu spekulacja (Danecka 2018, 267).

3.1. Zapewnienie skuteczności (efektywności) prawa

Truizmem wydaje się być stwierdzenie, że prawo – w celu zapewnienia jego skuteczności – powinno być obwarowane sankcją (Staniszewska 2017, 289; Kruk 2013, 21–22; Wincenciak 2008, 253; Danecka 2018, 262). Upraszczać, chodzi o zapewnienie dobru prawnemu odpowiedniego poziomu ochrony. Należy pamiętać, że kwestię proporcjonalności kary za dane naruszenie należy postrzegać niejako dwustronnie. Z jednej strony należy zapewnić, aby sankcje były wystarczająco surowe, przez wzgląd na potrzebę ochrony dóbr prawnych; z drugiej jednak strony nie powinny być zbyt surowe, aby nie naruszać dóbr sprawy (w przypadku

zdaniem – tezę, że delikty administracyjne wypierają wykroczenia. Gdy ustawodawca potrzebuje bardzo surowej kary stosowanej wobec osób fizycznych, stworzy przepis typizujący przestępstwo. Gdy ustawodawca potrzebuje kary mniej surowej (co do zasady) lub stosowanej wobec osób prawnych (względnie innych jednostek organizacyjnych) typizuje delikt administracyjny. Wykroczenia wydają się w takim układzie zbędne.

⁷ Projektodawca przykładowo sugeruje swoją preferencję dla uproszczeń materialnoprawnych i procesowych w następujących słowach: „Wydaje się, że tego rodzaju ukształtowanie odpowiedzialności oprócz korzyści związanych z szybkością stosowania sankcji administracyjnych i uproszczonym trybem ich nakładania pozwoli na nadanie przepisom o odpowiedzialności instytucji obowiązanych, wymaganego przez dyrektywę 2015/849 waloru skuteczności oraz w znacznie wyższym stopniu zniechęci instytucje obowiązane do dopuszczania się naruszeń przepisów o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, niż kształtowanie tego rodzaju naruszenia na zasadach odpowiedzialności karnej” (uzasadnienie projektu ustawy o zapobieganiu praniu pieniędzy, 65–66).

sprawców deliktu administracyjnego jest to ochrona własności i innych praw majątkowych, przewidziana w art. 64 Konstytucji RP).

Powołanie się na konieczność zapewnienia dobrom prawnym ochrony możemy odnaleźć w uzasadnieniu do projektu jednej z analizowanych ustaw:

Powyższe działanie jest podyktowane przede wszystkim koniecznością realizacji w praktyce zasady ochrony zdrowia i życia konsumentów. Zasada ta znajduje swoje oparcie w przepisach art. 68 ust. 1, art. 76 czy art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a także jest dopuszczalne przez prawodawstwo Unii Europejskiej (uzasadnienie projektu ustawy o produktach kosmetycznych, 13).

Odwoływanie się do kolizji zasad konstytucyjnych (czy szerzej prawnoczołowieczych) nie jest jednak szczególnie powszechne; często bowiem projektodawca poprzestaje na lapidarnym wskazaniu o przydatności w świetle celu regulacji:

Przewidzenie w treści ustawy możliwości zastosowania wobec ww. podmiotów sankcji administracyjnych jest zasadne z punktu widzenia projektu oraz nie narusza zasad demokratycznego państwa prawnego (uzasadnienie projektu ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, 57).

W toku prowadzonych badań można było dostrzec, że czynniki administratywizacji karania sprowadzają się w zasadzie do zapewnienia większej skuteczności karania (względem prawa karnego czy prawa wykroczeń). Nierzadko ustawodawca sam to przyznaje:

Obecnie obowiązujące w ustawie z dnia 30 marca 2001 r. o kosmetykach przepisy karne nie funkcjonują w praktyce tak skutecznie i efektywnie, jak można by tego oczekiwać, dlatego też kary, podlegające reżimowi prawa karnego albo prawa o wykroczeniach, proponuje się zastąpić karami pieniężnymi nakładanymi w drodze decyzji administracyjnej (uzasadnienie projektu ustawy o produktach kosmetycznych, 13; bardzo podobnie w uzasadnieniu projektu ustawy o systemach nadzoru zgodności, 29).

Na marginesie należy zauważyć, że taka motywacja prawodawcy przy ustanawianiu administracyjnych kar pieniężnych sprawia, że to one – a nie kary kryminalne – stają się *ultima ratio*. Jeżeli wziąć pod uwagę, że górne granice zagrożenia w przypadku deliktów administracyjnych bywają wyższe niż w prawie wykroczeń czy przestępstw, dochodzi do zakłócenia racjonalności i spójności systemu prawa (Danecka 2018, 272–273), w którym ingerencja prawnokarna powinna być wprowadzana jedynie wówczas, gdy regulacja administracyjnoprawna jest niewystarczająca.

3.2. Wymogi prawa Unii Europejskiej

W dobie rozwoju prawa wtórnego Unii Europejskiej zdarza się, że prawodawca unijny wymaga ustanowienia sankcji. Mają być one skuteczne, proporcjonalne i odstrasające; wymóg ten wynika z orzecznictwa TSUE, a obecnie jest już standardem wpisywanie takiego *passus* do aktów prawa unijnego (Staniszewska 2017, 157–158). Zazwyczaj nie ma wymogu co do rodzaju sankcji (karna czy

administracyjna). Polski ustawodawca (a w zasadzie projektodawca, czyli w praktyce Rada Ministrów) z reguły przyjmuje jednak, że odpowiednie wypełnienie wymogów prawa Unii Europejskiej oznacza wprowadzenie reżimu sankcji administracyjnych. Dobrze ilustruje to przykład z uzasadnienia projektu ustawy o produktach kosmetycznych: „Zgodnie z rozporządzeniem nr 1223/2009 sankcje zapewniające realizację jego przepisów powinny być skuteczne, proporcjonalne i odstrasżające. Taką gwarancję w obecnym polskim systemie prawa zapewniają jedynie kary administracyjne” (uzasadnienie projektu ustawy o produktach kosmetycznych, 13).

Coraz częściej prawo unijne wymaga wprowadzenia sankcji administracyjnych i to nierzadko o określonej wysokości. Artykuł 30 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 596/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie nadużyć na rynku (rozporządzenie w sprawie nadużyć na rynku) oraz uchylające dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady i dyrektywy Komisji 2003/124/WE, 2003/125/WE i 2004/72/WE (Dz. Urz. UE L 173, s. 1–61, dalej: rozporządzenie MAR) przewiduje kary administracyjne za naruszenie przepisów rozporządzenia o górnej granicy minimalnie (równowartości) od 500.000 EUR do 15.000.000 EUR lub od 2% do 15% rocznych obrotów osoby prawnej (w zależności od naruszenia). Transpozycji kar (w minimalnej wysokości wymaganej przez rozporządzenie MAR) dokonała ustawa z dnia 10 lutego 2017 r. o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2017 r., poz. 724)⁸.

Nowa tendencja polega także na dość szczegółowym opisie wymogów technicznych, naruszeń i obowiązków w aktach prawa unijnego⁹; w konsekwencji – do zdekodowania norm sankcjonowanych – nie wystarcza odwołanie się do tekstu ustawy. Nierzadko jednak prawodawca unijny nie pozostawia ustawodawcy krajowemu w zasadzie żadnej inicjatywy. Sztandarowym tego przykładem jest art. 83 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/UE (Dz. Urz. UE L 119, s. 1–88, dalej: RODO), w którym przewidziano wysokość górnej granicy administracyjnej kary pieniężnej oraz dyrektywy wymiaru

⁸ Podobną treść (maksymalne granice sankcji finansowych, dyrektywy wymiaru kary) przewidują art. 31–34 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2016/97 z dnia 20 stycznia 2016 r. w sprawie dystrybucji ubezpieczeń (Dz. Urz. UE L 26, s. 19–59), transponowanej do polskiego porządku prawnego ustawą z dnia 15 grudnia 2017 r. o dystrybucji ubezpieczeń (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1881 ze zm., dalej: u.d.u.).

⁹ Tendencję tę obrazuje przykładowo art. 182 ust. 1 ustawy z dnia 11 maja 2017 r. o biegłych rewidentach, firmach audytorskich i nadzorze publicznym (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1415 ze zm., dalej: u.b.r.). Nie ma tu miejsca na przytaczanie tego ustępu (złożonego z 28 punktów), ale może warto zacytować pkt 9, w którym przewiduje się karę pieniężną dla firmy audytorskiej, która „nie wykonuje obowiązków, o których mowa w art. 6 ust. 2 rozporządzenia nr 537/2004”.

kary. W konsekwencji stosowanie tych kar w zasadzie nie wymaga transpozycji, co bardzo dobrze wyraża lapidarna treść art. 101 ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1781, dalej: u.o.d.o.).

Trzeba także zaznaczyć, że dalsze wyniki przeprowadzonego badania ilościowego potwierdzają istotność prawa Unii Europejskiej jako czynnika administratywizacji karania. Z 35 ustaw przewidujących kary pieniężne 26 służy transpozycji lub stosowaniu prawa unijnego. Nawet jeżeli przepisy prawa unijnego nie zawierają wymogu ustanowienia sankcji publicznoprawnych *explicite*, nierzadko polski ustawodawca wprowadza administracyjne kary pieniężne (tak było w przypadku 6 badanych ustaw). Chociaż wymóg stosowania sankcji jest wyrażony wprost w przepisach prawa unijnego, to tylko w 3 przypadkach akty prawa wtórnego UE wymagają stosowania właśnie sankcji administracyjnych¹⁰. W konsekwencji więc – w stosunku do pozostałych ustaw – Polska dysponowała swobodą regulacyjną co do administracyjnoprawnej lub prawnokarnej ochrony określonych dóbr prawnych. Trzeba podkreślić, że w takich przypadkach w uzasadnieniach projektów nie pojawia się głębsza analiza preferencji dla określonego reżimu odpowiedzialności represyjnej.

3.3. Krąg podmiotów podlegających sankcjom administracyjnoprawnym

W prawie karnym *sensu stricto* całą drogę do przypisania odpowiedzialności rozpoczyna stwierdzenie, że mamy do czynienia z dającym się wartościować jako czyn zachowaniem człowieka (Pohl 2019, 117–119). Następnie takiemu czynowi należy przydać przymioty karalności, bezprawności, zawinienia i karygodności (Wróbel, Zoll 2014, 167). Niemal tak samo rzecz przedstawia się w prawie wykroczeń. Należy zatem wyjść od zachowania (czynu) człowieka. Nie przełamują zasady odpowiedzialności za czyn także wyjątki, takie jak odpowiedzialność posiłkowa z art. 24 Kodeksu karnego skarbowego (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 408 ze zm., dalej: k.k.s.) czy odpowiedzialność na podstawie ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 358 ze zm., dalej: u.o.p.z.). Wydaje się zresztą, że daleko idąca dysfunkcjonalność ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, skonfrontowana z potrzebą karania osób prawnych, istotnie przyczyniła się do tak znaczącego rozwoju obszaru deliktów administracyjnych (Radecki 2014, 26).

W prawie deliktów administracyjnych rzecz przedstawia się zupełnie inaczej. Od potrzeby karania „zakładów” zaczęła się w PRL administratywizacja karania

¹⁰ Warto zaznaczyć, że wówczas niekiedy pozwala się na stosowanie sankcji administracyjnych „bez uszczerbku” dla istniejących sankcji karnych, co w zasadzie oznacza akceptację podwójnego karania. Za przykład może służyć art. 58 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2015/849 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniającej rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 648/2012 i uchylającej dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE (Dz. Urz. UE L 141, s. 73–117).

(Szumiło-Kulczycka 2004a, 114–115). W konsekwencji przyjęło się, że podmiotem deliktu administracyjnego może być zarówno osoba prawna (lub inna jednostka organizacyjna), jak i osoba fizyczna, chyba że ustawa zawiera ograniczenia. Przyjmuje się, że gdy ustawa posługuje się ogólnym wyrażeniem „kto...”, to odpowiedzialność dotyczy zarówno osób fizycznych, jak i jednostek organizacyjnych: niemających osobowości prawnej lub osób prawnych (Szumiło-Kulczycka et al. 2016, 78–79; nieco inaczej Szydło 2003, 139–140; krytycznie o takiej praktyce Wincenciak 2008, 131–132).

Bywa tak, że w jednej ustawie sankcje karne (czy wykroczeniowe) służą ukaraniu osoby fizycznej, a sankcje administracyjne – osoby prawnej. Dobry przykład stanowiła (już nieobowiązująca) ustawa z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 1049 ze zm.). W art. 35 ust. 1 pkt 1 przewidziano sankcję karną do 3 lat pozbawienia wolności dla działającego w imieniu lub interesie instytucji obowiązanej za naruszenie niektórych obowiązków ustawowych. W art. 34a pkt 1 przewidziano natomiast karę pieniężną (do 750 000 zł) za dokładnie tak samo opisane naruszenie dla instytucji obowiązanej¹¹. Warto jednak zaznaczyć, że instytucją obowiązaną (zgodnie definicją legalną z art. 2 pkt 1 ustawy) mogła być także osoba fizyczna (np. notariusz), ale z reguły była to osoba prawna. Wydaje się, że głównym celem wprowadzenia sankcji administracyjnych było stworzenie dolegliwości dla osoby prawnej (będącej jednocześnie instytucją obowiązaną) w postaci sięgnięcia do jej majątku, a nie dla osób fizycznych będących pracownikami instytucji¹².

3.4. Materialnoprawne swoistości deliktu administracyjnego

Bywa tak, że adresatami norm prawa administracyjnego zagrożonych surowymi karami pieniężnymi stają się *de facto* osoby fizyczne. Dla przykładu, skoro większość nieruchomości gruntowych w Polsce jest w rękach osób fizycznych, sankcje za wycięcie drzewa bez pozwolenia przewidziane w art. 88 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1098, dalej: u.o.p.) będą więc dolegliwe przede wszystkim dla osób fizycznych. Nierzadko też sam przepis statuuje odpowiedzialność wyłącznie osoby fizycznej

¹¹ W art. 35 ust. 1 pkt 1 czytamy, co następuje: „Kto, działając w imieniu lub interesie instytucji obowiązanej, wbrew przepisom ustawy, nie dopełnia obowiązku: 1) rejestracji transakcji, przekazania Generalnemu Inspektorowi dokumentów dotyczących tej transakcji lub przechowywania przez wymagany okres rejestru tych transakcji lub dokumentów dotyczących tej transakcji, [...] podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”. Z kolei w art. 34a pkt 1 możemy przeczytać: „Instytucja obowiązana, z wyłączeniem Narodowego Banku Polskiego, która: 1) nie dopełnia obowiązku rejestracji transakcji, o której mowa w art. 8 ust. 1, przekazania Generalnemu Inspektorowi dokumentów dotyczących tej transakcji lub przechowywania przez wymagany okres rejestru tych transakcji lub dokumentów dotyczących tej transakcji, [...] podlega karze pieniężnej”.

¹² Tak też tę kwestię ujmuje uzasadnienie do projektu nowej (z dnia 1 marca 2018 r.) ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu (uzasadnienie projektu ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy, 65–66).

(tak w przypadku odpowiedzialności członków zarządu banku przewidzianej w art. 141 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku – Prawo bankowe; tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1896 ze zm.). W konsekwencji więc w administratywizacji karania nie chodzi wyłącznie o poszerzenie zakresu podmiotowego osób ukaranych. Pewne właściwości materialnoprawne deliktów administracyjnych powodują, że odpowiedzialność administracyjną jest dużo łatwiej przypisać niż odpowiedzialność karną, co czyni ten reżim odpowiedzialności represyjnej atrakcyjnym dla ustawodawcy.

Wyjść należy od samych podstaw odpowiedzialności. Doktryna wprawdzie dość bezrefleksyjnie przyjmuje, że odpowiedzialność za delikt administracyjny jest odpowiedzialnością za czyn (Kruk 2013, 122; Danecka 2018, 91; Zawłocki 2018). Z drugiej strony względnie konsekwentnie twierdzono, że odpowiedzialność za delikt administracyjny jest odpowiedzialnością za tzw. obiektywne naruszenie prawa, co oznacza, że odpowiedzialność powstaje wskutek zaistnienia zdarzenia (a nie popełnienia czynu), które jest kwalifikowane przez ustawę jako naruszenie obowiązujących norm prawnych (Majchrzak 2015, 148). Kwestia ta nie została rozstrzygnięta w doktrynie (nie doczekała się nawet poważniejszych badań); przyznaje się jednak, że odpowiedzialność administracyjna może osiągnąć osoby innej niż sprawca czynu (Wincenciak 2008, 133–136). Wydaje się zatem, że jest to odpowiedzialność za skutek. W przypadku zaniechań w porównaniu do prawa karnego odpada zatem ograniczenie przewidziane w art. 2 Kodeksu karnego (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1444 ze zm., dalej: k.k.), co rozszerza zakres odpowiedzialności administracyjnej względem odpowiedzialności karnej.

Nie zagłębiając się w zagadnienie bezprawności deliktów administracyjnych, dość powiedzieć, że względem prawa przestępstw katalog wyłączeń bezprawności jest znacząco zredukowany. Ze względu na charakter naruszeń wątpliwości najczęściej budzić może brak regulacji stanu wyższej konieczności jako okoliczności wyłączającej bezprawność deliktu administracyjnego (Staniszewska 2017, 229–231).

Pojęcie „obiektywne naruszenie prawa” odnosi się także często nie tylko do kategorii czynu, lecz do kategorii winy (Szumiło-Kulczycka 2004a, 150–151). W prawie karnym warunkiem przypisania winy jest zdolność do sensownej autodeterminacji, warunkowana przede wszystkim poczytalnością, a także innymi okolicznościami, takimi jak odpowiedni wiek czy normalna sytuacja motywacyjna (Pohl 2019, 328–329). Wszystkich tych wymogów brak jest w prawie deliktów administracyjnych. Wprawdzie art. 189d k.p.a. dokonuje pewnej subiektywizacji wymiaru odpowiedzialności, jednakże sama odpowiedzialność jest oderwana od zdolności sprawcy do sensownej autodeterminacji.

Kolejną kwestią jest strona podmiotowa. Do tej kwestii także może odnosić się wyrażenie „obiektywizm”. Poza ustawowymi wyjątkami¹³ odpowiedzialność

¹³ Zob. np. art. 106–108 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 275), czy art. 33–34 i 36 ustawy z dnia 15 grudnia 2016 r.

za delikt administracyjny jest uniezależniona od umyślności czy nieumyślności sprawy. Organ administracji w takim przypadku – odmiennie niż w prawie karnym – jest zwolniony od konieczności dowodzenia stosunku psychicznego sprawy do deliktu (Staniszewska 2017, 353; podobnie Radecki 2014, 26).

Do czasu wejścia w życie ustawy z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2017 r., poz. 935, dalej: nowelizacja k.p.a.) istniały tylko punktowe (w ustawach szczegółowych) przepisy przewidujące dyrektywy wymiaru kary (obecnie art. 189d k.p.a.), odstąpienie od wymierzenia kary (obecnie art. 189f k.p.a.) oraz przedawnienie (obecnie art. 189g–189j k.p.a.). Należy sądzić, że także te braki – w szczególności brak regulacji przedawnienia – przyczyniały się do tak znacznej „popularności” deliktów administracyjnych.

3.5. Właściwości postępowania (jurysdykcyjnego, egzekucyjnego i sądowno-administracyjnego) w sprawie nakładania deliktów administracyjnych

Postępowanie jurysdykcyjne jest w porównaniu do postępowania karnego szybsze (tak też Danecka 2018, 265). Wiąże się to z gabinetowym i inkwizycyjnym charakterem postępowania (nie ma podziału na postępowanie przygotowawcze i merytoryczne, co wynika z połączenia funkcji oskarżenia i orzekania w organie). Nie ujmując niczego prokuraturze ani sądom karnym, nie bez znaczenia jest także fachowość organu (zazwyczaj do nakładania administracyjnych kar pieniężnych są wyznaczone organy wyspecjalizowane w danej dziedzinie). Wykonywać w drodze egzekucji można już decyzję ostateczną, nawet jeżeli nie jest ona prawomocna. Kara może zatem zostać ściągnięta dużo szybciej aniżeli w postępowaniu karnym.

Jeżeli chodzi zaś o postępowanie sądowno-administracyjne, to jest ono zredukowane w stosunku do postępowania karnego. Nie przeprowadza się w zasadzie postępowania dowodowego, a kontrola jest przeprowadzana pod względem legalności (Radecki 2014, 26), na czym mogą cierpieć uprawnienia jednostki.

Warto także zaznaczyć, że doktryna dostrzega w tych uproszczeniach proceduralnych (a także w wysokości kar) cele czysto fiskalne (Danecka 2018, 268). Wymaga zaznaczenia także zmniejszenie kosztowności wynikające z braku możliwości zamiany niezapłaconej (kary) grzywny na zastępczą karę pozbawienia wolności (aresztu), tak jak w postępowaniu karnym i wykroczeniowym. Pewne znaczenie może mieć redukcja – kosztownej z punktu widzenia społecznego – stygmatyzacji wynikającej z faktu skazania za przestępstwo; osoba, na którą nałożono administracyjną karę pieniężną, może się uważać za niekaraną¹⁴.

o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1213, dalej: u.p.n.w.p.k.).

¹⁴ Warto jednak zaznaczyć, że coraz częściej nałożenie administracyjnej kary pieniężnej może mieć skutki także niefinansowe, quasi-stygmatyzujące. Przykładowo art. 109 ust. 1 pkt 2 Ustawy

4. WSPÓŁCZESNE TENDENCJE W PRAWIE DELIKTÓW ADMINISTRACYJNYCH

Poza przyczynami administratywizacji karania należy zwrócić uwagę na współczesne tendencje w prawie deliktów administracyjnych. Opieram się głównie na dokonanej analizie 35 ustaw przewidujących administracyjne kary pieniężne¹⁵, uchwalonych przez Sejm VIII kadencji. Pozwala to na przedstawienie także chociaż częściowo miarodajnych wyników dalszych badań ilościowych (tam, gdzie sensowny pomiar był możliwy).

4.1. Sankcje bezwzględnie i względnie oznaczone, wysokość i technika ich oznaczania

W przeszłości popularne były sankcje bezwzględnie oznaczone, nierzadko oparte na pewnych przelicznikach lub o charakterze biegnącym (Kruk 2013, 176–177; Szumiło-Kulczycka 2004a, 145; Wincenciak 2008, 120–121). Ich stanowienie zostało raczej negatywnie ocenione przez doktrynę (Staniszewska 2017, 190–192; Szumiło-Kulczycka 2004a, 181–182).

Z 35 analizowanych ustaw przewidujących administracyjne kary pieniężne w tylko 6 pojawiły się sankcje bezwzględnie oznaczone¹⁶, przy czym należy zaznaczyć, że w 2 z nich także obok sankcji względnie oznaczonych (wówczas były raczej odpowiedzią na uchybienia proceduralne, a sankcje względnie oznaczone były wyraźnie bardziej surowe i skierowane na poważniejsze naruszenia¹⁷). W 31 ustawach występowały zatem sankcje względnie oznaczone. Przeważnie

z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) pozwala na wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy, jeżeli został on prawomocnie za to skazany (lit. a), ukarany w postępowaniu wykroczeniowym (lit. b) lub nałożono na niego ostateczną decyzją administracyjną karę pieniężną (lit. c). Widać wyraźnie, że w tym zakresie sprawcy przestępstw lub wykroczeń zostali zrównani z ukaranymi administracyjną karą pieniężną.

¹⁵ Należy zaznaczyć, że liczbę 35 odnoszę jedynie do ustaw, w których sam ustawodawca zdecydował się o nazwaniu danej instytucji „karą pieniężną”, „administracyjną karą pieniężną” lub „karą administracyjną”. W konsekwencji mogły pozostać (i z założenia miały pozostać) poza zakresem badania ilościowego różnorakie sankcje inaczej nazywane, które mogą wchodzić w zakres definicji z art. 189b Kodeksu postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 256 ze zm., dalej: k.p.a.).

¹⁶ W jednej z nich obok sankcji kwotowo bezwzględnie oznaczonych pojawiła się sankcja przewidująca karę w wysokości 46% wartości netto towaru przewożonego, jednakże nie mniej niż 20 000 zł. Takie rozwiązanie przewidziane w art. 21 ustawy z dnia 9 marca 2017 r. o systemie monitorowania drogowego i kolejowego przewozu towarów (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 859 ze zm.) może budzić wątpliwości pod kątem zasady proporcjonalności. Drugim przykładem specyficznej techniki legislacyjnej są sankcje przewidziane w art. 110 ust. 1 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. o Krajowym Zasobie Nieruchomości (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1100 ze zm., dalej: u.K.Z.N.) oparte na iloczynie metra lokalu, dwukrotności stawki czynszu za 1 m² oraz (w większości przypadków) liczbę dni naruszenia.

¹⁷ Zob. art. 127 u.b.r. oraz art. 89 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2018 r. o promowaniu energii elektrycznej z wysokosprawnej kogeneracji (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 144, dalej: u.p.e.e.w.k.).

są to sankcje, które nie operują dolną granicą ustawowego zagrożenia, lecz jedynie górną („do ...”); niekiedy zdarzają się także „widełki”.

Dominacja sankcji względnie oznaczonych wydaje się mieć charakter pozytywny. Zapewnia to dopasowanie sankcji do naruszenia (które zazwyczaj mają różny charakter i w nierównym stopniu zagrażają chronionym dobrom prawnym). Także unikanie wyznaczania sztywnej dolnej granicy może być postrzegane jako pożądane; niekiedy bowiem powinno się nałożyć karę, ale tylko w wymiarze symbolicznym. Budzi to jednak pewne kontrowersje. W 2004 r. D. Szumiło-Kulczycka ubolewała nad szerokim zakresem swobody organów administracji, które mogły nakładać sankcje w wysokości do 500 000 zł w zasadzie bez żadnych dyrektyw (Szumiło-Kulczycka 2004a, 147); teraz wprowadzie dyrektywy występują (albo wynikają z art. 189d k.p.a., albo z przepisów szczególnych), aczkolwiek zagrożenia są znacznie wyższe, obejmujące przykładowo kary do wysokości równowartości 50 000 000 euro¹⁸. A zatem, co paradoksalne, zakres swobody administracji poszerzył się (w odniesieniu do granic sankcji względnie oznaczonych), a jednocześnie zawęził (poprzez konieczność stosowania dyrektyw wymiaru kary). Pewne wątpliwości może w tym miejscu budzić ograniczona kognicja sądów administracyjnych, które nie mogą dokonać modyfikacji wysokości sankcji (w tym zakresie zob. Śliwiński 2019, 196).

Warto omówić także zagadnienie sposobu określenia granic kwoty pieniężnej, która może być zastosowana w danej sprawie. Oczywiście, najczęściej ustawa operuje kwotami (zazwyczaj są to kwoty wyrażone w złotych, chociaż w 4 ustawach jest to kwota wyrażona w euro, przy wydawaniu decyzji przeliczana na złote); taka technika występuje w 33 z 35 badanych ustaw (przy czym w 18 z nich występuje tylko kwotowe określenie granic administracyjnej kary pieniężnej, bez innych technik). Rzadko spotyka się już relatywizację do przeciętnego wynagrodzenia w gospodarce narodowej (w 4 ustawach) czy do wynagrodzenia osoby fizycznej, na której ciążyły niewypełnione obowiązki administracyjne (w 3 ustawach). Stosunkowo często jednak ustawodawca stosował sankcję odwołującą się w swojej maksymalnej granicy do ułamka przychodu (w 7 ustawach) czy obrotu (w 3 ustawach) osoby prawnej. Niekiedy regulacje te – szczególnie stanowiące implementację prawa Unii Europejskiej – były dalece kazuistyczne, zawierające kilka metod ustalania granic kar w zależności od realiów sprawy¹⁹. W 4 ustawach możemy się także spotkać z górną granicą kary jako dwukrotnością uzyskanej korzyści lub unikniętej straty, jeżeli dają się ustalić (jeżeli nie dają się ustalić, ustawodawca proponuje granicę wyrażoną kwotą lub procentem przychodu, lub procentem innego wskaźnika). W pojedynczych przypadkach przewiduje się dodatkową górną granicę – ustawa stanowi, że kara nie może przekroczyć pewnej kwoty (w przypad-

¹⁸ Zob. art. 34 u.p.n.w.p.k.

¹⁹ Przykładowo art. 84 pkt 4 u.d.u. przewiduje możliwość nałożenia kary pieniężnej w wysokości nieprzekraczającej 21 827 500 zł (lit. a) lub 5% rocznych przychodów netto lub 5% składki przypisanej (w zależności od rodzaju działalności) (lit. b) lub dwukrotności kwoty uzyskanych korzyści lub unikniętych strat w wyniku naruszenia, jeżeli możliwe jest ich ustalenie (lit. c).

ku, gdy podstawowym kryterium jest procent przychodu)²⁰ lub pewnego procenta przychodu (w przypadku gdy zasadnicze granice wyznacza kwota)²¹.

Wydaje się, że takie zróżnicowanie metod ustalania granic wymiaru kary ma wymiar pozytywny. Jeżeli jest rozumnie stosowane, może przyczynić się do skuteczniejszej walki z naruszeniami, przy uwzględnieniu rodzaju działalności regulowanej przez dane przepisy i praw podmiotów administrowanych (szczególnie zasady proporcjonalności), choć z drugiej strony należy unikać przesadnej kazyistyki, utrudniającej jednolite stosowanie prawa. Na marginesie warto też zauważyć, że coraz częściej – szczególnie w przypadku ustaw mocno rozbudowanych mających na celu implementację prawa UE – kara pieniężna jest tylko jednym punktem z szerokiego katalogu sankcji administracyjnych²². Z jednej strony ma to walory pozytywne (pozwala na stopniowanie dolegliwości związanej z naruszeniem i zastosowanie sankcji niepieniężnych, gdy jest to z różnych względów bardziej pożądane), ale z drugiej strony może prowadzić do zróżnicowania gwarancji procesowych poprzez zastosowanie lub nie działu IVa k.p.a. w zależności od tego, czy została zastosowana sankcja pieniężna, czy nie (Staniszewska 2017, 361–362).

Warto jeszcze w tym miejscu odnieść się do sankcji, które mogą być nałożone. Wydawać by się mogło, że granice kar pieniężnych będą bardzo wysokie, należy jednak pamiętać, że kary administracyjne są stosowane wobec podmiotów różnej wielkości i do różnego rodzaju działalności. W aż 13 z 18 ustaw, gdzie granice kar są określone wyłącznie kwotowo, górne granice zagrożenia nie przekraczają 100 000 zł. Z kolei kryteria oparte na przychodzie są zarezerwowane raczej dla segmentów rynku, na których działają większe podmioty²³. Najwyższe pułapy granic sankcji osiągają tam, gdzie prawo Unii Europejskiej wymaga wprowadzenia sankcji właśnie w takiej wysokości²⁴.

²⁰ W art. 79 ust. 1, art. 95 ust. 6 i art. 338 ust. 1 ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 842 ze zm., dalej: u.B.F.G.), systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji przewiduje się karę pieniężną do 10% przychodu osoby prawnej, nie wyższą jednak niż 100 000 000 złotych.

²¹ W ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 110 ze zm.) art. 45 ust. 1 przewiduje katalog naruszeń zagrożonych karą administracyjną, w ust. 2 „widelkowe” zagrożenia karą, natomiast w ust. 3 klauzulę, że kara nie może przekroczyć 15% przychodu ukaranego przedsiębiorcy osiągniętego w poprzednim roku podatkowym.

²² Najlepszym przykładem jest (pięciodpunktowy) katalog kar administracyjnych, przewidziany w art. 150 ust. 1 ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1132 ze zm., dalej: u.p.p.p.f.t.).

²³ Np. w sektorze energetycznym art. 40 ustawy z dnia 20 maja 2016 r. o efektywności energetycznej (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 468 ze zm., dalej u.e.e.).

²⁴ Zob. np. art. 84 ust. 4 u.d.u. w zestawieniu z art. 33 ust. 2 lit. e dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2016/97 z dnia 20 stycznia 2016 r. w sprawie dystrybucji ubezpieczeń. Podobnie przedstawia się sprawa w przypadku sankcji przewidzianych w u.B.F.G., u.p.p.p.f.t. i RODO. Najczęściej występującą górną granicą jest 5 000 000 euro (ale zdarza się również 10 000 000

4.2. Dyrektywy wymiaru kary

Tym, co często występuje w ustawach szczegółowych, przewidujących delikty administracyjne, są dyrektywy wymiaru kary. Do czasu nowelizacji k.p.a. dyrektywy takie występowały w każdej ustawie (uchwalonej od początku VIII kadencji Sejmu) przewidującej administracyjne kary pieniężne. Były to przepisy nieraz bardzo lapidarne²⁵, czasami nieco bardziej rozbudowane²⁶. Ogólnie na 31 przebadanych ustaw przewidujących względnie oznaczone administracyjne kary pieniężne dyrektywy wymiaru kary pojawiły się łącznie w 20; w tym zakresie w zasadzie nie spotyka się już odwołania do rozporządzenia²⁷. Obecnie – w świetle obowiązywania w systemie art. 189d k.p.a. – ustanawianie dyrektyw w ustawach szczegółowych wydawać by się mogło pozbawione sensu. Z drugiej jednak strony takie dyrektywy mogą sanować pewne niedociągnięcia art. 189d k.p.a.²⁸, a nadto być bardziej dostosowane do szczegółowego charakteru regulacji.

4.3. Degresja karania

Ze względu na temat artykułu należy odnieść się także do wszelkich instytucji na etapie decyzji organu administracji o nałożeniu i wymiarze kary, które mogą się przyczynić do zmniejszenia lub uwolnienia od administracyjnej kary pieniężnej. Należy do nich zaliczyć przede wszystkim: uznanie administracyjne

i 20 000 000 euro), względnie równowartość w złotych, zazwyczaj w połączeniu z kryterium procentu przychodu (obrotu) lub dwukrotnością korzyści.

²⁵ Art. 40 ust. 2 u.e.e. przewiduje, że: „Ustalając wysokość kar pieniężnych, o których mowa w art. 39 ust. 1, Prezes URE uwzględnia zakres naruszeń, powtarzalność naruszeń oraz możliwości finansowe ukaranego podmiotu”.

²⁶ Zob. art. 37 u.p.n.w.p.k. przewidujący nawet katalog okoliczności obciążających i łagodzących.

²⁷ Takie odwołanie przewidziano np. w art. 63 ust. 4 ustawy z dnia 19 lutego 2004 r. o rybołówstwie (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 1592). Nawiasem mówiąc, odwołanie do rozporządzenia nierzadko spotykało się także – obecnie już rzadziej – w zakresie ustalania wysokości kary pieniężnej (np. art. 85 ust. 4b u.o.p. zostawia rozporządzeniu określenie wysokości stawek opłat za usunięcie drzewa; art. 89 ust. 1 u.o.p. przewiduje z kolei, że kara pieniężna za usunięcie drzewa bez zezwolenia jest dwukrotnością wysokości opłaty).

²⁸ Przykładowo art. 90 ust. 1 u.p.e.e.w.k. przewiduje, że: „Wysokość kary pieniężnej, o której mowa w art. 87 ust. 2 i art. 89 ust. 2, Prezes URE ustala, uwzględniając wpływ naruszenia na funkcjonowanie systemu wsparcia, dotychczasowe zachowanie podmiotu i jego możliwości finansowe”. Na gruncie art. 189d k.p.a. podobną funkcję do pierwszych dwóch dyrektyw pełniłby pkt 1–5, natomiast niemożliwe wydawałoby się uwzględnienie możliwości finansowych ukaranego. Z tego założenia wyszedł też projektodawca ustawy z dnia 15 czerwca 2018 r. o zbiorowym zarządzaniu prawami autorskimi i prawami pokrewnymi (Dz.U. z 2018 r., poz. 1293). W art. 103 ust. 2 przewidziano, że: „Ustalając wysokość kary pieniężnej, o której mowa w ust. 1 pkt 3, minister uwzględnia także sytuację finansową organizacji zbiorowego zarządzania”. Projektodawca twierdzi – choć może to budzić wątpliwości – że konstrukcja przepisu pozwala na uwzględnienie okoliczności miarkujących wysokość kary z działu IVa k.p.a. (uzasadnienie projektu ustawy o zbiorowym zarządzaniu, 124). Postulować należałoby jednak rozwiązanie problemu niepełności dyrektyw na poziomie kodeksu aniżeli ustaw szczegółowych.

w zakresie nałożenia kary (tzn. fakultatywność nakładania sankcji), szeroki katalog sankcji oprócz administracyjnych kar pieniężnych, uchylenie karalności i odstąpienie od wymierzenia kary.

Fakultatywność nakładania sankcji (w tekście ustawy wyrażana najczęściej: „Organ może nałożyć karę pieniężną [...]”) jest różnorodnie oceniana w doktrynie – z jednej strony jako narzędzie uelastycznienia reakcji administracji na naruszenie, z drugiej jednak – jako potencjał do nadużyć i zanegowanie pewności prawa (Kruk 2013, 174–175). Najczęściej kary administracyjne mają jednak charakter obligatoryjny (występuje wówczas typowa fraza: „...podlega karze pieniężnej...”) – tak było w 25 z 35 badanych ustaw. Fakultatywność sankcji zazwyczaj dotyczy ustaw stanowiących implementację prawa Unii Europejskiej, w których zagrożenia są bardzo wysokie, a katalog sankcji – których stosowanie mieści się w kompetencji niezależnych regulatorów – bardzo rozbudowany²⁹. Mimo że to temat na oddzielne opracowanie, należy sobie zadać pytanie, jak uzasadnić to, że wielkie podmioty (działające w branżach, które wymagają chyba szczególnej staranności, jeżeli chodzi o przestrzeganie przepisów prawa) jedynie mogą być ukarane karą pieniężną, a w przypadku mniejszej działalności taka fakultatywność nie występuje.

W kolejnych 9 ustawach, w których występują sankcje obligatoryjne, przewidziano instytucję odstąpienia od wymierzenia kary. Obecnie instytucję odstąpienia rządziej przewiduje się w ustawach szczegółowych ze względu na wejście w życie art. 189f k.p.a.³⁰. Samo odstąpienie może mieć charakter obligatoryjny³¹

²⁹ Tak sankcje przewidziane w art. 33, 79, 95, 175, 335, 336 i 338 u.B.F.G., art. 83–84 u.d.u. oraz art. 101 u.o.d.o. Bardzo wysokie sankcje fakultatywne nakładane przez Prezesa UOKiK przewiduje też art. 33–36 u.p.n.w.p.k. Oczywiście sankcje przewidziane prawem UE, nakładane przez organy regulacyjne w bardzo szerokich granicach bywają też obligatoryjne (tak art. 183 i 193 u.b.r. i art. 150, 153–154 u.p.p.n.f.t.); każe to zadać sobie pytanie o racjonalność ustawodawcy.

³⁰ Chociaż i w ustawach późniejszych przewiduje się odstąpienie. Dość specyficzny przykład stanowi art. 150 ust. 5 u.p.p.n.f.t. – jest to niemal dokładna kalka art. 189f § 1 k.p.a. W tym przypadku mogłoby chodzić o wyłączenie stosowania art. 189f § 2 k.p.a., ale taką samą funkcję pełni możliwość odstąpienia od wszczęcia postępowania w sprawie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej (art. 151 ust. 4 u.p.p.n.f.t.). Zatem w przypadku art. 150 ust. 5 u.p.p.n.f.t. różnica względem art. 189f § 1 k.p.a. sprowadza się do fakultatywności odstąpienia w miejsce obligatoryjności, co może budzić uzasadnione wątpliwości (zwłaszcza, że pkt 2 zarówno art. 150 ust. 5 u.p.p.n.f.t., jak art. 189f § 1 k.p.a. przewiduje konkretyzację konstytucyjnej i prawnomiędzynarodowej zasady *ne bis in idem*, której stosowanie nie podlega uznaniowości). Warto także zaznaczyć, że jest to jedynie przykład pewnego trendu – mianowicie ustawodawca najczęściej przewiduje jako przesłanki odstąpienia okoliczności podobne jak w art. 189f k.p.a., różniące się najczęściej detalami – choć nierzadko istotnymi.

³¹ Na wymienienie jako przykład pozytywny zasługuje tutaj art. 18 ustawy z dnia 19 lipca 2016 r. o dostępie do zasobów genetycznych i podziale korzyści z ich wykorzystania (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1594), a także art. 12 ust. 3 ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o przeciwdziałaniu marnowaniu żywności (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1645) stanowiące konkretyzację standardu wprowadzonego przez Trybunał Konstytucyjny odpowiedzialności administracyjnej jako ‘strict liability’ (więcej na ten temat Staniszewska 2017, 216–219).

lub fakultatywny. Podobną funkcję może pełnić klauzula niepodlegania karze³². W art. 189e k.p.a. przewidziano niepodleganie karze w przypadku zaistnienia siły wyższej. W ustawach szczegółowych takiej klauzuli nie spotyka się często³³.

5. MOŻLIWE KIERUNKI DALSZEGO ROZWOJU PRAWA DELIKTÓW ADMINISTRACYJNYCH

Jak zostało wykazane, regulacje działu IVa k.p.a. są w zasadzie próbą wyrażenia w ramach jednej ustawy instytucji, które dotychczas były dość powszechnie spotykane w ustawach szczegółowych. Na pewien czas ustawodawca mógł utracić zainteresowanie takimi „syntezami”, skoro w ramach nowelizacji k.p.a. zaspokojono oczekiwania doktryny w stosunku do kodyfikacji i gwarancji dla podmiotów administrowanych (Błachucki 2015, 5; Stahl 2011, 29). Można jednak mieć zastrzeżenia do istniejącego stanu rzeczy. Obecna regulacja ogólna zawiera wiele mankamentów (zastrzeżenia szeroko wymienia Staniszevska 2017, 134–143). Jest to np. wskazana już niekompletność dyrektyw wymiaru kary, którą usiłują „łatać” ustawy szczegółowe. Wątpliwości pod względem zasady *ne bis in idem* może budzić także redakcja art. 189f k.p.a. (szeroko na temat zbiegu reżimów odpowiedzialności represyjnej: Błachnio-Parzych 2016). Kontrowersje może budzić umieszczenie przepisów materialnoprawnych w ustawie procesowej. Wreszcie regulacji tej nie można uważać za kompletną³⁴. W konsekwencji zapewne szybko ujawnią się w praktyce pewne problemy w stosowaniu przepisów działu IVa k.p.a. Poza tym można zauważyć, że ustawodawca sam nie za bardzo jest przekonany do standardu, który wprowadził³⁵.

³² Warto jednak zaznaczyć, że choć końcowy efekt będzie taki sam – strona nie odczuje ekonomicznego ciężaru jako sankcji za naruszenie – to jednak istnieje różnica, wyrażająca się przede wszystkim skutkiem w sferze praw podstawowych (odstąpienie będzie przypisywało winę w rozumieniu procesowym, a umorzenie postępowania – nie).

³³ Interesującym przykładem jest art. 69 ustawy z dnia 9 maja 2018 r. o przetwarzaniu danych dotyczących przelotu pasażera (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1783, dalej: u.p.d.p.p.), w którym przewiduje się, że strona nie podlega karze, jeżeli naruszenie nastąpiło na skutek siły wyższej, awarii państwowego systemu informatycznego lub niezawinionej awarii po stronie przewoźnika (jeżeli została zgłoszona w odpowiednim czasie). Wydaje się to wyrazem lojalności państwa w stosunku do podmiotów administrowanych (podobnie Staniszevska 2017, 217–219).

³⁴ Pomijam w tym miejscu pewne pominięcia o charakterze aksjologicznym (a w zasadzie także konstytucyjnym), jak np. brak regulacji stanu wyższej konieczności (co wydaje się konieczne w kontekście wyr. TK z 11 października 2016 r., K 24/15, OTK-A 2016, poz. 77). Powszechnie w regulacjach szczegółowych występuje np. termin na wniesienie administracyjnej kary pieniężnej (zazwyczaj 14-dniowy, czasami 30-dniowy, czy miesięczny; bywa także wyznaczany przez decyzję); wydaje się, że słusznym byłoby ustanowienie takiego terminu w regulacji o charakterze ogólnym.

³⁵ Wspominałem już wyżej o „kalce” z art. 150 ust. 5 u.p.p.p.ft. Niekiedy jednak ustawodawca całkiem wyraźnie wyłącza zastosowanie przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego. Przykładowo art. 111 ust. 2 u.K.Z.N. stanowi, że do administracyjnych kar pieniężnych stosuje

Należy sądzić, że tendencja do administratywizacji karania nie ustanie. Oczywiście nie jest to trend całkowicie negatywny (przykładowo brak stygmatyzacji można poczytywać za istotną zaletę reżimu administracyjnych kar pieniężnych); przy rozumnym rozważeniu modelu odpowiedzialności za delikt administracyjny może to być odpowiedni kompromis między gwarancjami z zakresu praw człowieka a potrzebą zapewnienia skuteczności prawa administracyjnemu. Oczywiście wiele pytań o granice wynikające z praw podstawowych dla realizacji państwowego prawa karania w formie administracyjnych kar pieniężnych wciąż pozostaje bez odpowiedzi. Z pewnością na te pytania zostanie kiedyś udzielona autorytatywna odpowiedź (ze strony Trybunału Konstytucyjnego czy Europejskiego Trybunału Praw Człowieka). W dalszych rozważaniach zamierzam jednak przejść od ogólnej tezy, że prawo deliktów administracyjnych będzie się rozwijać, do próby odpowiedzi na pytanie: jak będzie się rozwijać i jaki ostatecznie może przyjąć kształt.

5.1. Przyszłość prawa wykroczeń a administratywizacja karania

Pierwsze pytanie, które należy zadać, dotyczy przyszłości prawa wykroczeń w kontekście rozwoju administratywizacji karania. Warto przypomnieć, że próba wyrugowania wykroczeń drogowych polegających na przekroczeniu prędkości – zdecydowanie najpopularniejszych – na rzecz deliktów administracyjnych miała miejsce już jakiś czas temu³⁶. Mimo tego, że była to próba nieudana, nie

się przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1325 ze zm., dalej: o.p.); była to dość powszechna praktyka przed wejściem w życie nowelizacji k.p.a.), natomiast nie stosuje się przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego. Kuriozalne jest natomiast uzasadnienie wprowadzenia takiej regulacji (zresztą niespójne z treścią przepisów projektu), a mianowicie: „Podkreślić należy, iż przepisy Ordynacji podatkowej mają już ugruntowaną doktrynę i orzecznictwo, dzięki czemu jednoznacznie można określić, w jaki sposób będą funkcjonowały przepisy, co nie jest możliwe w przypadku Kpa. [...] Dodatkowo należy zauważyć, iż umożliwienie stosowania Kpa oznaczałoby możliwość ‘ważenia kar’ w zależności od wartości czy też skali naruszenia przepisów – co rodziłoby wysokie prawdopodobieństwo, iż operator mieszkaniowy analizowałby, czy pewny poziom przekroczenia maksymalnej wysokości czynszu czy zmniejszenie udziału powierzchni mieszkań na wynajem w inwestycji nie będzie uznany za tyle nieznaczny, że nie spotka się z karą lub kara będzie o mniejszym wymiarze niż uzyskiwany, w związku z takim naruszeniem, dochód” (uzasadnienie projektu ustawy o Krajowym Zasobie Nieruchomości, 38). Z kolei wyłączenie stosowania art. 189f (odstąpienie od wymierzenia kary) i art. 189k k.p.a. (ulgi) przewidziane w art. 72 u.p.d.p.p. projektodawca uzasadnia w ten sposób: „Brak możliwości odstąpienia od nałożenia wynika z przewidzianego przez dyrektywę obowiązku państw członkowskich UE do ustanowienia przepisów dotyczących sankcji za naruszenie przepisów przyjętych na podstawie dyrektywy oraz podejmowania wszelkich środków dotyczących ich egzekwowania” (uzasadnienie ustawy o przetwarzaniu danych dotyczących przelotu pasażera, 35).

³⁶ Chciano tego dokonać ustawą z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz o zmianie niektórych ustaw. Nie weszła ona w życie ze względu na wyr. TK z 14 października 2009 r. (Kp 4/09, OTK-A 2009, Nr 9, poz. 134). Mimo że ustawa ta słusznie została wyeliminowana z obrotu prawnego ze względu na poważnie niedociągnięcia materialnoprawne,

należy sądzić, że kwestia ta jest zamknięta. Chaos w pozakodeksowym prawie przestępstw i wykroczeń oraz ustawach szczegółowych dotyczących deliktów administracyjnych skłania do refleksji nad sensem utrzymywania prawa wykroczeń. Z pewnością łatwiej byłoby ustanowić linię demarkacyjną między przestępstwami a deliktami administracyjnymi (za kryterium biorąc przykładowo *mala in se* i *mala prohibita*, zauważając, że delikty administracyjne powinny być zagrożone wyłącznie karami pieniężnymi, a przestępstwa potencjalnie także pozbawieniem wolności). Dokooptowanie do tego układu prawa wykroczeń prowadzi do znaczących utrudnień. Niektórzy twierdzą, że do czasu wyklarowania się standardów odpowiedzialności za delikt administracyjny nie powinno się przesądzać o dalszym istnieniu prawa wykroczeń (Król-Bogomilska 2016, 52). Wydaje się jednak, że można poczynić pewne uwagi w tym zakresie.

Pewnym wyzwaniem dla ustawodawcy w ramach likwidacji reżimu wykroczeniowego byłoby z pewnością dokonanie pewnej „syntezy”. Nie ma bowiem wątpliwości, że prawo wykroczeń zawiera kilka instytucji, które ustawodawca mógłby uznać za przydatne także w reżimie deliktów administracyjnych. Chodzi przede wszystkim o odpowiedzialność za formy zjawiskowe i stadialne, środki karne czy postępowanie mandatowe. Przeszczepienie ich na grunt prawa deliktów administracyjnych wymagałoby pewnego nakładu (starannej) pracy legislacyjnej, ale nie jest to niemożliwe. W ramach likwidacji prawa wykroczeń z pewnością konieczne byłoby jednak przesunięcie pewnych wykroczeń (w szczególności tzw. czynów przepołowionych) do kategorii przestępstw. Problem mógłby się pojawić w przypadku wykroczeń tzw. kryminalnych (w odróżnieniu od administracyjnych), których waga nie przystaje do prawa przestępstw, a niekoniecznie powinny być karane jedynie dolegliwością ekonomiczną³⁷. Gdyby jednak ustawodawca zdecydował się wzbogacić prawo deliktów administracyjnych o niektóre instytucje przejęte z prawa karnego czy prawa wykroczeń, w zasadzie nic nie przemawiałoby za utrzymaniem reżimu wykroczeniowego w polskim porządku prawnym.

5.2. Kodyfikacja czy dezintegracja

Niezależnie od tego, czy prawo wykroczeń zostanie ostatecznie usunięte z polskiego systemu prawa represyjnego, trzeba odpowiedzieć na pytanie o kierunek dalszych zmian pod względem spistości prawa deliktów administracyjnych. Odpowiedź może być trojaka. Po pierwsze, może dojść do kodyfikacji „części

to jednak zawierała ona rozbudowane przepisy procesowe odnoszące się do nakładania administracyjnych kar pieniężnych za przekraczanie prędkości (mogłyby być one punktem wyjścia do dyskusji na ten temat).

³⁷ Na przykład rzucanie przedmiotami w pojazd w ruchu (art. 76 k.w.). Warto jednak zaznaczyć, że kara aresztu uznawana jest za anachroniczną i nieproporcjonalną (Kolendowska-Matejczuk 2016). Ponadto jest orzekana tylko w 0,5% przypadków ukarania przez sąd za wykroczenie i to przeważnie za czyny przepołowione (Jakubowska-Hara 2016, 135).

ogólnej” prawa deliktów administracyjnych³⁸. Po drugie, może dojść do dezintegracji, przez którą rozumiem rozwój tej dziedziny prawa na gruncie poszczególnych ustaw (czy grup ustaw). Dezintegracja taka może wynikać ze stanowienia norm ustawowych, które przewidują wyjątki od zasad działu IVa k.p.a., ale także z różnicy w interpretacji³⁹. Wreszcie po trzecie, kwestie problematyczne mogą zostać pozostawione do rozwiązania przez orzecznictwo i doktrynę ze względu na to, że ustawodawca postanowi ich wprost nie uregulować⁴⁰.

Oczywiście najbardziej pożądana byłaby solidna kodyfikacja, która rozwiązywałaby przynajmniej większość problemów i której istnienie nie wymagałoby ustanawiania przepisów szczególnych. Wiąże się to jednak z kilkoma wyzwaniem. Po pierwsze, ustawodawca musiałby sobie odpowiedzieć na pytanie, jakiej odpowiedzialności administracyjnej pragnie i jaki cel chce osiągnąć. Zbyt często mamy bowiem z koncepcjami wdrażanymi w życie w sposób niezbyt przemyślany⁴¹. Po drugie, w sposób wyraźny musiałby oddzielić administracyjne kary pieniężne od innych sankcji administracyjnych. Aby kodyfikacja miała charakter uczciwy, wprowadzenie kodyfikacji wymagałoby także zaprowadzenia porządku w przepisach szczegółowych przewidujących odpowiedzialność administracyjną. Wymagałoby pewnej dojrzałości od ustawodawcy porzucenie przezeń zakusów, aby ustanawiać różne sankcje pieniężne o charakterze w zasadzie represyjnym, do których „część ogólna” by się nie stosowała⁴². Prawdopodobnie kodyfikacja nie mogłaby też objąć innych środków represyjnych o charakterze niepieniężnym, albowiem każdy rodzaj działalności regulowanej administracyjnie wykazuje się swoistą specyfiką. Wreszcie po trzecie, prawo administracyjne materialne charakteryzuje się daleko idącym zróżnicowaniem i trudne wydaje się skonstruowanie

³⁸ Oczywiście można uznawać dział IVa k.p.a. za pewną kodyfikację, ale jest to raptem 11 artykułów. Wiele problemów zostało pominiętych (terminy uiszczenia kary, następstwo prawne, stan wyższej konieczności); należy podkreślić, że ten dział kodeksu nie daje nam jasnych odpowiedzi na pytanie o delikt administracyjny (czym jest, jaka jest jego struktura), bardziej koncentrując się na administracyjnych karach pieniężnych. W konsekwencji nie można powiedzieć, aby dział IVa k.p.a. pełnił także analogiczną funkcję, co art. 1–31 k.k.

³⁹ Warto zauważyć, że orzekanie o administracyjnych karach pieniężnych jest pozostawione kasatoryjnej kontroli sądów administracyjnych (co do zasady) oraz merytorycznego orzekania sądów powszechnych (w sprawach regulacyjnych, gdzie w I instancji orzeka SOKiK). Istnieją zatem dwa ośrodki ujednoczania orzecznictwa (SN i NSA).

⁴⁰ W zasadzie można stwierdzić, że może dojść do każdego z tych trzech zjawisk jednocześnie. Może dojść do obszernej kodyfikacji, mogą jednak od niej powstawać istotne wyjątki w szczegółowym prawie deliktów administracyjnych, a jednak istotne problemy będą musiały być usuwane przez orzecznictwo i doktrynę.

⁴¹ Za taki agregat uważam w zasadzie dział IVa k.p.a. Stanowił on odpowiedź na najbardziej wyraźne postulaty doktryny i orzecznictwa, ale nie rozwiązał wszystkich problemów (a inne rozwiązał w sposób niepełny czy budzący wątpliwości) i nie dał odpowiedzi na najważniejsze pytania.

⁴² We współczesnym systemie prawnym za taką sankcję należy uznać dodatkowe zobowiązanie podatkowe, przewidziane w rozdziale 6a (art. 58a–58e) o.p.; do tych spraw bowiem nie stosuje się przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego (art. 3 § 1 pkt 2 k.p.a.).

jednolitych zasad dla wszystkich administracyjnych kar pieniężnych w ramach tego szerokiego systemu. Czasami istnieje potrzeba karania głównie (albo i wyłącznie) osób prawnych (szczególnie w sprawach regulacyjnych); kiedy indziej odpowiedzialności będą podlegać przede wszystkim osoby fizyczne (np. kary za usunięcie drzewa na gruncie u.o.p.)⁴³. Niekiedy lepiej sprawdzą kary biegnące, kiedy indziej bezwzględnie oznaczone. Wysokość kar sięgająca kilkudziesięciu milionów złotych jest uzasadniona w stosunku do największych podmiotów, ale za pewne drobne delikty absolutnie zrozumiała też jest sankcja w wysokości 500 zł. W konsekwencji więc ustawodawca będzie musiał się zmierzyć z problemem ustanowienia zasad ogólnych zarówno dla wielkich podmiotów, jak i dla osób fizycznych. Być może jedyna refleksja, do której ustawodawca dojdzie, będzie taka, że dział IVa k.p.a. jest w zasadzie maksimum skodyfikowania, jakie da się osiągnąć.

5.3. Prawa człowieka a prawo deliktów administracyjnych

Temat prawa deliktów administracyjnych w kontekście praw człowieka jest w zasadzie na tyle głęboki, że można by mu poświęcić odrębną monografię. Nie ma w ramach tego artykułu miejsca na szczegółową analizę wszystkich potencjalnych naruszeń praw człowieka wywołanych przez istnienie reżimu odpowiedzialności za delikt administracyjny w obecnym kształcie. Wydaje się jednak istotne stwierdzenie, że prawdopodobna niezgodność przepisów (lub pominięcie w przepisach) o administracyjnych karach pieniężnych z normami wyższego rzędu wynika z okoliczności, które szerzej wskazałem w punktach 3.4 i 3.5, które jednocześnie warunkują preferencję ustawodawcy dla administracyjnych kar pieniężnych względem kar kryminalnych lub wykroczeniowych.

Warto zaznaczyć, że Trybunał Konstytucyjny – choć jedynie względnie konsekwentnie – uznaje administracyjne kary pieniężne za niemające charakteru represyjnego (zob. Wróbel 2014), co stoi jednak w sprzeczności z utrwaloną linią orzecniczą ETPC (Śliwiński 2019, 188–193). Ponieważ Trybunał w Strasburgu nie wypowiedział się jeszcze ani razu merytorycznie na temat polskiego modelu prawa deliktów administracyjnych, możemy powiedzieć, że wyznaczenie pewnego standardu jest jeszcze przed nami. Oczywiście wiele można wywnioskować z dotychczasowego orzecznictwa ETPC. Największy bodaj problem dotyczy prawa do sądu o pełnej jurysdykcji (art. 6 EKPC), którego to wymogu zdają się nie spełniać polskie sądy administracyjne (szeroko Kruk 2013, 272–289; Szumiło-Kulczycka

⁴³ Kłopoty z sankcjami, które są nakładane bez żadnych niemal różnic na osoby fizyczne i osoby prawne, dobrze obrazuje kwestia następstwa prawnego podmiotów. W przypadku osób prawnych pożądanym byłoby czynienie odpowiedzialnym za delikt administracyjny także następcę prawnego (ucieczka od odpowiedzialności przez przekształcenia podmiotowe jest dobrze znana na gruncie ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych); w przypadku osób fizycznych takie rozwiązanie wydaje się sprzeczne z prawami człowieka (zob. w szczególności wyr. ETPC z 29 sierpnia 1997 r., *E.L. R.L. i J.O.-L. przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 20919/92, HUDOC).

2004b, 14–16; Śliwiński 2019, 194–197). Rozwiązanie tego problemu wymagałoby gruntownej przebudowy albo procedury sądownoadministracyjnej, albo przekazania tych spraw do kompetencji sądów powszechnych. Wątpliwości budzi także materialnoprawne, abstrahujące od kategorii winy, ujęcie deliktu administracyjnego (zob. Giertych 2020, 107–143), zwłaszcza pod kątem zasady *nullum crimen sine culpa*, wyrażanej przez art. 42 ust. 1 Konstytucji RP (Szumiło-Kulczycka 2004b, 5–6). Wreszcie pozostaje szereg problemów związanych z nieobecnością szeroko rozumianych wyłączeń karalności (np. przez stan wyższej konieczności, niepo czytalność itd.), które zdają się mieścić w formule z art. 2 Konstytucji RP. W razie kodyfikacji ustawodawca powinien mieć te wszystkie okoliczności na względzie.

6. PODSUMOWANIE

Przeszłość, terażniejszość i przyszłość deliktów administracyjnych to niewątpliwie temat wieloaspektowy. Niemożliwe było w ramach takiego opracowania uwzględnienie wszystkich aspektów procesu administratywizacji karania, aczkolwiek starałem się dokonać pewnej syntezy najważniejszych zagadnień, nawet za cenę lapidarnego ich ujęcia. Ujęcie dynamiczne w czasie pozwala – mam nadzieję – na ukazanie, że proces administratywizacji karania cechuje się wielością przyczyn, wielością aspektów i wielością wektorów.

Wymaga podkreślenia, że administratywizacja karania jest podyktowana przede wszystkim chęcią zapewnienia efektywnego systemu sankcjonowania, co w istocie wiąże się z ucieczką od gwarancji właściwych prawu karnemu. Taką motywację (w dodatku przeważnie bezrefleksyjną) należy ocenić krytycznie; takie podejście legislacyjne skłania także do pogłębionej refleksji nad stanem zgodności administratywizacji karania z prawami człowieka. Wielość rozwiązań stosowanych przez polskiego ustawodawcę w ramach administratywizacji karania sugeruje brak głębszej myśli systemowej, co przekłada się na obawę o spójność dalszego rozwoju prawa deliktów administracyjnego.

Dokonana analiza pozwala mi wreszcie wysunąć pewien postulat pod adresem ustawodawcy: istnieje potrzeba całościowego, spójnego, holistycznego spojrzenia na system prawa deliktów administracyjnych, także w duchu praw człowieka, a każdy przepis ustanawiający administracyjną karę pieniężną powinien się w logiczny sposób wpisywać w system prawa. Nie stanowi bowiem problemu sama administratywizacja karania (wybór administracyjnej kary pieniężnej jako metody sankcjonowania zamiast kary kryminalnej, czy wykroczeniowej), tylko to, czy jest to dobrze uzasadnione, wpisujące się w system prawa i zgodne z prawami jednostki. Nie wydaje się bowiem, aby dotychczasowa działalność legislacyjna polskiego ustawodawcy spełniała powyższy postulat.

BIBLIOGRAFIA

- Błachnio-Parzych, Anna. 2016. *Zbieg odpowiedzialności karnej i administracyjno-karnej jako zbieg reżimów odpowiedzialności represyjnej*. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Błachucki, Mateusz. 2015. „Wstęp”. W *Administracyjne kary pieniężne w demokratycznym państwie prawa*. Red. Mateusz Błachucki. 5–7. Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich.
- Danecka, Daria. 2018. *Konwersja odpowiedzialności karnej w administracyjną*. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Giertych, Barbara. 2020. *Wina w prawie administracyjnym*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Jakubowska-Hara, Jolanta. 2016. „Art. 19”. W *Kodeks wykroczeń. Komentarz*. Red. Paweł Daniluk. 130–137. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Kolendowska-Matejczuk, Marta. 2016. „Proporcjonalność przyjętej przez ustawodawcę kary aresztu za popełnienie wykroczenia” W *Węzłowe problemy prawa wykroczeń – czy potrzebna jest reforma?* Red. Marta Kolendowska-Matejczuk, Valeri Vachev. 169–180. Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich.
- Król-Bogomilska, Małgorzata. 2016. „Współczesne oblicze penalizacji deliktów administracyjnych. Czy warto przekształcać wykroczenia w delikty administracyjne?” W *Węzłowe problemy prawa wykroczeń – czy potrzebna jest reforma?* Red. Marta Kolendowska-Matejczuk, Valeri Vachev. 41–52. Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich.
- Kruk, Emil. 2013. *Sankcja administracyjna*. Lublin: Wydawnictwo UMCS.
- Majchrzak, Bartosz. 2015. „Indywidualizacja odpowiedzialności administracyjnej – nowe zjawisko w orzecznictwie TK”. W *Prace studialne Warszawskiego Seminarium Aksjologii Administracji*. Tom IV. *Nowe zjawiska w administracji publicznej*. Red. Zbigniew Cieślak, Agata Kosieradzka-Federczyk. 145–156. Warszawa: WIT Wyższa Szkoła Informatyki Stosowanej i Zarządzania.
- Marek, Andrzej. 2010. „Prawo wykroczeń”. W *System Prawa Karnego*. Tom 1. *Zagadnienia ogólne*. Red. Andrzej Marek. 34–47. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Pohl, Łukasz. 2019. *Prawo karne. Wykład części ogólnej*. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Radecki, Wojciech. 2014. „Dezintegracja polskiego prawa penalnego”. *Prokuratura i Prawo* 9: 5–28.
- Stahl, Małgorzata. 2011. „Wprowadzenie. Sankcje administracyjne – problemy węzłowe”. W *Sankcje administracyjne. Blaski i cienie*. Red. Małgorzata Stahl, Renata Lewicka, Marek Lewicki. 17–30. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Staniszewska, Lucyna. 2017. *Administracyjne kary pieniężne. Studium z zakresu prawa administracyjnego materialnego i procesowego*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM.
- Szumiło-Kulczycka, Dobrosława. 2004a. *Prawo administracyjno-karne*. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze.
- Szumiło-Kulczycka, Dobrosława. 2004b. „Prawo administracyjno-karne czy nowa dziedzina prawa?” *Państwo i Prawo* 9: 3–16.
- Szumiło-Kulczycka, Dobrosława, Paweł Czarnecki, Patrycja Balcer, Aneta Leszczyńska. 2016. *Analiza obrazu normatywnego deliktów administracyjnych*. Warszawa: Instytut Wymiaru Sprawiedliwości. https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/IWS_Szumi%C5%82o-Kulczycka-D._wsp%C3%B3%C5%82aut._Analiza-obrazu-normatywnego_delikt-w_administracyjnych.pdf [dostęp 29.12.2019].
- Szydło, Marek. 2003. „Charakter i struktura prawna administracyjnych kar pieniężnych”. *Studia Prawnicze* 4: 123–150.
- Śliwiński, Emil. 2019. „Procedura nakładania administracyjnych kar pieniężnych w postępowaniu jurysdykcyjnym i jej weryfikacja w postępowaniu sądowniczym a standard Europejskiej Konwencji Praw Człowieka”. *Przeгляд Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego* 1: 187–209.

- Wincenciak, Mirosław. 2008. *Sankcje administracyjne i procedura ich wymierzania*. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Wróbel, Andrzej. 2014. „Odpowiedzialność administracyjna w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (na przykładzie administracyjnych kar pieniężnych)”. *Europejski Przegląd Sądowy* 9: 33–40.
- Wróbel, Włodzimierz. Andrzej Zoll. 2014. *Polskie prawo karne. Część ogólna*. Kraków: Wydawnictwo Znak.
- Zalewski, Wojciech. 2021. „Administratywizacja prawa karnego”. W „*Administratywizacja” prawa karnego czy „kryminalizacja” prawa administracyjnego?* Red. Mariusz Bogusz, Wojciech Zalewski. 75–97. Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego.
- Zawłocki, Robert. 2018. „Pojęcie i istota deliktu administracyjnego”. *Monitor Prawniczy* 1: 13–21.

Uzasadnienia projektów ustaw

- Uzasadnienie projektu ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, Sejm VIII kadencji, druk sejmowy Nr 2505.
- Uzasadnienie projektu ustawy o Krajowym Zasobie Nieruchomości, Sejm VIII kadencji, druk sejmowy Nr 1726.
- Uzasadnienie projektu ustawy o produktach o produktach kosmetycznych, Sejm VIII kadencji, druk sejmowy Nr 2556.
- Uzasadnienie projektu ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, Sejm VIII kadencji, druk sejmowy Nr 2233.
- Uzasadnienie projektu ustawy o przetwarzaniu danych dotyczących przelotu pasażera, Sejm VIII kadencji, druk sejmowy Nr 2461.
- Uzasadnienie projektu ustawy o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku, Sejm VIII kadencji, druk sejmowy Nr 248.
- Uzasadnienie projektu ustawy o zbiorowym zarządzaniu prawami autorskimi i prawami pokrewnymi, Sejm VIII kadencji, druk sejmowy Nr 2232.

Akty prawne

- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 596/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie nadużyć na rynku (rozporządzenie w sprawie nadużyć na rynku) oraz uchylające dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady i dyrektywy Komisji 2003/124/WE, 2003/125/WE i 2004/72/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG) (Dz. Urz. UE L 173, s. 1–61).
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/UE (Dz. Urz. UE L 119, s. 1–88).
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2015/849 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniającej rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 648/2012 i uchylającej dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE (Dz. Urz. UE L 141, s. 73–117).
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2016/97 z dnia 20 stycznia 2016 r. w sprawie dystrybucji ubezpieczeń (Dz. Urz. UE L 26, s. 19–59).
- Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 22 marca 1928 r. o postępowaniu karno-administracyjnym (Dz.U. z 1928 r., Nr 38, poz. 365).
- Ustawa z dnia 15 grudnia 1951 r. o orzecznictwie karno-administracyjnym (Dz.U. z 1951 r., nr 66, poz. 454).

- Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 735 ze zm.).
- Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 281 ze zm.).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1444 ze zm.).
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1540 ze zm.).
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1896 ze zm.).
- Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 408 ze zm.).
- Ustawa z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 1049 ze zm.).
- Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 358 ze zm.).
- Ustawa z dnia 19 lutego 2004 r. o rybołówstwie (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 1592).
- Ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1098).
- Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 275).
- Ustawa z dnia 20 maja 2016 r. o efektywności energetycznej (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 468 ze zm.).
- Ustawa z dnia 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 842 ze zm.).
- Ustawa z dnia 19 lipca 2016 r. o dostępie do zasobów genetycznych i podziale korzyści z ich wykorzystania (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1594).
- Ustawa z dnia 15 grudnia 2016 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1213).
- Ustawa z dnia 10 lutego 2017 r. o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2017 r., poz. 724).
- Ustawa z dnia 24 lutego 2017 r. o inwestycjach w zakresie budowy drogi wodnej łączącej Zalew Wiślaný z Zatoką Gdańską (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1644).
- Ustawa z dnia 9 marca 2017 r. o systemie monitorowania drogowego i kolejowego przewozu towarów (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 859 ze zm.).
- Ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2017 r., poz. 935).
- Ustawa z dnia 11 maja 2017 r. o biegłych rewidentach, firmach audytorskich i nadzorze publicznym (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1415 ze zm.).
- Ustawa z dnia 20 lipca 2017 r. o Krajowym Zasobie Nieruchomości (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1100 ze zm.).
- Ustawa z dnia 15 grudnia 2017 r. o dystrybucji ubezpieczeń (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1881).
- Ustawa z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 110 ze zm.).
- Ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1132 ze zm.).
- Ustawa z dnia 9 maja 2018 r. o przetwarzaniu danych dotyczących przelotu pasażera (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1783).
- Ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1781).
- Ustawa z dnia 15 czerwca 2018 r. o zbiorowym zarządzaniu prawami autorskimi i prawami pokrewnymi (Dz.U. z 2018 r., poz. 1293).
- Ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o ułatwieniach w przygotowaniu i realizacji inwestycji mieszkaniowych oraz inwestycji towarzyszących (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1538).

Ustawa z dnia 14 grudnia 2018 r. o promowaniu energii elektrycznej z wysokosprawnej kogeneracji (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 144 ze zm.).

Ustawa z dnia 22 lutego 2019 r. o przygotowaniu i realizacji strategicznych inwestycji w sektorze naftowym (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 2309 ze zm.).

Ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o przeciwdziałaniu marnowaniu żywności (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1645).

Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.)

Wyroki

Wyrok ETPC z 29 sierpnia 1997 r., *E.L. R.L. i J.O.-L. przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 20919/92, HUDOC.

Wyrok TK z 14 października 2009 r., Kp 4/09, OTK-A 2009, Nr 9, poz. 134.

Wyrok TK z 11 października 2016 r., K 24/15, OTK-A 2016, poz. 77.

*Donatas Murauskas** <https://orcid.org/0000-0003-2092-2873>

PREDICTIVE ANALYTICS IN CRIME PREVENTION AND THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: TACKLING RISKS IN PRIVACY AND FAIR TRIAL FRAMEWORKS

Abstract. In this paper I discuss whether the European Convention on Human Rights provides safeguards to individuals affected by predictive analytics in crime prevention. I start with depicting a conceptual issue that worries legal scholars – the trend of law-enforcement authorities to increase their attention to crime prevention rather than traditional criminal investigations. Then I dive into the right to privacy case-law of the European Court of Human Rights looking for the Court’s references to the threats of data processing. Lastly, I select concrete cases of the European Court of Human Rights on the right to a fair trial to show that the human rights safeguards are not yet developed to frame predictive analytics in crime prevention.

Keywords: right to a fair trial, human rights, European Court of Human Rights, predictive analytics, case-law.

ANALIZA PREDYKCYJNA W ZAPOBIEGANIU PRZESTĘPCZOŚCI I EUROPEJSKA KONWENCJA PRAW CZŁOWIEKA

Streszczenie. W tym artykule omawiam, czy Europejska Konwencja Praw Człowieka zapewnia ochronę osobom, których dotyczą analizy predykcyjne w zapobieganiu przestępczości. Zaczę od przedstawienia zagadnienia koncepcyjnego, które niepokoi prawników – tendencji organów ścigania do zwracania większej uwagi na zapobieganie przestępczości, a nie na tradycyjne dochodzenia. Następnie zagłębię się w prawo do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w zakresie prywatności, szukając odniesień Trybunału do zagrożeń związanych z przetwarzaniem danych. Na koniec wybrałem konkretne sprawy Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczące prawa do rzetelnego procesu sądowego, aby wykazać, że zabezpieczenia praw człowieka nie zostały jeszcze opracowane; aby opracować ramy analiz predykcyjnych w zapobieganiu przestępczości. Stwierdzam, że orzecznictwo Europejskiego Trybunału nie gwarantuje wystarczającej ochrony praw człowieka, zwłaszcza gdy organy ścigania stosują analizy predykcyjne w zapobieganiu przestępczości.

Słowa kluczowe: prawo do rzetelnego procesu, prawa człowieka, Europejski Trybunał Praw Człowieka, analizy predykcyjne, orzecznictwo.

* Vilnius University Law Faculty, donatas.murauskas@tf.vu.lt

DUOMENŲ ANALITIKA NUSIKALTIMŲ PREVENCIJOJE IR ŽMOGAUS TEISIŲ IR PAGRINDINIŲ LAISVIŲ APSAUGOS KONVENCIJA: TEISĖS Į PRIVATUMĄ IR TEISĖS Į TEISINGĄ BYLOS NAGRINĖJIMĄ TAIKYMO RIBOS

Santrauka. Straipsnyje keliu klausimą dėl Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos potencialo apsaugoti asmenis nuo žmogaus teisių ribojimų, teisėsaugos institucijoms naudojant algoritmus nusikaltimų prevencijos tikslais. Pirmiausiai pristatau teisėtyroje diskutuojamą konceptualią problemą – tendenciją teisėsaugos institucijoms vis daugiau dėmesio skiriant nusikaltimų prevencijai, o ne nusikalstamų veikų tyrimui. Toliau pristatau Europos Žmogaus Teisių Teismo praktiką privataus gyvenimo gerbimo srityje, ieškodamas Teismo nuorodų į rizikas dėl duomenų tvarkymo. Galiausiai aptariu konkrečius Teismo sprendimus (pirmiausiai Didžiosios kolegijos sprendimą *de Tommaso v. Italy*), abejodamas dėl juose pateikiamų teisės į teisingą bylos nagrinėjimą taikymo gairių pakankamumo nusikaltimų prevencijos, naudojant algoritmus, kontekste.

Raktiniai žodžiai: teisė į teisingą bylos nagrinėjimą, žmogaus teisės ir technologijos, Europos Žmogaus Teisių Teismas, algoritmai nusikaltimų prevencijoje, EŽTT praktika.

1. INTRODUCTION

Imagine your name is the same to a well-known criminal. This coincidence makes you a high-risk person in the eyes of law-enforcement: your behaviour is now monitored extensively; the police may stop you more frequently, asking to provide documents; your cell phone use may be monitored.

Mr Angelo de Tommaso has experienced even more. The courts have restricted his movement and communication. Mr de Tommaso appealed and after more than 6 months the courts quashed the restrictions. Later, the European Court of Human Rights found a very limited violation due to the lack of a public hearing in national courts (ECtHR 43395/09).

The recent case of the European Court of Human Rights *de Tommaso v. Italy* highlights perils of crime prevention. The experts also alert us about changing nature of the criminal justice model. Law-enforcement tends to rely more on crime prevention. This trend is worrisome due to emerging technologies used in law enforcement – bringing possibilities to tackle crimes efficiently, doing it before a crime happens. The criminal justice model becomes prospective, based on aggregated data, yet impersonal and distanced (Marks 2017, 708).

In this paper I search for the human rights safeguards available to individuals targeted by algorithmic decision systems in crime prevention. I focus on the case-law of the European Court of Human Rights applying the right to a fair trial and the right to privacy, i.e. Articles 6 and 8 of the Convention. Considering the broad effect algorithmic decision systems could imply, I deliberately exclude analysis of other Convention rights.

I review the conceptual issue in the first part of the paper, asking about the emerging trend to rely on algorithmic decision making in crime prevention. I provide insights on predictive policing tools used by law enforcement. In the second part of the paper I look whether the European Court of Human Rights refers to the threats of Big Data analytics in its privacy case-law. In this part I focus on the Court's case-law, looking for legal reasoning acknowledging threats of future use of collected data.

In the third part of the paper I look for more concrete cases applied in crime prevention – the stage in crime control where predictive analytics bloom. I focus on the right to a fair trial because this right is among the most affected rights by predictive analytics. The European Convention on Human Rights contains two parts of the fair trial guarantees – criminal and civil – that I discuss in turn.

This paper does not claim to tackle systemic risks of Artificial Intelligence Systems in criminal justice (it seems to be too ambitious to offer a holistic analysis of such conundrum in one scholarly paper). It does not offer a comprehensive analysis of how legal frameworks should be adjusted. Many experts wrote great papers on those conceptual questions that inspired my contribution, including Broeders and others (Broeders et al. 2017), Završnik (2018a; 2018b; 2019), Ferguson (2017; 2018); Marks and others (Marks et al. 2017) and others. I concentrate on the limits of the European Convention to curb risks associated with predictive policing based on the case-law of the European Court of Human Rights. This is a doctrinal paper, looking at selected judgments of the European Court of Human Rights and reviewing them in the context of an allegedly shifting paradigm of the criminal justice system.

2. HOW IS THE CRIMINAL JUSTICE CHANGING?

2.1. Increasing focus on crime prevention in criminal justice

We are witnessing how law-enforcement authorities are emphasising the data driven approach and crime prevention. States enshrine the imperatives of economy, efficiency and effectiveness, following business model ideals. The criminal justice associated with retribution and rehabilitation now focuses more on prevention means. The authorities seek to identify potential criminals before they commit offences (Marks 2017, 708). This is the outcome of increasing reliance on preemptive predictions in criminal justice, used to diminish a person's range of future options (Kerr, Earle 2013).

Završnik explores the ways big data analytics affects criminal justice and crime control. He notices a fundamental change in linguistics discussing law enforcement activities (Završnik 2019). Traditional criminal justice concepts have direct link with human rights safeguards. The law-enforcement authorities modify

the long-standing crime control concepts “to limit the executive power to legal procedures” (Završnik 2019, 5). Emerging concepts of crime prevention such as ‘meaning extraction’, ‘sentiment analysis’, ‘opinion mining’ and ‘computational treatment of subjectivity’ fall into the grey zone between criminal procedure and crime prevention, blurring the boundaries in the security and crime control (Završnik 2019, 5).

Law enforcement authorities depart from the traditional criminal justice model partly because they want to cure its subjectivity. Economist Daniel Kahneman summarised a good deal of researches: “humans are incorrigibly inconsistent in making summary judgments of complex information” (Kahneman 2013, 224). The criminal justice systems are shifting towards complete de-subjectivation in the decision-making process (Završnik 2018a, 7). Given the accelerating progress of data analytics and data mining capabilities, less and less effort is needed to identify a person from scattered pieces of data. Such pieces do not tell much on their own, but they can be revealing and used to identify a person if taken at the aggregate level (Završnik 2018a, 9).

Predictive data analytics is one of the big data revolution trends (Broeders 2017, 312). It allows law enforcement to predict people’s behaviour with a degree of probability. A person qualifies as a suspect before the criminal act and the authorities prevent the criminal act from happening – the general public safety concerns are satisfied. Yet, the predictive data analytics contains risks related to limitations of big data analytics (Broeders 2017, 314).

What are these limits? Computers can only be tasked with making inductive predictions based on past experiences. The future they predict is a continuation of the past data. Actual behaviour of an individual is neglected in such calculations. Završnik underlines the importance of information that can never be properly encompassed by the algorithms (Završnik 2018a, 12). Broeders and others emphasise limited number of crime patterns that can be analysed by algorithms in a meaningful way (Broeders et al. 2017, 314).

2.2. Predictive policing and its risks

Predictive policing is one of the fastest growing data analytics tools in criminal law (Isaac 2018, 546). Walter and others define predictive policing as applications designed to identify likely targets for police intervention and prevent crime or solve past crimes by making statistical predictions (Isaac 2018, 546). Predictive analytics shifts law-enforcement towards more transparency, pragmatics, and data-driven policymaking (Isaac 2018, 547).

Experts distinguish between different types of predictive policing tools: some predictive analytics are used in the form of place-based predictive policing, others in person-based targeting (Ferguson 2018, 505). An example of a place-based tools

is the *Baden-Württemberg pilot project P4*.¹ This system uses statistical analysis to identify areas where burglaries of apartments, business premises and car theft are likely to occur.² An example of a person-based targeting is the *Hessen-Data* system in Germany. This system combines data from social media with entries in various police databases, data from telephone surveillance to identify potential offenders; the system also helps to identify potential terrorists.³

Predictive policing suffers from similar limits and risks as associated with other data analytics. Broeders and others identify the following limits of data analytics (Broeders et al. 2017, 314):

- 1) Limited data quality or absence of it;
- 2) Limited technical possibilities of algorithms to meaningfully consider certain complex questions;
- 3) Lack of causality implication regarding person's activities;
- 4) The existence of errors in statistical analysis.

The application of data analytics is associated with risks summarized by Broeders and others (Broeders et al. 2017, 314–315), including:

- 1) The data is based on history which reinforces past biases, magnifying social and economic inequalities;
- 2) The data analysis violates privacy of people who are not involved in crimes;
- 3) Uncertain secondary use of data (known as ‘function creep’);
- 4) The effect on people behaviour by making them to avoid surveillance (known as ‘chilling effect’).

Other experts frame these issues differently. For example, Ferguson gives an argument on “black data” problem in Big Data policing (Ferguson 2017, 3). He indicates that there are three overlapping concerns related to “black data”: big data policing lacks transparency, because the solution is provided using mathematically complex algorithms; big data policing is racially encoded; big data policing faces legal uncertainty as old constitutional doctrines built on small data principles no longer work in the new big data age (Ferguson 2018, 504).

Ferguson’s third point underlines inadequacy of current legal frameworks to regulate big data policing. He suggests that the uncertainty created by old constitutional doctrines driven by “small data principles” applied to solve challenges of Big Data world. Even though Ferguson writes about the issues in the United States, similar challenges are relevant in the European context.

¹ See more details: <https://csl.mpg.de/de/forschung/projekte/predictive-policing/> [Accessed: 12 February 2020].

² See more details: https://atlas.algorithmwatch.org/report_en/security-and-surveillance/ [Accessed 1 March, 2020].

³ Ibid.

The shift from traditional criminal investigations to predictive policing implies, on one hand, the possibility to effectively prevent criminal acts from happening, on the other hand, risks undermining personal autonomy, by assigning criminal tendencies to individuals before they actually commit crimes. This diminishes the subjective side of a criminal act, relying on objectively identified risks, using statistical methods. At the same time, prediction may lead to conclusion as to the need to take necessary preventive measures to curb possible crime. This leads to restriction of individual liberties beyond the criminal investigation stage:

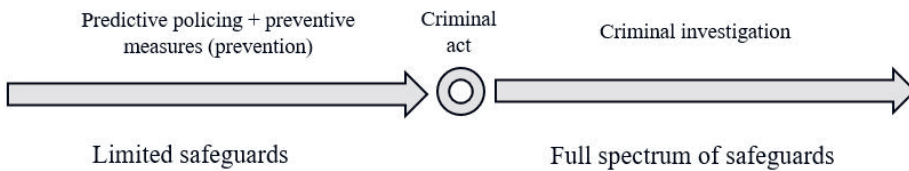


Figure 1. Legal safeguards before and after the criminal act – discussing the focus shift of law-enforcement from criminal investigation to crime prevention (created by the author)

2.3. Is the regulatory framework in Europe limited?

The short answer is yes. Current European legal framework is “mainly concerned with the initial data collection phase” (Broeders et al. 2017, 316). Predictive policing is a further step after the collection and retention of data – it concerns the use of such data. The safeguards regarding predictive policing in the European Union falls under the Police and Criminal Justice Authority Directive.⁴ Article 1 of the Directive defines that it is applied in crime prevention. This Directive is rather limited tool if compared with the more known General Data Protection Regulation (Marquenie 2017, 338).

One of the practical issues with the Directive is its scope. The decision-making by law-enforcement authorities typically combines both statistical analysis tools and the officer, working with the tool and verifying the conclusion. The participation of an officer in decision-making implies that the decision-making is not considered as “automated processing” in the Directive sense (Brkan 2019, 100). It may limit the application of the Directive to rather unrealistic situations when predictive analytics used without monitoring.

⁴ Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA (OJ L 119, 4.05.2016, pp. 89–131).

The Directive also leaves wide discretion to national governments to regulate the use of predictive policing. The absence of strict standards necessitates to look for substantive provisions on more abstract constitutional level. One of prevailing constitutional human rights settings in Europe is the European Convention on Human Rights. The Convention sets basic principles (minimum human rights standards) and the Strasbourg court derives the relevant meaning of them in developing social contexts. This task troubles the Court when emerging technologies are considered.

Emerging technologies fall under existing legal settings that accommodate new reality to a limited extent. The tension grows when courts confront emerging technologies using legal frameworks created in the past without any thought about future challenges. Ferguson identifies this issue as the uncertainty created by old constitutional doctrines driven by “small data principles” to solve challenges of Big Data world (Fergusson 2018). The limits of old constitutional standards could lead to a casuistic case-law on emerging issues. Ziemele underlines the case-law of the European Court of Human Rights on the right to privacy as an example (Ziemele 2020, 2–3).

In practice emerging technologies transformed the right to privacy to a ‘fit-for-all’ cure. Collection and processing of personal data is traditionally viewed as part of privacy related abuses of human rights. Privacy is the primary concern when we discuss how information technologies may affect us. The privacy principle encompasses “any IT-based processing of personal data, subjecting such processing to the informed determinations of the data subject concerned” (Sartor 2017, 442).

Privacy clauses are the backbones of human rights frameworks addressing information technologies. Unsurprisingly, emerging technologies entered the European Court of Human Rights case-law through the privacy clause. Article 8 § 1 of the European Convention prescribes that everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. Article 8 § 2 of the Convention reads:

There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

The privacy related case-law of the European court is developing rapidly. Even though there are no cases directly related to predictive policing, it is useful to search for clues on potential risks of further data use in the European Court of Human Rights cases. The analysis of the Court’s case-law on privacy may provide an outlook on how does the Strasbourg court approach risks of such data use, implying its approach on tackling threats of predictive analytics.

3. THE COURT'S CASE-LAW: THE POTENTIAL OF THE RIGHT TO PRIVACY

Data gathering and its retention preconditions data processing be it predictive policing or other. Ferguson underlines that “growing data collection capabilities have provided incentives to create new search technologies to interrogate the information” (Ferguson 2018, 507). Law-enforcement authorities seek extensive data gathering tools and aims for longer data retention to analyse it later. The right to private life of the European Convention covers data processing.

3.1. Early surveillance cases

Klass and others v. Germany of 1978 (ECtHR 5029/71) is one of the most important cases of the European court on secret surveillance. In this case the Court held that where a state institutes secret surveillance, individuals could be deprived of their Article 8 rights without being aware and without being able to obtain a remedy. The Court did not find a violation in this case, indicating a wide margin of appreciation of member states in dealing with intelligence activities. The conclusion was based on two factors: the technical advances made in the means of espionage and surveillance; and the development of terrorism in Europe.

The Court dealt with the importance of precise laws regulating interception of telephone conversations in *Kruslin v. France* (ECtHR 11801/85) and *Huvig v. France* (ECtHR 11105/84) of 1990. The judges indicated in both judgments that

[t]apping and other forms of interception of telephone conversations represent a serious interference with private life and correspondence and must accordingly be based on a “law” that is particularly precise. It is essential to have clear, detailed rules on the subject, especially as the technology available for use is continually becoming more sophisticated.

The Strasbourg court reiterated the importance of clearly prescribed laws associated with sophistication of technologies in *Kopp v. Switzerland* of 1998 (ECtHR 23224/94). This case concerned surveillance measures adopted in on-going criminal investigation – monitoring of a law firm’s telephone lines on prosecutor’s orders. The Court held that Switzerland violated Article 8 of the Convention.

Judge Pettiti issued his enlightening concurring opinion in *Kopp*. He underlined that

the legislation of numerous European States fails to comply with Article 8 of the Convention where telephone tapping is concerned. States use – or abuse – the concepts of official secrets and secrecy in the interests of national security. Where necessary, they distort the meaning and nature of that term. Some clarification of what these concepts mean is needed in order to refine and improve the system for the prevention of terrorism.

Judge Pettiti addressed the broadening scope of law-enforcement authorities using sophisticated tools in criminal justice. He pointed out an obscure distinction between criminal investigation and intelligence activities; and a flexible use of “national security” considerations in interception. Unclear definition of “national security” and a wide discretion of law-enforcement create the potential to gather and retain data in large quantities (which is, again, an important precondition for effective predictive policing).

Judge Pettiti’s concurring opinion is relevant today. It took a long time for the European Court to acknowledge that the distinction between individual oriented criminal investigation and intelligence activities – allowing much broader margin of appreciation to the states in the latter – is unclear.

In *Kopp* and, most importantly, the Grand Chamber judgment *Amann v. Switzerland* (ECtHR 27798/95) the Court ruled on the scope of analysis of Article 8 violations in data storing context. The Court indicated that the storing of information by a public authority relating to an individual’s private life amounts to an interference within the meaning of Article 8 and the subsequent use of the stored information has no bearing on that finding. This rule disincentivised the Court to expand its analysis into the potential data use, making the use unimportant for the deliberation.

3.2. *S. and Marper v. the UK*: Revising the scope of analysis and thinking about the future

The Grand Chamber judgment in *S. and Marper v. the United Kingdom* of 2008 (ECtHR 30562/04) changed the Court’s approach about the importance of emerging technologies and data use. The UK authorities retained fingerprints and DNA information when defendants in criminal proceedings were acquitted or discharged. The Strasbourg judges held that the UK violated Article 8 of the Convention. The Court repeated the formula developed in *Leander*, *Kopp* and *Amann* cases as to the limited scope of Article 8 (requiring only the storing fact and disregarding data processing potential) adding that

in determining whether the personal information retained by the authorities involves any of the private-life aspects [...], the Court will have due regard to the specific context in which the information [...] has been recorded and retained, the nature of the records, *the way in which these records are used and processed and the results that may be obtained* (italicized by the author).

The Court grounded its approach on another decision *van der Velden v. the Netherlands* (ECtHR 29514/05). This reasoning legitimised individual’s concern about the potential use of private information retained by national authorities in future. The Court pointed that

bearing in mind *the rapid pace of developments in the field of genetics and information technology*, it cannot discount the possibility that in the future the private-life interests bound up with

genetic information may be adversely affected in novel ways or in a manner *which cannot be anticipated with precision today* (italicized by the author).

Such view is a step towards acknowledging non-linear relationships in technology development applicable in predictive analytics context.

S. and Marper case provides an outlook on the actual criminal justice shift occurring in the UK. Arguing for the necessity of the interference the UK Government indicated that law enforcement agencies took full advantage of available techniques of modern technology in the prevention, investigation and detection of crime. The Government added that “the retained material was of inestimable value in the fight against crime and terrorism and the detection of the guilty.” The Government provided statistical data to support of their view (paragraph 91 of the judgment). They emphasised the benefits to the criminal-justice system, not only permitting the detection of the guilty but also eliminating the innocent from inquiries and correcting and preventing miscarriages of justice.

The Court observed that the privacy protection would be “unacceptably weakened if the use of modern scientific techniques in the criminal-justice system were allowed at any cost and without carefully balancing the potential benefits of the extensive use of such techniques against important private-life interests [...]” The Court pointed out that any state claiming a pioneer role in the development of new technologies bears special responsibility (paragraph 112 of the judgment).

The Strasbourg judges identified stigmatisation of people as a risk of future use of extensive database in criminal justice. They were concerned of “the risk of stigmatisation, stemming from the fact that persons in the position of the applicants, who have not been convicted of any offence and are entitled to the presumption of innocence, are treated in the same way as convicted persons” (paragraph 117 of the judgment).

Predictive policing allows authorities to identify risks before they materialise. For example, data sets allow to indicate that a person is high-risk for certain types of behaviour. Preventive actions taken by authorities based on such information raise doubts as to presumption of innocence – a person’s features and circumstances of the situation raise awareness of authorities regardless of actual criminal intent. The Court referred to this risk in *S. and Marper* judgment. The judges also noted that the retention of private data cannot be equated with the voicing of suspicions.

However, the Court started to develop a debatable distinction of people groups justifying different level of privacy intrusion. The Court raised concerns as to presumption of innocence by distinguishing convicts, suspects and non-suspects (as were the applicants in *S. and Marper* case). The Court concluded that the prolonged data retention for non-suspects is unreasonable.

S. and Marper case findings re-confirmed in *M.K. v. France* of 2013 (ECtHR 19522/09). In this case the Court analysed the legal framework allowing collection

and retention of fingerprints of non-convicts in France. The Court found a violation of Article 8 of the Convention.

The Court analysed the public prosecutor's peculiar argument rejecting the applicant's request to delete his prints from the police database in *M.K. v. France* judgment. The prosecutor grounded his decision on "the need to protect the applicant's interests by ruling out his involvement should someone else attempt to steal his identity." This argument reflects a motivation of law-enforcement authorities to gather as much data as possible – one of concerns related to the ongoing shift of the criminal justice model and the potential of predictive policing.

The Court discussed uncontrollable scope of such approach. The judges found that accepting this argument would justify "the storage of information on the whole population of France" (paragraph 40 of the judgment). This point is interesting in the light of the Court's argument made in an earlier inadmissibility decision in *van der Velden v. the Netherlands* in 2006 (ECtHR 29514/05). In *van der Velden* case the Court noted that the inclusion of DNA profile of the applicant in the national database is beneficial for the applicant as "he may thereby be rapidly eliminated from the list of persons suspected of crimes in the investigation of which material containing DNA has been found." The development enhances protection of human rights afforded by the European Convention.

3.3. Collecting data from the convict v. non-convict

The Strasbourg judges pointed out that the retention of fingerprints and DNA information of defendants who are acquitted or discharged violates the Convention in *S. and Marper v. the UK*. The question remained as to the extent the rights of suspects or convicts could be restrained. A few cases clarify this aspect.

The Court analysed taking and retention of DNA profiles of convicted criminals for the use in possible future criminal proceedings in Germany in *Peruzzo and Martens v. Germany* of 2013 (ECtHR 7841/08). The law in Germany allowed the authorities to collect DNA samples and to retain DNA profiles of persons who committed criminal offences of certain gravity and who have negative criminal prognosis. The Strasbourg court declared application inadmissible as manifestly ill-founded. German courts based their finding to take DNA samples and to retain DNA profiles on the gravity of committed offences. Strasbourg judges found reasons sufficient, including the assumption that criminal investigations with respect to similar offences were to be conducted against the applicants in the future (paragraph 48 of the decision).

The Court noted that domestic courts' decisions referred to the applicants' past convictions and their future criminal prognosis without implying allegations that they would be suspected of reoffending (paragraph 53 of the decision). The Court did not address the stigmatisation and biases risks this data retention could have on the applicants if predictive policing tools are used.

In another case *Aycaguer v. France* of 2017 (ECtHR 8806/12) the Court found a violation of Article 8 of the Convention when the legal framework in France prescribed fixed period for retention of DNA samples of convicted offenders irrespective of gravity of offence with no possibility to seek the destruction of such data. The legal framework in France did not differentiate offences, indicating maximum retention period 40 years. The Strasbourg judges treated this period as indefinite.

In 2020 the data retention saga in the UK continued with *Gaughran v. the United Kingdom* (ECtHR 45245/15). In this case the Court reaffirmed the principles laid down in *S. and Marper* judgment. In *Gaughran* case the Court dealt with the law allowing indefinite retention of DNA profile, fingerprints and photograph of persons convicted of a minor offence. The Court found a violation of Article 8 of the Convention in this case.

In the *Gaughran* case the UK Government argued that indefinite retention of biometric data and photograph of a convicted person “is of value in fighting crime, in particular statistics for Northern Ireland show that a significant percentage of convicted adults are re-convicted of a further offence within one or two years. Also, awareness that such data is being retained can deter offenders” (paragraph 62 of the judgment).

3.4. Addressing mass surveillance in criminal contexts

Mass surveillance tools allow to gather data required to use predictive analytics. Some of the European court cases deal with mass surveillance and contain references to future data use. The Court analysed surveillance regimes in Russia and Hungary in two cases touching upon the distinction between targeted surveillance in criminal cases and bulk interception.

The Grand Chamber judgment in *Roman Zakharov v. Russia* of 2015 (ECtHR 47143/06) stands out as one of the guiding cases in applying Convention standards for surveillance activities (Spano 2018, 487). Mr Zakharov complained about covert interception of mobile telephone communications in Russia. He argued that the national law permitted the authorities to intercept any person’s communications without obtaining prior judicial authorisation. The Court found a violation of Article 8 of the Convention.

The Strasbourg judges’ analysis focuses on features of national legislations allowing for intercepting communications. The judges, following earlier inadmissibility decision in *Weber and Seravia v. Germany* of 2006, identified six requirements for the national legislation such as the importance of notification of a person whose communication is being intercepted and the list of potential offences allowing interception. The Court was rather modest in its consequentialist reasoning regarding potential use of collected data in future.

Szabó and Vissy v. Hungary (ECtHR 37138/14) judgment of 2016 was exceptional in that regard. This case was again about the quality of national legislation allowing to intercept communications. The Court found a violation of Article 8 of the Convention because of the broad scope of interception measures. The Court underlined crucial insights on potential threats of further use of collected data by law enforcement authorities in this judgment.

The Court indicated the remarkable progress of the techniques applied in monitoring operations which is hardly conceivable for an average citizen (paragraph 68 of the judgment), adding that it must scrutinise the question as to whether the development of surveillance methods resulting in masses of data collected has been accompanied by a simultaneous development of legal safeguards. The judges noted that if the governments can acquire a detailed profile of the most intimate aspects of citizens' lives it may result in particularly invasive interferences with private life. The Court underlined that this threat to privacy must be subjected to very close scrutiny both on the domestic level and under the Convention, pointing out the need to enhance the guarantees under the Convention in the light of technology development (paragraph 70 of the judgment).

3.5. Addressing national security grounds for mass surveillance

Roman Zakharov v. Russia and *Szabó and Vissy v. Hungary* represent how do national governments expand criminal investigation by giving more discretionary powers to law-enforcement authorities. If national security is at stake, the Convention affords wider margin of appreciation to national authorities in comparison to criminal investigations. But the tension is growing in intelligence related cases as well.

The Court already acknowledged the need to unify safeguards of targeted and mass surveillance, even if margin of appreciation is different when the national security interest is involved. Here we come to Grand Chamber cases of 2021: *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom* and *Centrum för rättvisa v. Sweden*.

In *Big Brother Watch and Others* case the applicants complained about the scope and magnitude of the electronic surveillance programmes operated by the Government and with regard to the intelligence sharing regime. The case *Centrum för rättvisa* concerned a public interest law firm complaint about legislation permitting the bulk interception of electronic signals in Sweden for foreign intelligence purposes.

In these cases the Court referred to developed case-law on minimum requirements that should be set out in a national legal order to avoid abuses of power in interception cases (see, among others, *Weber and Seravia v. Germany* and *Roman Zakharov v. Russia* [GC]). Yet, the Court indicated that despite the fact that the test was equally applied to targeted and bulk interception regimes (compare *Roman*

Zakharov and *Weber and Seravia* cases in this regard), “in the intervening years technological developments have significantly changed the way in which people communicate. Lives are increasingly lived online, generating both a significantly larger volume of electronic communications, and communications of a significantly different nature and quality, to those likely to have been generated a decade ago” (paragraph 341 of *Big Brother Watch and Others*). The Court, therefore, decided to develop the minimum safeguards test for bulk interceptions regime to reflect the specific features of it, considering its primarily preventive nature.

The applicants in *Big Brother Watch and Others* case argued that the Court should update existing requirements for interception regimes. They suggested to include requirements for objective evidence of reasonable suspicion, prior independent judicial authorisation of interception warrants, and the subsequent notification of the surveillance subject. This is important because recent technological developments, according to the applicants, made more potential for communications interception *to paint an intimate and detailed portrait of a person’s private life and behaviour* (italicised by the author).

Although the Court developed existing requirements for interception regimes, it did not include “reasonable suspicion” criterion, considering the nature of bulk interception:

the requirement of “reasonable suspicion”, which can be found in the Court’s case-law on targeted interception in the context of criminal investigations is less germane in the bulk interception context, the purpose of which is in principle preventive, rather than for the investigation of a specific target and/or an identifiable criminal offence (paragraph 348 of the judgment).

The Grand Chamber underlined the importance of the procedures to be followed for selecting, examining, and using intercept material; the precautions to be taken when communicating the material to other parties; the procedures and modalities for supervision by an independent authority; and the procedures for independent ex post facto review, among others.

The Court adopted a procedural approach in *Big Brother Watch and Others* and *Centrum för rättvisa* cases. This approach was already criticised by scholars (see, among other, Milanovic 2021; Zalnieriute 2021). Yet, it seems rather difficult to substantially raise minimum requirements for mass surveillance regime by not undermining its essence (see paragraph 424 of *Big Brother Watch and Others* judgment).

For the first time the Court set mass surveillance on an equal foot with targeted surveillance. In paragraph 363 the Court concluded that “the interception, retention and searching of related communications data should be analysed by reference to the same safeguards as those applicable to content”. This is an important development considering the potential of big data in crime prevention and the shift to predictive analytics. Even more so, the Court emphasised the gradual steps of uneven intrusion into privacy of a person – depending on a particular stage of

bulk interception the level of intrusion may differ. If during the initial interception stage there may be only limited links to individuals, the final stage (e. g. the use of a report) may include some higher intrusion of privacy – “the degree of interference with privacy rights will increase as the process moves through the different stages” (paragraph 331 of *Big Brother Watch and Others* judgment).

Although critically received the judgments *Big Brother Watch and Others* and *Centrum för rättvisa* shed a light upon mass surveillance and provided an initial legal framework for legal regimes that consider potential of algorithmic decision making in crime prevention. By making a reference to different types of data collected by public authorities the Court underlines a development made in *S. and Marper* that is a turning point, proving the Court’s serious attention to data processing potential.

3.6. What is and what is not a “sensitive data”?

The Strasbourg court gives much attention to the type of data discussing the proportionality of interference in surveillance cases. A variety of data collected by state authorities was summarised in recent *Breyer v. Germany* case of 2020 (ECtHR 50001/12). This includes the use of surveillance via GPS, telecommunications, retention of fingerprints, cell samples and DNA profiles, metering and other.

Predictive analytics could use all data disregarding its type. The algorithm is used to analyse dataset, looking for correlations. Its success is determined by the precision of the result. One data could be proxy for another. For example, the fact that the person is sleeping could be determined by observing a person, by measuring temperature of his residence, or by looking at his cell phone activities and comparing it with the history trends, and myriads other ways. Sometimes, the combination of seemingly unrelated data could lead to important conclusion.

The logic of linear relationships is not applicable to complex data analytics. Arbesman discusses the complexity permeating our world, noting that “we are unable to fathom the structure and dynamics of huge and complex systems themselves – the way the different pieces interact as a whole” (Arbesman 2011, 71). Selecting the data which is a threat for human rights is risky itself considering uncertainty of predictive analytics potential. But this approach is typical in today data rights legal framework. The GDPR requires more rigorous approach to handle sensitive data. The European Court follows this idea.

The Strasbourg judges flagged DNA data in *S. and Marper* case. In recent *Breyer v. Germany* case the Court analysed legal obligation on service providers to store personal data of users of pre-paid mobile-telephone SIM-cards, making them available to German authorities. The Court did not find a violation, considering personal data of pre-paid mobile-telephone SIM-cards users as insensitive.

The Court concluded that a list of users of pre-paid SIM-cards with names, surnames and addresses did not include any highly personal information; nor did it allow the creation of personality profiles or the tracking of the movements of mobile-telephone subscribers. The Court took a linear approach in this case deciding which type of data may be sensitive in future use. Not even data experts would claim that such conclusion could be certain. The strength of predictive analytics lies in the combination of available data, searching for possible correlations.

The dissenting opinion of judge Ranzoni in this case underlines the risks of the Court's approach. He indicated that the Court's majority "overlooked the fact that the data serves as the key to (sensitive) telecommunications data and enables a person to be linked up to a phone number or a phone number to be connected to a person. It thus facilitates the identification of the parties to every telephone call or message exchange and the attribution of possibly sensitive information to an identifiable person." The judge referred to another case *Benedik v. Slovenia* (ECtHR 62357/14), where the Court considered that it is possible to identify an internet user by obtaining the subscriber information associated with a dynamic IP address.

In yet another *Catt v. the United Kingdom* case of 2019 (ECtHR 43514/15) the Court found a violation of the right to private life due to retention of peaceful campaigner's data on police database. In this case the Court referred to future implications of retention of sensitive data referring to the case-law on surveillance. The Court indicated that the decisions to retain the applicant's personal data did not take into account the heightened level of protection it attracted as data revealing a political opinion, and that in the circumstances its retention must have had a "chilling effect."

3.7. The Court is thinking about the future

The European Court develops a cautious approach about the data use under the privacy clause. When data gathering and retention is considered, the Court is starting to consider the potential of the use of data in future, looking into the context of a situation and acknowledging uncertainty about the scope of data use. The prove of this are groundbreaking judgments in cases *S. and Marper*, *Big Brother Watch and Others* and *Centrum för rättvisa*.

The Court restrictively approaches future data use under the privacy clause, with the exception of *Big Brother Watch and Others* that included Article 10 (Freedom of Expression) due to the fact that under the bulk interception regime confidential journalist material could have been accessed by the intelligence services. Although the Court lacks non-linear outlook on predictive policing potential indirectly legitimising future use of such tools, it develops a framework potentially capable to deal with such matters. The Convention privacy clause

safeguards individuals from their data collection and retention but the effect on the use of data is still ambiguous. In *Big Brother Watch and Others* and *Centrum för rättvisa* judgments the Court underlines importance of data use by referring to gradual steps of data processing in intelligence activities. Combining this with *S. and Marper* exposure of sensitive data indicates the Court's turn into complicated matters of data processing that is the core of algorithmic decision-making. The recent jurisprudence reveals that the Court becomes sensitive not only to the fact of data collection and its retention but also to its potential use.

The next question is following. What if a person is affected by predictive policing? Should he appeal the use of predictive analytics under the privacy provisions or refer to presumption of innocence under the fair trial safeguards? Although the European Court is aware about the threats of data use to privacy the effects of predictive policing go beyond privacy into the realm of a fair trial. The reasoning in *S. and Marper* shows that the Court is looking for the interlink between privacy and the factual presumption of innocence through stigmatisation concept (Galetta 2013).

Predictive policing helps law enforcement to prevent crime. This may deprive individuals from fair trial safeguards, including the presumption of innocence. I would like to look how does the European Court case-law approaches crime prevention in this regard and what does this imply to predictive policing.

4. THE ECTHR CASE-LAW: THE RIGHT TO A FAIR TRIAL

4.1. Crime prevention and the European Convention

Fair trial rights under the European Convention sets general principles applicable to the two basic categories of trials in modern justice systems – civil/administrative and those that are criminal in nature (Schabas 2012, 270). These categories are called, accordingly, civil and criminal limbs of the right to a fair trial in the Convention system. Let us discuss the criminal limb first.

Predictive policing is a part of the prevention framework in criminal justice. International human rights obligations are rigorous regarding criminal justice in its traditional sense. Article 6 of the European Convention sets a clear line when fair trial rights could be considered, that is “in determination [...] of any criminal charge.” Crime prevention formally falls beyond the scope of fair trial, leaving the states broader discretion in this area – “Article 6 is applicable to the preliminary investigation stage of criminal prosecution” (Schabas 2012, 280) but not to preventive measures.

The subsection on stages of criminal proceedings in the Court's guide on the criminal limb of fair trial rights (Guide 2020) begins with the basic rule that crime prevention is not perceived as a stage of criminal proceedings within the meaning of

Article 6 of the Convention. The authors of the guide ground this statement on two cases against Italy: *Raimondo v. Italy* of 1994 and *de Tommaso v. Italy* of 2017.

In *Raimondo v. Italy* (ECtHR 12954/87) the Court ruled that if national authorities restrict the applicant from using its property as a special measure of preventive nature, this is not a criminal sanction because it is designed to prevent the commission of offences (paragraph 43 of the judgment). The context changed from 1994. Authorities rely on crime prevention more than ever. Did the Court develop its case-law after more than 20 years to tackle present challenges?

De Tommaso v. Italy (ECtHR 43395/09) tells us a story about Mr de Tommaso who was investigated by Italian law-enforcement authorities. Based on the investigation findings Italian court acknowledged that the applicant had “active criminal tendencies.” The national court applied preventive measures justified by these findings. The preventive measures included obligations not to change his place of residence, not to return home later than 10 p.m. or to leave home before 6 a.m.; not to go to bars, nightclubs, amusement arcades or brothels and not to attend public meetings, and not to use mobile phones or radio communication devices among others. The appeal court quashed the measures after 7 months of their application.

Even though *de Tommaso* case does not consider the use of predictive analytics in crime prevention, its implications are applicable in this context. The Court repeated its case-law that the criminal aspect of Article 6 of the Convention should not be applied to crime prevention. The Strasbourg judges observed that “special supervision” in Italy did not involve the determination of a “criminal charge” within the meaning of Article 6 of the Convention (paragraph 43 of the judgment).

Judge Pinto de Albuquerque and Judge Egidijus Kūris addressed flaws related to the Court’s majority approach not to apply the criminal fair trial aspect in their dissenting opinions. Some of their arguments point towards the threats of predictive policing.

4.2. What does the criminal limb of a fair trial provision allow?

Before delving into the dissenting opinions in *de Tommaso* case I would like to clarify why is it so important to apply the criminal aspect of a fair trial in predictive policing. Predictive policing touches upon sensitive elements of human autonomy. When law-enforcement authorities identify a person as a “suspect” they increase attention to his activities, including further collection of personal data. Depending on the legal regime, if law-enforcement authorities perceive a person as “high-risk” they can restrict his life using prevention measures as is the case in Italy.

The criminal aspect of a fair trial ensures that the standard of administration of evidence is higher in criminal cases. The presumption of innocence implies that the burden of proof is on the prosecution (ECtHR 10590/83). The actual use

of surveillance technologies shifts the burden of proof to the suspect as it gathers data before the actual criminal proceedings are instituted (and, accordingly, presumption of innocence is activated; see more: Galetta 2013). According to the ECtHR, if authorities obtain evidence by violating privacy clause of the Convention a trial is considered as unfair. This includes situations when law-enforcement uses unlawful secret surveillance (ECtHR 4378/02).

The expectation of publicity is higher in criminal cases in comparison to civil cases. Exceptions to this rule help protecting witnesses' safety or privacy; or promote the free exchange of information and opinion in the pursuit of justice (ECtHR 36337/97). Classified information is not itself an argument for closing a trial from a public in criminal cases. Courts must find that closure is necessary to protect a compelling governmental interest and must limit secrecy if it is necessary to preserve such an interest (ECtHR 28617/03).

The Convention protects individuals by requiring that anyone accused of a criminal offence has the right to remain silent and not to contribute to incriminating himself (ECtHR 19187/91). This requirement evaporates if law-enforcement authorities target a person in crime prevention. For example, when authorities use predictive analytics to identify a person as "high-risk" the Convention does not provide safeguards to this person to refuse giving evidence against himself or his family members.

Moreover, preventive activities could imply negative impact on a person, similarly to criminal prosecution. Take Article 4 § 1 of Protocol No. 7 (right not to be tried or punished twice) of the European Convention extending to the right not to be prosecuted or tried twice. If a person is a "suspect" in crime prevention context, law-enforcement may "supervise" him permanently.

De Tommaso v. Italy judgment is worrisome because the Strasbourg court disregarded the effect preventive measures had on applicant's autonomy. Judge Pinto de Albuquerque reasoned why does the severity of measures applied to the applicant is a reason to classify them as "criminal." He analysed the nature of preventive measures in Italy identifying the links with a criminal procedure in many ways. For example, a breach of preventive measures was punishable by a sentence of up to five years' imprisonment. The application of such measures was considered as an aggravating factor in sentencing for criminal offences under the Italian Criminal Code.

This judgment is worth attention in yet another aspect. The majority of the Grand Chamber ignored the fact that the applicant was mistakenly considered dangerous by Italian authorities. The authorities erred but the applicant received neither compensation nor apology from them. In his dissenting opinion Judge Egidijus Kūris regretted that the Court did not find this circumstance sufficient to conduct a proportionality analysis instead of an abstract discussion on the quality of Italian legislation. It is hard to imagine that misidentification of a person

and application of such severe restrictions as in Mr de Tommaso case would be tolerated in criminal proceedings.

The risk of error is one of the major issues in predictive analytics and other forms of algorithmic decision making. For example, experts suggest that DNA analysis software contains codes leading to erroneous conclusions and inaccurate probabilities regarding individual participation in criminal acts. Non-disclosure of the code of such software may hamper the defence just because there is no objective baseline truth against which the software may be evaluated (Lacambra 2018, 32).

Apparently, if national authorities use predictive analytics and apply preventive measures based on their data analysis it does not fall under the criminal aspect of a fair trial of the European Convention. The Convention does not give us adequate safeguards to people affected by predictive analytics today if we accept scholars' warning on threats of expanding scope of crime prevention in criminal justice. Still, in *de Tommaso* judgment the Strasbourg court ruled that the civil aspect of a fair trial might be applied in crime prevention. The Court concluded that some of the restrictions complained of by the applicant "clearly fall within the sphere of personal rights and are therefore civil in nature": the prohibition on going out at night; leaving the district where the applicant lived; attending public meetings or using mobile phones. The Court held that Article 6 § 1 of the Convention had been infringed because the courts did not hold a public hearing.

Perhaps the civil aspect of a fair trial is sufficient to safeguard human rights when predictive analytics is involved? I doubt this for the following reasons.

4.3. Why is the civil aspect of a fair trial limited?

The civil aspect of a fair trial does not frame crime prevention in a criminal setting, including burden of proof standards and the presumption of innocence – "[s]tates have greater latitude when their courts are dealing with civil rights and obligations than when criminal matters are concerned" (Schabas 2012, 287). The defendant in criminal proceedings enjoys more safeguards than the party in civil proceedings. Although the requirement of equality of arms applies in principle to civil and criminal cases (ECtHR 8562/79), the civil aspect eliminates safeguards related to the status of a defendant as a party facing the threat of state-based criminal sanctions.

The Convention provides parties with the opportunity to discuss all evidence influencing the court's decision (ECtHR 36515/97). Yet, this right is not absolute. In some cases, it may be necessary to withhold certain evidence from the defence to preserve the fundamental rights of another individual or to safeguard an important public interest. Any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights must be sufficiently counterbalanced (ECtHR 35601/04).

But how would the rights be counterbalanced if restrictions are based on predictive analytics conclusions? The law-enforcement may apply an algorithm developed by a private company. The company may have a legitimate interest not to reveal the code entirely. Should the law oblige the companies to reveal their codes? Even so, would this help a “suspect” to argue against complex statistical analysis? The revealed criteria to identify a person as “high-risk” may look objective on the surface but contain proxies for discriminative outcome. Questioning of an algorithm and its results is even more complicated if we consider that the prevention activities (including preventive measures) never shift to criminal investigation by activating fair trial requirements allowing to challenge the evidence.

The civil aspect of a fair trial limits the Strasbourg court possibilities to reject domestically verified algorithm. If national authorities provide a justification for the use of an algorithm, adding their own arguments to explain the outcome of its use, the Strasbourg court would find it difficult to counter their decision.

Even more so, the Strasbourg case-law incentivises domestic authorities to use of available crime prevention tools in order to fulfil positive obligations under the Convention. Take an example of *Kotilainen and Others v. Finland* (ECtHR 62439/12). In this case the Court concluded that Finland violated substantive limb of Article 2 (right to life) of the Convention by failing to preventively confiscate a gun from an individual whose internet postings prior to committing school killings cast doubt on his fitness to safely possess firearms. The factual assessment of evidence as to reasonable suspicion that the individual may pose threat to his school community made by the domestic court was not satisfactory in the Strasbourg court’s view. The violation implies the importance to use of available preventive measures to tackle possible risks for other members of the society that itself questions the scope crime prevention could employ available technological means to advance its aim. From the psychological standpoint, if an algorithm is verified by experts, there will be less incentives to doubt its results. Even though law-enforcement authorities and national courts can deviate from the algorithm the psychological factor should be considered. Stubbs and Plesničar notes that “a judge deciding against the prediction of an algorithm is seemingly taking a greater risk and greater responsibility, even though her decision would be the same as without the algorithmic analysis” (Stubbs 2018, 168).

But even the normative standpoint of the Convention does not give much hope for individuals affected by predictive analytics. Recall *de Tommaso* case and the measures applied to the applicant – law-enforcement authorities can apply preventive measures based on the conclusion of predictive analytics. Even if national legislation requires to obtain court’s order, it would not be problematic from the European Convention standpoint. Predictive analytics in crime prevention could be justified by public safety grounds. The European Convention does not require to reveal all evidence if compelling grounds not to reveal them exist.

Take an analogy of the case concerning the use of classified evidence to limit person's possibility to use firearms. In *Pocius v. Lithuania* case of 2010 (ECtHR 35601/04) the applicant started proceedings against his entry in a law-enforcement database. The authorities revoked his firearms licenses based on this entry. The evidence was neither disclosed to the applicant nor did he have a possibility to respond to it.⁵

The European Court found a violation of Article 6 of the European Convention in *Pocius* case because the courts did not provide reasons at all. The national court "merely mentioned 'written evidence' against the applicant, without any further explanation." What would the European Court consider as sufficient reasoning in such case? What if the authorities revealed a summary of their evidence to the applicant? He would be able (at least, in theory) to argue such information – this revelation would be satisfactory in the light of the Convention fair trial standard. But would it be sufficient to safeguard people's rights in predictive analytics context?

What if we try to find more concrete status of algorithm-based probabilities in procedural realm? Predictive analytics tools help law-enforcement to ascertain data: the collected data remains a factual background for the algorithm conclusion. In other words, the data is "evidence" leading to the conclusion by the "expert" mechanism. McCormick and others note that the probabilities are not themselves evidence. They are numbers ranging from zero to one that may be used in drawing conclusions from the statistical or other evidence (Kaye et al. 2013, 1267). As Galetta warns, intelligence is not always based on evidence – it has a low exposure to dissent. Intelligence-based evidence is not produced by traditional means of evidence gathering that face particular requirements in a criminal legal order (Galetta 2013). This implies that law-enforcement officials become evidence gatherers and the experts – as managers of algorithms – at the same time. Would expert status help in achieving more scrutiny from national courts? Perhaps. Expert evidence is more intensively regulated field than algorithms as a *sui generis* source of information. The rules regulate expert evidence, ensuring certain reliability standard and providing opportunities to contest expert evidence

Does the European Convention help if we frame algorithms as expert evidence? The answer is uncertain. Take an example of *Devinar v. Slovenia* case of 2018 (ECtHR 28621/15): the national courts appointed applicant's opponent as an expert and relied on the expert opinion in their decision; the applicant relied on Article 6 § 1 of the Convention and alleged that the domestic courts' decisions were unfair; the Strasbourg judges did not find a violation. The European court agreed that if an expert is part of authority (which is a party of the proceedings),

⁵ Council of Europe Committee of Ministers information on execution of the judgments of the European Court of Human Rights *Užkauskas* and *Pocius*, available at <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163069>; [Accessed: 13 March 2020].

the person must have the possibility to raise doubts, including requesting opinion by an independent expert. The Court added that when requesting a second opinion by an independent expert, the applicant is required to produce enough material to substantiate the request. The Court agreed with national authorities that the applicant failed to do so.

Judge Pinto de Albuquerque criticised the reasoning of the majority in this judgment. He argued that this reasoning deviates from existing case-law formed in *Korošec v. Slovenia* of 2015 (ECtHR 77212/12). The Judge underlined the Court's arguments indicating that it was not a decisive factor in *Korošec* case that the applicant failed to submit any argument questioning the authority's findings other than disputing them.

Therefore, if law-enforcement relies on predictive policing tools individuals may have difficulties challenging their decisions even if we frame such decision as expert evidence. The use of predictive analytics involves technical experts. But producing sufficient material to substantiate the request for a second opinion of an independent expert might be unattainable.

5. CONCLUSIONS

Big data analytics empower law-enforcement authorities to tackle crime in more effective ways. The criminal justice begins prioritising the use of algorithmic decision systems in prevention of crimes over traditional retrospective criminal investigations. This trend challenges existing human rights safeguards created assuming small data processing.

The European Court of Human Rights discusses the future of data use in its right to privacy case-law. Starting with *S. and Marper v. the United Kingdom* case the European court develops a precautionary approach to data collection and retention associated with threats of its use in future. The Court harmonised privacy standards for different types of surveillance activities. It began discussing stigmatisation of individuals and a "chilling effect" on personal choices.

The European Court of Human Rights maintains a linear approach towards data processing threats. The European court allows national authorities to be more restrictive to convicts in data collection and retention – it puts convicts and other restricted groups at higher risk of stigmatisation. The national security is still a wild card to be used extensively by national authorities collecting and retaining data. Yet, *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom* and *Centrum för rättvisa v. Sweden* are cases where the Court introduced the minimum standards framework addressing mass surveillance, including indications on higher attention to data processing stage of surveillance activities.

Still, the European Convention on Human Rights does not provide sufficient protection for individuals affected by predictive policing under a fair trial

clause. The criminal aspect of a fair trial is not applied in crime prevention – the European Court’s findings in *de Tommaso v. Italy* case disregards the restrictive nature of preventive measures. The civil aspect of a fair trial allows easy ways of legitimising law-enforcement preventive activities and provide limited grounds to doubt the conclusions based on predictive analytics.

The paper was prepared as part of my Fulbright Research Scholar programme at Wake Forest University School of Law (2019–2020). I am grateful to Wake Forest University professors, researchers, and the School of Law library personnel. Special thanks to the participants of the Tenth Annual Loyola Constitutional Law Colloquium (Loyola University School of Law, 2019) and the Constitutional law forum (Barry University School of Law, 2020) for their comments that helped me to develop the argument I present in this paper. I would like to thank two anonymous reviewers who provided great insights on how to improve the paper. All errors remain my own.

BIBLIOGRAPHY

- Arbesman, Samuel. 2017. *Overcomplicated: Technology at the Limits of Comprehension*. New York: Portfolio.
- Brkan, Maja. 2019. “Do Algorithms Rule the World? Algorithmic Decision-Making in the Framework of the GDPR and Beyond.” *International Journal of Law and Information Technology* 1: 13–20
- Broeders, Dennis. Erik Schrijvers. Bart van der Sloot. Rosamunde van Brake. Josta de Hoog. Ernst Hirsch Balin. 2017. “Big Data and security policies: Towards a framework for regulating the phases of analytics and use of Big Data.” *Computer Law & Security Review* 33(3): 309–323.
- Council of Europe. European Court of Human Rights. 2020. *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a Fair Trial (criminal limb)*. Updated on 31 December 2019. <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides&c=#> [Accessed: 16 March 2020].
- Ferguson, Andrew Guthrie. 2017. *The Rise of Big Data Policing: Surveillance, Race, and the Future of Law Enforcement*. New York: New York University Press.
- Ferguson, Andrew Guthrie. 2018. “Illuminating Black Data Policing.” *Ohio State Journal of Criminal Law* 15(2): 503–525.
- Galetta, Antonella. 2013. “The changing nature of the presumption of innocence in today’s surveillance societies: rewrite human rights or regulate the use of surveillance technologies?” *European Journal of Law and Technology* 4(2). <https://ejlt.org/index.php/ejlt/article/view/221/377> [Accessed: 30 July 2021].
- Gorkic, Primoz. 2018. “Judicial Oversight of the (Mass) Collection and Processing of Personal Data.” In *Big Data, Crime and Social Control*. Edited by Aleš Završnik. 179–194. London: Routledge.
- Isaac, William S. 2018. “Hope, Hype, and Fear: the Promise and Potential Pitfalls of Artificial Intelligence in Criminal Justice.” *Ohio State Journal of Criminal Law* 15(2): 543–558.
- Kahneman, Daniel. 2013. *Thinking Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux.

- Kaye, David H. Kenneth S. Broun. George E. Dix. Edward J. Imwinkelried. Robert P. Mosteller. Ernest F. Roberts. Eleanor Swift. 2013. *McCormick on Evidence*. 7th Edition. St. Paul: Thomaon Reuters.
- Kerr, Ian R. Jessica Earle. 2013. "Prediction, Preemption, Presumption: How Big Data Threatens Big Picture Privacy." *Stanford Law Review Online* 66(65): 65–72. <https://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-and-big-data-prediction-preemption-presumption/> [Accessed: 29 July 2021].
- Knowles, R. 2014. "National Security Rulemaking." *Florida State University Law Review* (41)4: 883–944. <https://ssrn.com/abstract=2511583>
- Lacambra, Stephanie J. Jeanna Matthews. Kit Walsh. 2018. "Opening the Black Box: Defendants' Rights to Confront Forensic Software." *The Champion*, May: 28–39, 66.
- Marks, Amber. Ben Bowling. Colman Keenan. 2017. "Automatic Justice? Technology, Crime, and Social Control." In *The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology*. Edited by Roger Brownsword, Eloise Scotford, Karen Yeung. London: Oxford University Press.
- Marquenie, Thomas. 2017. "The Police and Criminal Justice Authorities Directive: Data Protection Standards and Impact on the Legal Framework." *Computer Law & Security Review* 33: 324–340.
- Milanovic, Marko. 2021. "The Grand Normalization of Mass Surveillance: ECtHR Grand Chamber Judgments in Big Brother Watch and Centrum för rättvisa." *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, May 26, 2021. <https://www.ejiltalk.org/the-grand-normalization-of-mass-surveillance-ecthr-grand-chamber-judgments-in-big-brother-watch-and-centrum-for-rattvisa/> [Accessed: 26 July 2021].
- Perry, Walter L. Brian McInnis. Carter C. Price. Susan C. Smith. S. John S. Hollywood. 2013. *Predictive Policing: the Role of Crime Forecasting in Law Enforcement Operations*. Rand Corporation.
- Sartor, Giovanni. 2017. "Human Rights and Information Technologies." In *The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology*. Edited by Roger Brownsword, Eloise Scotford, Karen Yeung. London: Oxford University Press.
- Schabas, William A. 2015. *The European Convention on Human Rights: A Commentary*. London: Oxford University Press.
- Spano, Robert. 2018. "The Future of the European Court of Human Rights – Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law." *Human Rights Law Review* 18: 473–494.
- Stubbs, Katja Šugman. Mojca M. Plesničar. 2018. "Subjectivity, algorithms and the courtroom." In *Big Data, Crime and Social Control*. Edited by Aleš Završnik. Oxon–New York: Routledge.
- Zalnieriute, Monika. 2021. "A Dangerous Convergence: The Inevitability of Mass Surveillance in European Jurisprudence." *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, June 4, 2021. <https://www.ejiltalk.org/a-dangerous-convergence-the-inevitability-of-mass-surveillance-in-european-jurisprudence/> [Accessed: 26 July 2021].
- Završnik, Aleš. 2018. "Algorithmic crime control." In *Big Data, Crime and Social Control*. Edited by Aleš Završnik. Oxon–New York: Routledge.
- Završnik, Aleš. 2018. "Big data. Big Data: What Is It and Why Does it Matter for Crime and Social Control?" *Big Data, Crime and Social Control*. Edited by Aleš Završnik. Oxon–New York: Routledge.
- Završnik, Aleš. 2019. "Algorithmic justice: Algorithms and big data in criminal justice settings." *European Journal of Criminology*. <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1477370819876762> [Accessed: 26 July 2021].

Ziemele, Ineta. 2020. "The European Convention on Human Rights: Living Instrument at 70. Science and Technology." *Speech during the opening of the judicial year of the European Court of Human Rights on January 31, 2020*. https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=events/judicial_year&c= [Accessed: 26 July 2021].

Case Law

- ECtHR decision *Weber and Seravia v. Germany*, 54934/00, 29 June 2006.
- ECtHR decision *van der Velden v. the Netherlands*, 29514/05, 7 December 2006.
- ECtHR decision *Peruzzo and Martens v. Germany*, 7841/08, 4 June 2013.
- ECtHR Grand Chamber judgment *Saunders v. the United Kingdom*, 19187/91, 17 December 1996.
- ECtHR Grand Chamber judgment *Amann v. Switzerland*, 27798/95, 16 February 2000.
- ECtHR Grand Chamber judgment *S. and Marper v. the United Kingdom*, 30562/04, 4 December 2008.
- ECtHR Grand Chamber judgment *Bykov v. Russia*, 4378/02, 10 March 2009.
- ECtHR Grand Chamber judgment *Roman Zakharov v. Russia*, 47143/06, 4 December 2015.
- ECtHR Grand Chamber judgment *de Tommaso v. Italy*, 43395/09, 23 February 2017.
- ECtHR Grand Chamber judgment *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom*, nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, 25 May 2021.
- ECtHR Grand Chamber judgment *Centrum för rättvisa v. Sweden*, 35252/08, 25 May 2021.
- ECtHR judgment *Huvig v. France*, 11105/84, 24 April 1990.
- ECtHR judgment *Kruslin v. France*, 11801/85, 24 April 1990.
- ECtHR judgment *Raimondo v. Italy*, 12954/87, 22 February 1994.
- ECtHR judgment *Kopp v. Switzerland*, 23224/94, 25 March 1998.
- ECtHR judgment *B. and P. v. the United Kingdom*, 36337/97, 24 April 2001.
- ECtHR judgment *Fretté v. France*, 36515/97, 26 February 2002.
- ECtHR judgment *Belashev v. Russia*, 28617/03, 4 December 2008.
- ECtHR judgment *Pocius v. Lithuania*, 35601/04, 6 July 2010.
- ECtHR judgment *M.K. v. France*, 19522/09, 18 April 2013.
- ECtHR judgment *Korošec v. Slovenia*, 77212/12, 8 October 2015.
- ECtHR judgment *Szabó and Vissy v. Hungary*, 37138/14, 12 January 2016.
- ECtHR judgment *Aycaguer v. France*, 8806/12, 22 June 2017.
- ECtHR judgment *Benedik v. Slovenia*, 62357/14, 24 April 2018.
- ECtHR judgment *Devinar v. Slovenia*, 28621/15, 22 May 2018.
- ECtHR judgment *Catt v. the United Kingdom*, 43514/15, 24 January 2019.
- ECtHR judgment *Breyer v. Germany*, 50001/12, 30 January 2020.
- ECtHR judgment *Gaughran v. the United Kingdom*, 45245/15, 13 February 2020.
- ECtHR judgment *Kotilainen and Others v. Finland*, 62439/12, 17 September 2020.
- ECtHR Plenary judgment, 5029/71, *Klass and others v. Germany*, 6 September 1978.
- ECtHR Plenary judgment *Feldbrugge v. the Netherlands*, 8562/79, 29 May 1986.
- ECtHR Plenary judgment *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, 10590/83, 6 December 1988.

*Tomasz Grzybowski** <https://orcid.org/0000-0002-9159-0223>

TRZY POZIOMY ZAMKNIĘCIA ARGUMENTACJI PRAWNICZEJ

Streszczenie. Artykuł przedstawia trzy perspektywy analityczne problemu zamknięcia argumentacji prawniczej na tle centralnych założeń interpretacyjnych dwóch wiodących polskich teorii wykładni, tj. koncepcji klaryfikacyjnej oraz derywacyjnej. Autor prezentuje tezę, że zdolność wykładni operatywnej do regulacji stosunków społecznych jest m.in. wypadkową konkluzywności danego paradygmatu wykładni oraz kontekstu kulturowego, w jakim został osadzony. Niezależnie od uprawomocnienia wyniku interpretacji w dyskursie prawniczym, tj. w środowisku profesjonalistów, możliwa jest sytuacja, gdy dyrektywy wykładni, które stanowią artefakt kulturowy, nie są w pełni kompatybilne z ideologicznymi oraz aksjologicznymi założeniami kultury prawnej i politycznej danego społeczeństwa, stanowiąc niejako kontrproduktywny element tejże kultury.

Słowa kluczowe: teoria prawa, argumentacja prawnicza, paradygmat interpretacyjny, konkluzywność wykładni, stosowanie prawa.

THREE LEVELS OF CONCLUSIVENESS OF LEGAL ARGUMENTATION

Abstract. Article presents three analytical perspectives of the problem of closing legal argumentation against the background of the central interpretative assumptions of two leading Polish theories of interpretation, i.e. the clarificative and derivational concept. Author presents thesis that the ability of operative interpretation to regulate social relations is, inter alia, the resultant of conclusiveness of a given interpretative paradigm and the cultural context in which it is embedded. Regardless of the validation of the result of interpretation in the legal discourse, i.e. in the environment of professionals, it is possible that the directives of interpretation, which constitute a cultural artifact, are not fully compatible with the ideological and axiological assumptions of the legal and political culture of a given society, constituting a counter-productive element of that culture.

Keywords: legal theory, legal argumentation, interpretative paradigm, conclusiveness of interpretation, application of law.

1. Problem granic argumentacji prawniczej dostrzega się na ogół w kontekście ramifikacji sporów interpretacyjnych. W tej optyce na pierwszy plan wysuwa się pytanie, w jaki sposób ma być określony zakres dopuszczalnych argumentów interpretacyjnych, tzn. demarkacja pewnej domeny racji, które mogą być rozpoznane jako „prawne” (Dyrda, Gizbert-Studnicki 2020, 19–34). Ten kierunek rozważań zwraca w szczególności uwagę na granice prawniczej władzy dyskrejonalnej nad

* Szkoła Główna Handlowa w Warszawie, tgrzyb1@sgh.waw.pl

tekstem, która staje się dyskretną władzą nad prawodawstwem, a w konsekwencji także, do pewnego stopnia, nad społeczeństwem, odsłaniając tym samym problem legitymizacji prawniczych toposów argumentacyjnych. Okazuje się bowiem, że to, co integruje prawników, może wpływać dezintegrująco na rezultaty realizacji prawniczych schematów argumentacyjnych, postrzegane z punktu widzenia zamierzeń prawodawców (polityków), oczekiwań ekonomii, moralności, czy w ogóle społeczeństwa (Bator 2006, 19–21). Napięcie, jakie wytwarza w związku z powyższym stabilizacyjna funkcja kultury prawniczej, prowadzi do zagadnienia uprawomocnienia władzy prawniczej, zwłaszcza gdy przekroczy pożądaną miarę w dążeniu do ujednoczenia praktyki prawniczej. Wówczas bowiem to, co wydaje się siłą kultury prawniczej – stałość, staje się jej wadą, eksponując jej konserwatywny charakter i wynikający z tego brak zdolności do szybkiej reakcji na zmiany w rzeczywistości społecznej (Jabłoński, Kaczmarek 2013, 104).

Zagadnienia powyższe można określić jako horyzontalne aspekty legitymizacji argumentacji prawniczej (w płaszczyźnie interpretacyjnej). Ich rewersem jest natomiast wertykalne ujęcie legitymizacji rozumowań prawniczych, tj. zagadnienie konkluzywności (zamknięcia, uprawomocnienia) argumentacji prawniczej. Pojęcie to nie jest jednoznaczne i poddaje się różnym interpretacjom w zależności od stopnia uniwersalizacji audytorium argumentacji prawniczej, jak też odnośnie poziomu języka. W szczególności możliwe jest rozważanie powyższej kwestii zarówno w ujęciu dogmatycznym, w oparciu o analizę tekstu prawnego, tj. w odniesieniu do funkcjonujących instytucji prawnych bądź *de lege ferenda*, jak też w perspektywie teoretycznej, tzn. w odniesieniu do meta-języka, tj. języka prawniczego, a zwłaszcza na kanwie wykładni operatywnej. Każdy współczesny system prawny zakłada bowiem jakąś konstrukcję zamknięcia argumentacji (Zirk-Sadowski 1984, 159). Oczywistymi przykładami instytucjonalnych form zakończenia dyskusji toczony przez uczestników obrotu prawnego są terminy procesowe czy konstrukcja prawomocności orzeczenia. Przedmiotem dalszych rozważań będą natomiast formy uprawomocnienia argumentacji prawniczej relatywizowane do języka prawniczego, a co więcej – do wykładni operatywnej (pominięto zatem np. kwestię konkluzywności sporu co do ustaleń faktycznych). W zależności od stopnia ogólności rozważań, nasuwają się *prima facie* trzy poziomy teoretycznej analizy zagadnienia zamknięcia dyskursu prawniczego (Grzybowski 2018, 210 i n.).

W pierwszej kolejności można rozpatrywać powyższą problematykę w odniesieniu do rozstrzygnięcia konkretnego przypadku interpretacyjnego, tj. na poziomie jednostkowej decyzji interpretacyjnej. W tym ujęciu, nazwijmy je decyzyjnym, na pierwszy plan wysuwa się kwestia wyczerpania racji interpretacyjnych determinujących rozstrzygnięcie danego przypadku i tym samym uniknięcie swego rodzaju spirali hermeneutycznej. Krótko mówiąc, w perspektywie uzasadniania konkretnej decyzji interesująca jest swego rodzaju ekonomia argumentacji prawniczej. W aspekcie normatywnym wyraża się ona w postulatcie redukcji

kompleksowości, który na gruncie prawoznawstwa przybiera postać reguły interpretacyjnej, zgodnie z którą interpretator (zwłaszcza sąd) nie powinien argumentować za określoną wykładnią przepisów w sytuacji, gdy te nie budzą wątpliwości w sprawie, bowiem taka narracja prowadziłyby „do paraliżu działania instytucji stosujących prawo, które zostałyby zmuszone do marnowania swojego czasu i przytaczania w uzasadnieniach pospolitych komunałów interpretacyjnych” (Morawski 2010, 54).

Drugi poziom analizy tworzy pojęcie dyskursu interpretacyjnego. W tej perspektywie, nazwijmy ją dyskursywną, kwestia zamknięcia argumentacji prawniczej rozpatrywana jest nie tyle na kanwie konkretnego przypadku interpretacyjnego (uzasadnienia decyzji prawnej), co w kontekście możliwości sformułowania efektywnej metody kończenia sporów interpretacyjnych, toczonych w ramach określonej wspólnoty interpretacyjnej, w szczególności w orzecznictwie sądowym. Chodzi tu przede wszystkim o mechanizmy stabilizujące rozumienie tekstów prawnych, czy też utrwalające określone postawy interpretacyjne, tj. w szczególności wskazanie koncepcji wykładni umożliwiającej względnie ugruntowane rozumienie tekstów prawnych przez prawniczą, a zwłaszcza sędziowską wspólnotę interpretacyjną. Owo dyskursywne ujęcie akcentuje więc funkcję petryfikacyjną wykładni prawa, tzn. jej wymiar „precedensowy”, rozumiany jako zdolność utrwalania określonych postaw interpretacyjnych, a tym samym realizacji wartości pewności prawa. Zakłada się tu zatem potrzebę eliminacji potencjalnej nieskończoności argumentacji (regresu *ad infinitum*) czy jej zapętlenia¹. Niekiedy rozwiązania takie funkcjonują na poziomie języka prawnego, jak choćby w przypadku uchwał interpretacyjnych sądów najwyższych, innym razem stanowią element kultury prawniczej, jak zasada *stare decisis* w systemach anglosaskich. W europejskiej przestrzeni prawnej mamy z nimi jednak do czynienia również za sprawą doktryn interpretacyjnych, takich jak *acte éclairé* czy *acte clair*, rozwijanych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, których odpowiednikiem w rodzimym prawoznawstwie jest, zwłaszcza w jej współczesnym ujęciu, koncepcja *claritas*. Jak bowiem spostrzega Marek Zirk-Sadowski, aktualnie kategorię bezpośredniego rozumienia tekstu prawnego możemy odnosić do sytuacji, gdy nie budzi on wątpliwości z tego powodu, że na przykład został „poprzedzony” linią orzeczniczą czy też uchwałą interpretacyjną (wykładnią legalną). Jeśli znaczenie tekstu prawnego zostaje w taki sposób zbudowane, to ów

¹ Na poziomie filozoficznym zagadnienie to występuje pod postacią pytania o fundamenty naszej wiedzy i jej uzasadnienia. Sceptycyzm wobec możliwości odnalezienia takiego Archimedowego punktu podparcia wyraża, w szczególności, sformułowany przez Hansa Alberta trylemat Münchhausena, wedle którego każde uzasadnienie prowadzi w ostateczności do dogmatyzmu, regresu w nieskończoność albo też błędnego koła w dedukcji. A ponieważ nie sposób „zgodzić się ani na ciąg nieskończony, ani na błędne koło, przyjęła się tendencja do [...] przerywania procesu uzasadniającego”, tj. odwołania się do dogmatu (Albert 1995, 252 i n.).

instytucjonalnie objaśniony tekst traktuje się w kolejnych orzeczeniach jako jasny (Zirk-Sadowski 2012, 157 i n.).

Wreszcie trzecia płaszczyzna odnosi się do wykładni prawniczej postrzeganej jako element komunikacji społecznej, a tym samym do prawa jako wytworu (komponentu) kultury². W tym ujęciu pojęcie zamknięcia interpretacji kładzie nacisk – podobnie jak poziom dyskursu orzeczniczego – na kwestię akceptowalności określonych metod interpretacji tekstów prawnych. Kryterium nie stanowi tu jednak konsensus w dyskursie prawniczym, tj. pewien stan instytucjonalnej stabilności interpretacji, choć oczywiście nie pozostaje to bez znaczenia. Istotna jest przede wszystkim akceptowalność (względnie podważalność) dyskursu interpretacyjnego w przestrzeni publicznej, tj. jako regulatora stosunków społecznych. Dla tego ujęcia, nazwijmy je politycznym, kluczowa jest warstwa legitymizacyjna prawniczej wykładni prawa, co czyni je zagadnieniem z pogranicza teorii prawa i polityki. Jak bowiem spostrzega William Lucy, racjonalność i legitymizacja to dwie kategorie, do których można sprowadzić cały teoretyczny i aksjologiczny kontekst orzekania. Pierwsza z nich jest bardziej charakterystyczna dla języka teorii prawa, druga dla języka teorii polityki (Lucy 2002, 208–209). Innymi słowy, dla prawnika, jako zaangażowanego uczestnika praktyki, legitymizacja jego działań jest w znacznej mierze oczywista; bardziej interesuje się on uzasadnieniem poszczególnych decyzji, możliwością powiązania ich do innych przesłanek uznanych za dane lub akceptowane przez prawnicze audytorium. Z tego wewnętrznego punktu widzenia ważniejsza jest więc racjonalność i/lub racjonalizacja podejmowanych decyzji. Z kolei dla zewnętrznego (politycznego) obserwatora praktyki prawniczej kwestia prawniczej dyskrecjonalności to przede wszystkim problem legitymizacji władzy. Od prawnika oczekuje się więc odpowiedzi na pytanie: skąd czerpiesz upoważnienie do tego, co robisz? W tej optyce prawnicze wywody pokazujące istnienie elementów kulturowych mogących ściśle zdeterminować praktykę decyzyjną tracą na znaczeniu, zwłaszcza dla teoretyka demokracji i polityki, który myśli w kategoriach władzy oraz suwerenności.

Zatem w zależności od stopnia uniwersalizacji audytorium (Perelman, Olbrechts-Tyteca 1991)³ możliwe są różnorodne rozstrzygnięcia odnośnie konstrukcji zamknięcia argumentacji prawniczej. Najbardziej ogólny i zarazem

² Przykładem koncepcji filozoficzno-prawnej przyjmującej za punkt wyjścia ujęcie prawa jako przedmiotu kulturowego jest egologia Carlosa Cossio (Cossio 2014).

³ Uczestnicy postępowania, jakkolwiek są najbardziej istotnym audytorium partykularnym, do którego kierowane jest uzasadnienie orzeczenia sądowego, to nie jedynym. W przypadku orzeczeń sądów niższej instancji pisemne ich motywy będą miały, w razie zaskarżenia, zadanie przekonania sądu odwoławczego. Ponadto publikowane orzeczenia podlegać będą ocenie (nieraz krytycznej) środowiska prawniczego (najczęściej przedstawicieli nauki prawa), a wobec tego stanowić będą przedmiot głoś i komentarzy. Niejednokrotnie argumentacja podana w uzasadnieniu orzeczenia może przekonać skład orzekający w innej sprawie do zajęcia stanowiska zbieżnego z zaprezentowanym w tym uzasadnieniu. Wreszcie orzeczenia nieraz dotyczą kwestii będących przedmiotem debaty publicznej i pozostają w centrum zainteresowania mediów.

niejednoznaczny dla prawnika charakter ma oczywiście perspektywa polityczna, która koncentruje się na społecznym uprawomocnieniu (legitymizacji) praktyki interpretacyjnej, abstrahując od narracji właściwej zaangażowanemu uczestnikowi dyskursu prawniczego, tj. wewnętrznego punktu widzenia (Hart 1998, 143 i n.). Dostrzeżenia wymaga przy tym, że przedstawiona wyżej propozycja metodologiczna ma charakter typologii, tzn. na każdym poziomie refleksji występują swego rodzaju sprzężenia zwrotne. Nie wymaga bowiem szerszego tłumaczenia, że na jednostkową decyzję stosowania prawa przemożny wpływ wywiera przyjmowany warsztat interpretacyjny, a ten z kolei stanowi wypadkową *ius interpretandi*, które jest składową kultury (prawnej) społeczeństwa. W uzasadnieniu decyzji prawnej ogniskują się zatem nie tylko elementy wewnętrzne, dotyczące jej struktury logicznej, ale też i zewnętrzne, włączając w to założenia filozoficzne interpretatora (Wróblewski 1988, 26). W istocie, wybierając jedno z proponowanych ujęć, nie sposób w pełni zdystansować się od pozostałych płaszczyzn rozważań. Przenikanie się poszczególnych ujęć dogodnie jest przy tym zilustrować na tle dwóch wiodących polskich teorii wykładni: klaryfikacyjnej oraz derywacyjnej.

2. Spośród licznych propozycji teoretycznych koncepcje wykładni klaryfikacyjnej oraz derywacyjnej wywarły największy wpływ na polską naukę prawa, jak też na praktykę prawniczą i jako jedyne rywalizują o miano wiodącej w swojej dyscyplinie. W obecnym stanie dyskusji doktryny te traktowane są raczej jako komplementarne niż konkurencyjne (Zieliński, Zirk-Sadowski 2011, 99–111). Niemniej, mimo że obie teorie opierają się na tym samym pozytywistycznym paradygmacie, trudno uznać, by spór o centralne dla nich meta-zasady wykładni został rozstrzygnięty. Do nich też ograniczymy się w dalszych rozważaniach, tj. do opozycji *clara non sunt interpretanda vs. omnia sunt interpretanda*.

Pierwsza z ww. zasad, stanowiąca oś teorii klaryfikacyjnej Jerzego Wróblewskiego, zakłada rozróżnienie między „sytuacją interpretacji” a „sytuacją izomorfii”. Ściślej, zasada *clara non sunt interpretanda* dotyczy drugiego z ww. stanów rzeczy, a podstawową jej funkcją jest wyrażanie idei bezpośredniego rozumienia tekstu prawnego. Z takim stanem rzeczy mamy do czynienia, gdy interpretacja operatywna prawa pozytywnego nie jest konieczna, ponieważ w rozpatrywanej sprawie nie ma uzasadnionych wątpliwości co do znaczenia, w tym zakresie zastosowania normy prawnej (wariant antyinicjujący wykładni). Współcześnie, jak wspomniano, pojmowanie tej dyrektywy wykładni ewoluowało w kierunku traktowania danego tekstu jako jasnego z tego powodu, że posiada on ugruntowaną historię interpretacyjną. Można to odczytywać jako swego rodzaju wersję wariantu antykontynuacyjnego wykładni (Grzybowski 2013, 31–34), a to wobec uznania, że coś, co było interpretacyjnym sufitem, stało się interpretacyjną podłogą i nie wymaga dalszych zabiegów interpretacyjnych (Stelmach 2010, 141–150). Z kolei derywacyjna teoria interpretacji Macieja Zielińskiego ufundowana została na zasadzie *omnia sunt interpretanda*, która wiąże się z założeniem, że każdy tekst

prawny może zostać uznany za niejednoznaczny i wobec tego możliwość bezpośredniego rozumienia przepisów jest wykluczona, a wykładnia jest co do zasady konieczna.

Problem powyższy jest uniwersalny z uwagi na jego epistemologiczne w dużej mierze podłoże. Niezależnie od rodzimej dyskusji jego refleksem jego choćby doktryna *acte clair*, rozwijana w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE (Grabowski 2015, 77). Niemniej, nie jest moją intencją podjęcie kolejnej próby rozstrzygnięcia tej kontrowersji, która zważywszy na jej wielowymiarowość i fundamentalny charakter, wydaje się skazana na niepowodzenie. Spór ów zasadza się bowiem na niezgodzie co do podstawowych presupozycji rozumowania prawniczego i jako taki w ostateczności zdaje się przypominać dylemat wyboru „formy życia” (Wittgenstein 1972, 16), tj. przyjmowanego obrazu interpretacji prawniczej. Nie zamierzam również powielać w tym miejscu rekonstrukcji argumentów podnoszonych w ramach ww. konkurencyjnych zasad wykładni (m.in. Grzybowski 2012). Zwracam natomiast uwagę na przekrojowy charakter obu zasad wykładni w tym znaczeniu, że zależnie od przyjętej optyki odmiennie prezentuje się kwestia zamknięcia argumentacji prawniczej na każdym z trzech ww. poziomów: decyzyjnym, dyskursywnym oraz politycznym.

3. Różnica co do momentu zamknięcia argumentacji prawniczej (interpretacji) jest najbardziej wyraźna w ujęciu decyzyjnym, jako że wskazane wyżej zasady wykładni zgoła odmiennie umiejscawiają koniec dyskusji nad tekstem prawnym. W przypadku ujęcia klaryfikacyjnego, niezależnie od interpretacji historycznej, bądź współczesnej dyrektywy *clara non sunt interpretanda*, możliwa jest sytuacja, gdy – w szczególności w kontekście uzasadniania, naturalnym dla perspektywy argumentacyjnej (Grzybowski 2012, 52 i n.) – wykładnia w ogóle nie będzie prowadzona, tzn. zostanie *a limine* wykluczona ze spektrum rozumowania operatywnego. Z kolei w optyce derywacyjnej interpretacja kończy się dopiero w momencie otrzymania

we wszystkich jej aspektach [...] normy zupełnej (mającej zarówno adresata, jak i okoliczności, element nakazu czy zakazu i określenie zachowania się), pełnej co do treści (a więc z uwzględnieniem wszystkich modyfikatorów), wyrażonej w języku ogólnym, zatem powszechnie zrozumiałej i na dodatek jednoznacznej (Zieliński 2010, 254).

Innymi słowy, w klaryfikacyjnym obrazie interpretacji jasność (jednoznaczność) normy może stanowić punkt wyjścia, jako że nawiązuje do sytuacji preinterpretacyjnej, a zatem wykładnia w tym zakresie stanowi przyjęty z góry zespół twierdzeń składających się na uwzględnioną tezę interpretacyjną, tzn. argumentacja nie jest dokonywana, czy też jest zamknięta w tym zakresie niejako *in principio*. Natomiast w świetle dyrektywy *omnia sunt interpretanda* norma prawna zawsze stanowi rezultat stosowania sekwencyjnego modelu interpretacyjnego, tzn. kończy się dopiero sformułowaniem tegoż wyrażenia językowego.

Granica między przedstawionymi tu perspektywami teoretycznymi zacie-
ra się, gdy problem zamknięcia argumentacji prawniczej odnosi się do poziomu
dyskursywnego. Na pierwszy plan wysuwa się w tym względzie współczesne ro-
zumienie zasady *clara non sunt interpretanda*, implikujące twierdzenie deskryp-
tywne, że „utrwalona praktyka sądowa dotycząca interpretacji przepisów praw-
nych, zwłaszcza gdy jest ona dość jednoznaczna, wskazuje na treść stosowanego
prawa, a więc na wolę ustawodawcy, choćby teoretycznie istniała możliwość innej
wykładni” (wyr. TK z 6.09.2001 r., P 3/01, OTK 2001/6/163). W tej perspektywie,
określanej też niekiedy instytucjonalną (Zirk-Sadowski 2012, 157), unika się wi-
kłania w zasadnicze spory natury epistemologicznej i etycznej, stawiając na wizję
„wspólnoty interpretacyjnej sędziów”. W prezentowanym ujęciu zamknięcie argu-
mentacji następuje w momencie wypracowania względnie powtarzalnego (utrwa-
lonego) stanowiska w praktyce orzeczniczej, co prowadzi do przeniesienia rozwa-
zań na pole tzw. linii orzeczniczych. Brak jest bowiem precyzyjnych kryteriów
uznawania danej wykładni za utrwaloną w orzecznictwie. O ile raczej swobodnie
można taką cechę orzec o interpretacji wynikającej z uchwały czy orzeczenia
prejudycjalnego, o tyle już bardziej złożona jest kwestia ukonstytuowania się okre-
ślonej linii orzeczniczej czy precedensu interpretacyjnego (tzw. *leading case*), jako
że siła argumentów precedensowych zależy m.in. od trwałości i powtarzalności
danego typu rozstrzygnięcia (Grzybowski 2013, 33–34). Istotniejsze jest jednak to,
że omawiana tu optyka nie jest niezgodna z założeniami derywacyjnej koncepcji
wykładni, skoro w jej świetle „ktoś, kto dokonał procesu interpretacji i odtworzył
normę o określonym sensie, nie musi za każdym razem [...] dokonywać kolejny
raz wykładni wysławiającego ją przepisu”, a zatem kolejne przypadki rozstrzyg-
nięć „nie są już w zasadzie przypadkami interpretacyjnymi, lecz po prostu przy-
padkami decyzyjnymi”. W takim stanie rzeczy norma rozumiana jest bowiem
„postinterpretacyjnie” (Zieliński 2010, 229, 256–257).

Okazuje się wobec tego, że na poziomie dyskursywnym nie ma różnicy jakoś-
ciowej pomiędzy obiema konkurencyjnymi koncepcjami wykładni. Ujawnia się
ona bowiem nie tyle w zakładanej *implicite* konstrukcji zamknięcia argumentacji
prawniczej, ile w podejściu do nowych argumentów interpretacyjnych. Można
bowiem wskazać na swego rodzaju ciężenie teorii klaryfikacyjnej w kierunku tzw.
argumentu z orzecznictwa, tj. wzmocnienie roli argumentacji precedensowych
w procesie stosowania prawa. Innymi słowy, klaryfikacyjność – przez możliwość
wyłączenia sytuacji wykładni *a limine* – niejako kładzie nacisk na petryfika-
cyjny rezultat w wykładni prawa, co może prowadzić – zwłaszcza wobec braku
wypracowanych doktryn „myślenia precedensowego” na gruncie kontynental-
nych systemów prawa (Grzybowski 2015, 147) – do efektu tzw. bezwładności, tj.
ujednolicenia praktyki prawniczej przez tzw. złe precedensy (Wróblewski 1973,
149). Derywacyjny model wykładni natomiast, poprzez swój holistyczny charak-
ter (Bogucki 2020, 629), niejako zakłada dążenie do sytuacji interpretacyjnej,
stąd też nawet ustalenie momentu postinterpretacyjnego stanowi w tym ujęciu

tylko jeden z argumentów pozwalających na rekonstrukcję normy prawnej. Tym samym różnica między wskazanymi koncepcjami na poziomie dyskursywnym odnosi się w istocie nie tyle do momentu zamknięcia dyskursu prawniczego, ile do rozkładu ciężaru argumentacji determinującego ustalenia w ww. zakresie. Co do zasady bowiem ujednocianie praktyki orzeczniczej na podstawie argumentów precedensowych działa *imperio rationis*, tzn. linie orzecznicze „ucierają się” na zasadzie wymiany i wzajemnego oddziaływania argumentacji decyzyjnych, a wobec tego sposoby posługiwania się danymi konstrukcjami normatywnymi osiągają rozsądny konsens. Z reguły przekonanie takie wywołuje tzw. ustalona linia orzecznictwa. Wówczas dyrektywa *clara non sunt interpretanda* przerzuca ciężar obowiązku argumentacyjnego na tego, kto chce wykazać, że mimo wszystko wykładnia powinna być przeprowadzona. Jest ona źródłem roszczenia argumentacyjnego w dyskursie prawnym, stanowiąc jeden z argumentów w dyskursie, o charakterze niekonkuzywnym (Grzybowski 2013, 35–37). Derywacyjność zakłada natomiast lustrzane odbicie powyższej metody, tzn. roszczenie uzasadnienia sytuacji postinterpretacyjnej, niewymagającej dalszej wykładni, skoro zaleca „dużą ostrożność, bo [...] może powstać potrzeba reinterpretacji danego przepisu” (Zieliński 2010, 229).

Jeszcze inaczej zagadnienie zamknięcia argumentacji przedstawia się w perspektywie społecznej legitymizacji rezultatu wykładni. Wypada w tym względzie zacząć od uwagi, że jakkolwiek już Jerzy Wróblewski wskazywał, że krytyka zasady *clara non sunt interpretanda* przeprowadzona przez Macieja Zielińskiego wyraża zapatrywania ideologiczne, zamiast opisywać praktykę wykładni prawa (Wróblewski 1987, 64), to dopiero Marek Zirk-Sadowski postawił tezę, że tak rozpatrywany spór o konkurujące meta-dyrektywy wykładni przyjmuje charakter dyskusji o moralności politycznej sędziego i doktrynie podziału władz, a nie z zakresu zwykłej etyki zawodowej. Okazuje się bowiem, że autorytatywność sądowej wykładni prawa może przejawiać się właśnie przez stosowanie zasady *omnes sunt interpretanda*. Wykładnia może niweczyć działania władzy prawodawczej, gdyż władza sędziowska jest w istocie władzą nad znaczeniem tekstu prawnego (Zirk-Sadowski 2006, 71). Innymi słowy, o ile zasada *clara non sunt interpretanda* mogła spotkać się z zarzutem ukrywania rzeczywistych motywów rozstrzygnięcia, tj. uchylenia się od uzasadnienia (argumentacji), o tyle zasada *omnia sunt interpretanda* z kolei z zarzutem nieuzasadnionego rozszerzania władzy interpretatora poprzez udostępnienie możliwości stosowania różnych metod interpretacji (zwłaszcza pozajęzykowych), których obywatele po prostu nie znają. Oznacza to bowiem, że obywatel może być zaskoczony znaczeniem przepisu prawnego wyprowadzonego przez sąd, który wyklucza stosowanie zasady *clara non sunt interpretanda* (Grabowski 2015, 82 i n.). Pojawia się więc, w obu wariantach, dobrze znany problem „przemocy językowej”.

Wskazany punkt widzenia, stanowiąc charakterystyczną dla Marka Zirk-Sadowskiego próbę przekroczenia granicy pomiędzy prawem a nauką, o prawie

z jednej strony oraz pomiędzy teoretycznym oglądem a ideologią prawa z drugiej, akcentuje w konsekwencji związku wyżej wskazanych zasad interpretacyjnych z określoną wizją porządku prawnego i politycznego akceptowaną w przestrzeni publicznej. Tę zależność autor podkreślał też w swych następnych pracach, wywodząc, że „rozumienie prawa i zasada *clara non sunt interpretanda* jako zakaz inicjatywy interpretacyjnej mogą mieć charakter pozytywny lub negatywnej oceny komunikacji organów administracji i obywateli w procesie stosowania prawa” (Zirk-Sadowski 2012, 158 i n.). Zdaniem autora jednak, położenie nacisku na językowe aspekty ww. zasady pozwalało stawić umiarkowany opór woluntaryzmowi prawnemu kultury prawnej, na gruncie której została sformułowana (przez rok 1989), tj. państwa represyjnego, totalitarnego. Bezpośrednie rozumienie tekstu prawnego stanowiło oręż w nadużywaniu kompetencji przez władze poprzez elastyczne, funkcjonalne stosowanie regulacji prawnych. Z kolei narastająca popularność zasady *omnia sunt interpretanda* mogła wynikać z rosnącej w demokratycznej Polsce samodzielności sądów w relacji do władzy legislacyjnej. Współcześni sędziowie aktywizują się bowiem jako uczestnicy procesu sprawowania władzy, odrzucając starą formułę ograniczającą ich rolę do bycia „ustami ustawy” (zob. również Grabowski 2015, 84). W tej sytuacji powiązanie zasady *omnia sunt interpretanda* z teoriami wykładni opartymi na modelu heurystycznym uzasadnienia decyzji interpretacyjnej może być istotnym czynnikiem zapobiegającym naruszeniu równowagi władz (Zieliński, Zirk-Sadowski 2011, 105).

Zatem na poziomie społecznej legitymizacji argumentacji prawniczej dostrzegalne jest powiązanie zasad *clara non sunt interpretanda* i *omnia sunt interpretanda* z określoną wizją kultury prawnej, a w tym względzie miejsca i zakresu władzy sędziowskiej, zwłaszcza w relacji do władzy legislacyjnej. Na poziomie filozoficznym dostrzec można w komentarzach Marka Zirk-Sadowskiego echa znanej metafory ery prawodawców i ery tłumaczy Zygmunta Baumana (szerzej Bauman 1987, *passim*). W tej optyce doktryna *claritas*, zwłaszcza w jej pierwotnym, lingwistycznym ujęciu, odpowiadałaby wyborowi „związanego obrazu interpretatora”, który całą odpowiedzialność za treść prawa „ceduje” na prawodawcę. Z kolei otwarcie interpretacyjne sądów zakładane przez zasadę *omnes sunt interpretanda* powoduje, że przestają być jedynie biernym odtwórcą wizji społeczeństwa narzuconej przez pozostałe władze (zwłaszcza ustawodawczą) i stają się aktywnym aktorem (tłumaczem) życia społecznego. Porzucając rolę „ust ustawy”, sędziowie przyjmują rolę użytkowników struktury instytucjonalnej, od których wymaga się dokonywania wyborów interpretacyjnych, uwzględniających również kontekst pozasystemowy, tj. aktualne warunki społeczne, ekonomiczne, czy polityczne, tak na poziomie państwowym, jak i supranarodowym (Safjan 2010, 108 i n.). Wybór zasady *omnes sunt interpretanda* oznacza więc wzrost znaczenia roli sędziego, który *nota bene* generuje problem legitymizacji działań sędziów dostrzegany pod postacią zarzutów o aktywizm sędziowski, prowadzący do „rządów sędziów” (Davis 1987, 559 i n.).

Na gruncie politycznego (zewnętrznego) ujęcia konkluzywności dyskursu prawniczego różnica w perspektywie obu meta-zasad wykładni zasadza się więc – w przeciwieństwie do dwóch wyżej wymienionych, wewnętrznych ujęć – nie tyle na wskazaniu zakładanego przez nie momentu zamknięcia argumentacji, ile w ich dopuszczalności czy też korespondencji z kulturą prawną i polityczną społeczeństwa. Można na tym tle zaryzykować tezę, że przydatność omawianych zasad interpretacyjnych, a tym samym uwzględnianych modeli zamknięcia argumentacji prawniczej, jest stopniowalna, w zależności od ustroju społecznego. „Językiem u wagi” jest we wskazanym zakresie adekwatność względem określonego kontekstu kulturowego, a w tym zwłaszcza wobec założeń konstytuujących społeczne oczekiwania wobec władzy sądowniczej. W zależności od typu kultury prawnej każda z konkurencyjnych dyrektyw może bowiem pełnić funkcję legitymizującą, bądź przeciwnie – delegitymizującą praktykę wykładni. Wydaje się, że roszczenie interpretacyjne związane z zasadą *omnia sunt interpretanda* jest tym silniejsze, im bliżej responsywnego porządku prawnego, zakładającego kooperację społeczną i negocjacyjny charakter praw i obowiązków oraz wiążący się z nim wzrost znaczenia władzy sądowniczej. Do niedawna dobry przykład mogły stanowić w tym względzie procesy integracyjne w Europie, które w ostatnim czasie uległy pewnemu zahamowaniu. Harmonizacja kultur prawnych, a w szczególności ich podstaw aksjologicznych, dokonywała się bowiem nie tylko na poziomie tekstu prawnego, ale również poprzez dyskurs prawniczy, wyrażający się zwłaszcza w dialogu krajowych i międzynarodowych jurysdykcji sądowych (szerzej Zirk-Sadowski 1997, *passim*). Natomiast w warunkach prawa autorytarnego zwrot hermeneutyczny, charakterystyczny dla derywacyjnej koncepcji wykładni, może okazać się również kontrproduktywny. Na poziomie praktycznym (*techne*) hermeneutyka łatwo degeneruje się bowiem do „teorii” manipulacji tekstem, czy raczej toposami dyskursu prawniczego, co czyni wykładnię podatną na nadużycia ze strony interpretatora. W rezultacie zasada *omnia sunt interpretanda*, która niejako ze swej istoty osłabia konkluzywność procesu wykładni, w warunkach nierespowsywniej kultury prawnej może wręcz osłabiać praktykę interpretacyjną, a przy tym powodować postrzeganie decyzji interpretacyjnych jako podjętych z nadużyciem kompetencji (Kozak 1999, 275, 277).

4. Spostrzeżenia powyższe zdają się ujawniać ważną cechę interpretacji, a mianowicie, że jej zdolność do regulacji stosunków społecznych jest wypadkową m.in. konkluzywności danego paradygmatu wykładni oraz kontekstu kulturowego, w jakim został osadzony. Niezależnie bowiem od uprawomocnienia wyniku wykładni w dyskursie prawniczym, tj. w środowisku profesjonalistów (wewnętrzny punkt widzenia), możliwa jest sytuacja, gdy dyrektywy wykładni, które same stanowią określony artefakt kulturowy, nie są w pełni kompatybilne z ideologicznymi oraz aksjologicznymi założeniami kultury prawnej i politycznej danego społeczeństwa (zewnętrzny punkt widzenia), stanowiąc niejako kontrproduktywny

element teje kultury. Innymi słowy, akceptowane w prawniczej wspólnocie interpretacyjnej metody wykładni mogą nie współgrać z oczekiwaniami formułowanymi wobec prawników w przestrzeni publicznej. Dyrektywa interpretacyjna, która stwarza określone możliwości (adaptacyjne, gwarancyjne etc.) w jednym typie kultury prawnej, może mieć szkodliwy wpływ na dyskurs interpretacyjny w innym porządku prawnym, podważając rezultat wykładni i autorytet organu władzy, który się na tę wykładnię powołuje.

BIBLIOGRAFIA


- Albert, Hans. 1995. „Pewność czy prawda?” W *Kierunki filozofii współczesnej*. Cz. I. Red. Józef Pawlak. Tłum. Ija Lazari-Pawłowska. 251–260. Toruń: Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika.
- Bator, Andrzej. 2006. „Wspólnota kulturowa jako element integracji prawa”. W *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. W poszukiwaniu podstaw prawa*. Red. Adam Sulikowski. 11–30. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Bauman, Zygmunt. 1987. *Legislators and Interpreters: On Modernity, Post-modernity and Intellectuals*. Oxford: Polity Press.
- Bogucki, Olgierd. 2020. “The Derivational Theory of Legal Interpretation in Polish Legal Theory”. *International Journal for the Semiotics of Law – Revue internationale de Sémiotique juridique* 33: 617–636.
- Cossio, Carlos. 2014. “Phenomenology of the decision”. W *Latin-American Legal Philosophy*. Luis Recasens Siches, Carlos Cossio, Juan Llambias de Azevedo, Eduardo Garcia Maynez. 343–400. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press (reprint).
- Davis, Michael Henry. 1987. “A Government By Judges: An Historical Re-View”. *American Journal of Comparative Law* 35: 559–580.
- Dyrda, Adam. Tomasz Gizbert-Studnicki. 2020. „Granice sporów interpretacyjnych w prawoznawstwie”. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 2: 19–34.
- Grabowski, Andrzej. 2015. “Clara non sunt interpretanda vs. omnia sunt interpretanda: A neverending controversy in Polish legal theory?”. *Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* 27: 67–97.
- Grzybowski, Tomasz. 2012. „Spory wokół zasady clara non sunt interpretanda”. *Państwo i Prawo* 9: 44–56.
- Grzybowski, Tomasz. 2013. „Jednolitość orzecznictwa a paradygmat interpretacyjny (ze szczególnym uwzględnieniem reguły clara non sunt interpretanda)”. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 2: 25–37.
- Grzybowski, Tomasz. 2015. „Interpretacyjny park jurajski: odpowiedź Agnieszce Choduń”. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 2: 142–148.
- Grzybowski, Tomasz. 2018. “Effectiveness of interpretation in the context of Polish theories of legal interpretation”. W *Mind the Gaps. Economical Aspects in the Legal Thinking*. Red. Tomasz Bekrycht, Sergiy Glibko, Bartosz Wojciechowski. 209–221. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Hart, Herbert L.A. 1998. *Pojęcie prawa*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Jabłoński, Paweł. Przemysław Kaczmarek. 2013. „O trzech granicach władzy prawniczej”. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 1: 93–108.

- Kozak, Artur. 1999. „Prawoznawstwo pomiędzy techné a epistémé. Uwagi w związku z pracą M. Zirk-Sadowskiego *Prawo a uczestniczenie w kulturze*”. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 3–4: 269–278.
- Lucy, William. 2002. “Adjudication”. W *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Red. Jules L. Coleman, Kenneth E. Himma, Scott J. Shapiro. 206–267. Oxford: Oxford University Press.
- Morawski, Lech. 2010. *Zasady wykładni prawa*. Toruń: TNOiK – Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierowania. „Dom Organizatora”.
- Nonet, Phillippe. Philip Selznick. 1978. *Law and Society in Transition. Towards Responsive Law*. New York: Harper Colophon Books.
- Perelman, Chaim. Lucie Olbrechts-Tyteca. 1991. *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation*. Notre Dame: University of Notre Dame Press.
- Safjan, Marek. 2010. “The Universalisation of Legal Interpretation”. W *Interpretation of Law in the Global World: From Particularism to a Universal Approach*. Red. Joanna Jemieliński, Przemysław Miklasiewicz. 107–124. Berlin–Heidelberg: Springer.
- Stelmach, Jerzy. 2010. „Przypadek trudny w prawie”. W *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*. Red. Agnieszka Choduń, Stanisław Czepita. 141–150, Szczecin: Wydawnictwo Uniwersytetu Szczecińskiego.
- Wittgenstein, Ludwig. 1972. *Dociekania filozoficzne*. Tłum. B. Wolniewicz. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Wróblewski, Jerzy. 1973. *Wartości a decyzja sądowa*. Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich.
- Wróblewski, Jerzy. 1987. “An outline of a general theory of legal interpretation and constitutional interpretation”. *Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica* 32: 33–89.
- Wróblewski, Jerzy. 1988. „Poziomy uzasadnienia decyzji prawnej”. *Studia Prawno-Ekonomiczne* XL: 17–33.
- Zieliński, Maciej. 2010. *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*. Warszawa: LexisNexis.
- Zieliński, Maciej. Marek Zirk-Sadowski. 2011. „Klaryfikacyjność i derywacyjność w integrowaniu polskich teorii wykładni prawa”. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2: 99–111.
- Zirk-Sadowski, Marek. 1984. *Rozumienie ocen w języku prawnym*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Zirk-Sadowski, Marek. 1997. “Institutional and Cultural Dimensions of Legal Interpretation”. *Studia Prawno-Europejskie* 2: 7–18.
- Zirk-Sadowski, Marek. 2006. „Epistemologia prawa a teorie wykładni”. W *Prawo – Władza – Społeczeństwo – Polityka. Księga Jubileuszowa Profesora Krzysztofa Paleckiego*. Red. Maria Borucka-Arczowa. 67–78. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Zirk-Sadowski, Marek. 2012. „Pojęcie, koncepcje i przebieg wykładni prawa administracyjnego”. W *System prawa administracyjnego*. Red. Roman Hauser, Zygmunt Niewiadomski, Andrzej Wróbel. T. 4. *Wykładnia w prawie administracyjnym*. 131–188. Warszawa: C.H. Beck.

Orzecznictwo

Wyrok TK z 6.09.2001 r., P 3/01, OTK 2001/6/163.

*Lena Fijałkowska**

 <https://orcid.org/0000-0001-5674-703X>

SOME REMARKS ON CHANGE AND INNOVATION IN ANCIENT NEAR EASTERN CUSTOMARY LAW

Abstract. The article presents the ways customary law could be gradually changed in the ancient Near East. They included working with existing institutions while modifying their consequences as well as their scope of application with tools such as legal fiction. However, the conservative nature of the ancient oriental culture, as well as that of the scribal education made any sudden, radical modification impossible, and even if a new contract type was created, it would keep the pretense of following a long-established practice.

Keywords: ancient Near East, ancient Near Eastern law, scribes, legal fiction, sham transaction.

KILKA UWAG O SPOSOBACH ZMIANY PRAWA ZWYCZAJOWEGO NA STAROŻYTNYM BLISKIM WSCHODZIE

Streszczenie. Artykuł przedstawia sposoby stopniowej zmiany prawa zwyczajowego na starożytnym Bliskim Wschodzie. Dla osiągnięcia tego celu wykorzystywano istniejące instytucje prawne, modyfikując ich zakres zastosowania oraz skutki. Konserwatywny charakter zarówno bliskowschodniej kultury, jak i edukacji pisarskiej uniemożliwiał jednak jakiegokolwiek nagłe, radykalne zmiany. Nawet jeśli powstawał nowy typ umowy, zachowywano przynajmniej pozory dostosowania go do powszechnie stosowanej praktyki.

Słowa kluczowe: starożytny Bliski Wschód, prawo starożytnego Bliskiego Wschodu, pisarze, fikcja prawna, czynność pozorna.

1. INTRODUCTION

Due to the predominantly oral character of the ancient Near Eastern civilization, written law is hardly more than an accident in its history (Lafont 2000, 49). On the other hand, documents of legal practice such as contracts, testaments, or trial records, are numerous enough to become an important source of knowledge for a legal historian, however scattered and incomplete it might be.

* University of Lodz, Faculty of Law and Administration, lfijaalkowska@wpia.uni.lodz.pl

Some of them explicitly mention unwritten customary law, obviously known to the parties, using expressions such as “according to (the custom of) the city.”¹ Similar references may also be found, albeit rarely, in royal acts.²

2. CUSTOMARY LAW – DEFINITION AND GENERAL CHARACTERISTICS³

Customary law is usually defined as “consisting of customs that are accepted as legal requirements or obligatory rules of conduct” (Garner 2009, 443). In other words, it is a durable, abided-by practice, generally recognized as binding.⁴ By definition, such law is not enacted in any way; on the contrary, it develops slowly through time, and both its author and its “date of birth” usually remain unknown (Fuller 1968, 71). Moreover, it tends to be transmitted orally rather than put into writing, which often makes it difficult to trace and study.

At some point, almost every aspect of customary law has been intensely debated. Relevant for the present study is especially the problem of its flexibility vs. stiffness. The proponents of the former argue that since it is a direct product of a specific community, it reflects accurately its values and convictions and can easily change as they do. Conversely, statutory law permanently plays catch-up with the economic and social reality, never being up to date (Opalek, Wróblewski 1971, 227). However, according to a second theory, the opposite is true. Statutory law is general enough to adapt to new circumstances, and may be quickly amended if needed, whereas customary legal rules are conservative by definition and very slow to alter, reinforcing in turn the most conservative characteristics of the society (Petrażycki 1938, 380–383).

¹ *kīma (paraš) āli*. See examples in Yamada 2016, 111–116. For a general survey of the leading role of customary law in the ancient Near East see Cardascia 1990, 62–69.

² The best-known example is a fragment of an instruction of the Hittite king Arnuwanda I for the frontier post governors: “§ 37 Further, the governor of the post, the magistrate, (and) the elders shall judge law cases properly, and they shall resolve (them). And as the law regarding a sexual offense has been handled traditionally in the provinces, in a town in which they have executed, let them execute, while in a town in which they have banished, let them banish” (Miller 2013, 229).

³ The problem of the definition and role of customary law in historical perspective as well as in modern legal systems has generated a scholarly discussion started in the 19th century and still ongoing. However, its analysis is far beyond the scope of this paper. For an overview see Studnicki 1949, 4–30; for a very useful survey by a legal historian specialized in old Polish law see Kowalski 2012, 33–68. For a general survey of issues regarding the role of customary law in modern times see Kojder 1993, 51–69, and Mayali and Mousseron 2018, *passim*.

⁴ As pointed out by Studnicki, this definition consists of two elements – actual observance of the rules and the belief in their binding character (Studnicki 1949, 4–5).

3. CUSTOMARY LAW IN THE ANCIENT NEAR EAST – MODES OF CHANGE

The question arises, which of those two characteristics applies to the customary law of the ancient Near East. *Prima facie*, the answer may seem obvious, given the well-known conservatism of the ancient oriental culture (Leick 2010, *passim*)⁵, as well as the notorious continuity of the legal tradition combined with a centuries long lifespan of legal formularies. All of the above points heavily towards the prevalence of the second one, but a closer look at the changes occurring through time in the ancient oriental law proves it to be only partly the case.

Theoretically, to change an outdated or impractical customary legal rule, it would be necessary either to alter the established practice, or to create a new one, which is obviously a long and difficult process. A royal intervention could be an answer, but that would certainly be neither easy nor quick to obtain. In the ancient Near East, the king rarely interfered in matters of civil or penal law other than in his capacity as supreme judge. Such interventions were usually carried out by means of *mišaru*-edicts, i.e., decrees annulling debts incurred under duress and their consequences, or of rescripts, that is answers to queries from officials and magistrates regarding particularly difficult legal matters (Janssen 1991, 4–10; Lafont 1994, 22–27).⁶ Examples of more extensive activity, in the form of the so-called law codes, are few and far between. Moreover, their provisions were probably subsidiary only, applied either in lack of a relevant customary norm or if directly asked for by one of the parties (Lafont 2000, 49).⁷ Therefore, other solutions had to be sought.

3.1. Modification of existing institutions: adding new elements to extend the scope (sale)

The economic development itself could be enough to render legal changes necessary. Sale is a case in point. It is generally agreed that it developed first as a cash transaction, that is a real contract, concluded at the moment of the

⁵ The term conservatism is used here in its basic meaning, i.e. reluctance towards change.

⁶ Unpaid debts could result in debt-slavery or debt-forced sale of real estate; both were invalidated by a restoration edict. The scholarship on those edicts is abundant; for an overview see Charpin 1989, *passim*, and Veenhof 1997–2000.

⁷ Apart from the best-known Hammurabi Code, fragments of the following law collections are known today: Laws of Ur-Namma (in Sumerian, ca. 2100), Laws of Lipit-Ištar (in Sumerian, ca. 1900), Laws of Eshnunna (in Akkadian, ca. 1770), Middle Assyrian Laws (in Akkadian, XIVth century), Hittite Laws (in Hittite, from Anatolia, XVIth-XIIth centuries), Neo-Babylonian Laws (in Akkadian, VIIth century). Out of those, the first three were probably proclaimed by rulers. The last one contains only 15 paragraphs copied as a school exercise, whereas the Hittite and Middle Assyrian Laws may have originated in an official context, but their exact status is yet to be determined (Westbrook 2002, 8–9).

performance by one of the parties; the other one should follow immediately. However, already at the end of the third millennium such a construction was insufficient, since credited payment and delayed delivery of purchased goods became frequent. It was therefore necessary to find a way to register this kind of agreement while staying within the frame of a real contract. Of course, not all sales were put to writing, the default form of legal transactions being oral, in the presence of witnesses. Only the sales of more valuable items, such as boats, animals, slaves, and real property, would be documented on clay tablets and kept in house archives, mostly for evidentiary purposes. At the same time, precisely in the case of those costly goods a sale on credit could be needed, and in fact it did happen quite often. The main legal problem was how to reconcile a delayed payment with the idea of a cash transaction, and the answer entailed the drafting of two documents – a usual sale contract complete with a fictitious price receipt in its operative section, followed by a debt note for the unpaid part of the price. This combination proved so useful that it would be in use nearly till the end of the era of cuneiform laws in the second half of the first millennium.

A different solution was found for fungibles. Due to the very character of such goods, no need arose for an evidentiary document except in case of delayed payment or delivery. Then, there was no written sale contract at all, but a debt note for the purchase price or for the sold commodities was issued instead.⁸

3.2. Modification of existing institutions: broadening the purpose (adoption)

Adoption⁹ created a legitimate filiation, and therefore it was a means for childless people to acquire an heir, all the easier to resort to as no constraints like the modern ones applied. It was possible to adopt an adult as well as a child, and adoption being a purely private act, the child's welfare was a consideration only for its parents, if at all. However, other uses of this institution may also be distinguished in legal texts from various periods, some of them becoming equally or even more widespread.

3.2.1. *Gaining a carer for old age*

First, it was applied to gain a carer for one's old age, even if the adopter already had children. The adoptee would in turn gain the right to inherit the adopter's estate. A care contract, even combined with a testamentary provision, would not be enough, as it was impossible to effectively bequeath one's estate to a stranger.

⁸ For numerous examples of both see for instance the documents regarding the trade in various fungibles conducted by the Eanna temple in Uruk in the first millennium (Kleber 2017). For a study of the sale on credit in the ancient laws, as well as of the means used to reconcile it with the concept of a cash transaction, see most recently Pfeifer 83–122.

⁹ In Akkadian expressed by the formula *ana marūti/martūti leqū* – “to take into sonship/daughtership”, and variants thereof.

Adoption solved that problem, turning the potential caregiver into the owner's son or daughter (Westbrook 2002, 52–53), and thus circumventing the restrictions on the disposition of property and allowing the adopter to give them property either immediately or *mortis causa*. The oldest example of such a practice comes from the end of the third millennium (Ur III time).¹⁰ Later, the Old Babylonian (first half of the second mill.) priestesses of Šamaš, the *nadītus*, who were prohibited from both marrying and having children, often adopted a younger *nadītu* to care for them in their old age in exchange for inheritance (Harris 1975, 309). Similar contracts were concluded also by lay persons, but in those, the inheritance was often transmitted to the adoptee immediately, whereas the adopter was entitled to specified rations of food and other commodities.¹¹ In the next period, people from Assyria, Emar, or Nuzi, either childless or distrustful of their own children for some reason, would adopt someone (usually a man) to support them, naming the adoptee one of their heirs in return. Should the latter fail to fulfill his obligation, fines were imposed and/or the adoption was to be annulled.¹² Finally, a few similar documents may

¹⁰ Owen 1982, no. 43 (translation after Wilcke 1998, 54–55): *Starting month VI, day 4 [+?], Lu-Nin-šubur has adopted Mumu. Urmeme, the janitor of the (god) [Enlil] is the guarantor [for it]. Monthly he will give him [...as oil?] ration, 100 liters as barley ration. If [he does not...]. Witnesses, date. The text is quite concise in comparison to later examples, as well as partly damaged, but its basic meaning is clear enough.*

¹¹ As in PBS 8/2 153 (translation after Stone and Owen 1992, 42): *Ilabrat-tayyar has taken Patiya as his son. House, field, orchard – all that there is Ilabrat-tayyar has given to Patiya his son. If Patiya says to Ilabrat-tayyar: You are not my father, he will pay 1/3 mina of silver, and if Ilabrat-tayyar says to Patiya his son: You are not my son, he will pay [1/3 + ?] mina of silver and he will forfeit his house and his property. Patiya will provide to Ilabrat-tayyar, paid monthly, an annual ration of 1 gur 1 pi of barley, [...] mina of wool, and 6 sila of oil.*

¹² See for instance KAJ 1 (from Assyria): *Aniya son of Šamaš-āmerī gave of his own accord Gimillu his son to Azukiya son of Šamaš-āmerī his brother into sonship. Azukiya his father and his mother, as long as they live, he will honour (palāhu) and support (wabālu) them. In the countryside and in the city he will fulfill their obligations [...]. The oldest son will take two shares from the house. Gimillu is equal with the younger brothers. Whoever among them breaches the agreement, will weigh out 5 minas of silver (transliteration used: <http://oracc.museum.upenn.edu/tcma/corpus>, Accessed: 23.10.2021). For the analysis of the meaning of the verbs *palāhu* and *wabālu* regarding filial duties see Greenfield 1982, *passim*; Belotto 2009, 27–33.*

Contracts with a sustenance obligation (specified or not) in exchange for inheritance as well as adoptions where the “inheritance share” is given immediately to the adoptee in exchange for specific contributions may be found in Nuzi, as exemplified by HSS V 60 (for the former) and JEN 59 (for the latter). In Emar, only the former version was known, and the sustenance obligation is never specified.

HSS V 60 (translation after Stohlman 1972, 127–130): *Tablet of adoption (litt. tablet of sonship – ṭuppi marūti) of Ehel-Tešup son of Puhuya. He adopted Zigi son of Akkuia. All my fields, my buildings, my earnings, my servants, my išten.nig I have given to Zigi. If Ehel-Tešup has a son, he will receive the double share and Zigi will be the secondary heir. If Ehel-Tešup does not have sons, then Zigi will be the heir. Another strange son beside Zigi, Ehel-Tešup may not adopt. As long as Ehel-Tešup lives, Zigi will honour him (palāhu). He will clothe him with clothes. Whoever among them breaks the contract will pay one mina of silver and one mina of gold [...].*

be found in the Neo-Babylonian period. In VS 5 47, dating from the third year of Cambyses (527 B.C.E.) from Babylon, one Gimillu adopted (*ana mārūti leqû*) Iddin-Nabu and gave him a part (?) of his possessions in the form of various debt notes, while retaining for life the right to the interest. In exchange, he was to receive yearly rations of specified foodstuffs. Another tablet, unfortunately very damaged and conjecturally restored by Wunsch, records the adoption of Suqaja by Nabu-šuma-ukīn and his wife Zunnaja. The adoptee pays them 20 shekels of silver and is supposed to care for them till their death (*akalu kurummāti [inamdaššunu]* – [he will give them] their bread and subsistence; Wunsch 2003, no. 43). In exchange, he will take part in the division of the inheritance as a younger son (*tardēnnu*).

3.2.2. *Escaping a difficult financial situation*

For a real estate owner without enough income to maintain his family, adoption could also be a way out in a difficult financial situation. A property sale would provide some money, but it would not last forever, and the same was true for a mortgage secured loan. On the other hand, it was possible to adopt either the original creditor or another person who agreed to pay off the owner's debt, in exchange for future inheritance. Even if the estate were transferred to the adoptee in advance as his inheritance share, the adoption obligated him to take care of the adopter. In case of non-performance, it could be cancelled. Examples come, among others, from Ur III and Old Babylonian Mesopotamia (e.g., Owen 1982, no. 131 and BE 6/2 28 respectively) as well as from the second millennium Syria. In the Ur III text, the adoptee repays the adopter's debt and swears to give him specified yearly rations of foodstuffs and wool. In exchange, he receives the

JEN 59 (translation after Stohlman 1972, 117–118): *Tablet of adoption of Hanatu son of Kuššiya. He adopted Hutiya his companion. Thus says Hanatu: All the fields and buildings, everything of my inheritance share which Kušiya my father gave to me, I now remove my foot and give them to Hutiya. As long as Hanatu lives, Hutiya will honour him (palāhu). Year by year Hutiya will provide Hanatu with one šubātu-garment for his clothing, five imeru of barley and two imeru of wheat for his food. When Hanatu dies, Hutiya will mourn for him and bury him. Thus says Hanatu: The tablet of my will I have given to Hutiya. Whoever among them breaks the contract will pay two mina of silver and two mina of gold [...].*

For the meaning of the expression “remove one's feet” as concerning the transfer of ownership see Malul 1988, 381–391.

PdA 67 (Emar): *Imut-hamadi son of Abdi said as follows: Now I made [Ibni-Dagan], a man from the land of Hatti, into my son (ana marūti epēšu). As long as Imut-hamadi [his father] and Te'e his mother are alive, Ibni-Dagan our son will honour us (palāhu). If he honours us, when our fate takes us away, all my sons will divide [my house]. The gods belong to the main house. And if in future Ibni-Dagan says to Imut-hamadi, his father, and Te'e, his mother: You are not my father and my mother, he will give 60 shekels of silver to Imut-hamadi and he will go wherever he wishes. And if Imut-hamadi says to Ibni-Dagan his son: You are not our son, they will give him 60 shekels of silver. (Ibni-Dagan) will go wherever he wishes [...].*

adopter's house as a gift, whereas the latter's daughter and her husband give up claims thereto. In BE 6/2 28, the adoptee also pays off the adopter's debt, and is to receive an inheritance share equal to the one of the biological son of the adopter. Moreover, both sons will support the latter with specified food and commodities rations.

The weaker economic position of the adopter notwithstanding, the cancellation was a real sanction, as shown by two documents from Emar, RE 10 and 13. In the first one, Hemiya adopts a man who paid off his debts, and bequeaths him all his estate, provided the adoptee takes care of him and his wife till their deaths. In the second text, Hemiya explains that the adoptee failed to take care of him, and the adoption is annulled. Obviously, some documents from this group, as well as from the previous one, combine both purposes, providing a carer and solving financial difficulties of the protagonist.

3.2.3. *Concealing another transaction*

This use of adoption partly falls under the previous category, though developed further. It could become a sham transaction pure and simple, concealing a real estate sale if a straightforward one was forbidden or if its durability could be endangered. A case in point are the so-called sale-adoptions from Nuzi¹³, a large group of tablets from the second half of the second millennium, with the heading *tuppi marūti* – “tablet of adoption” (lit. sonship). However, those “adoptions” fail to mention any obligation typical of this contract type, such as the duty of care,¹⁴ emphasizing instead that the adopter gives away his property to the adoptee as the latter's inheritance share and receives a substantial gift (*qištu*) in exchange.¹⁵ One of the prominent inhabitants of Nuzi, Tehip-tilla, was adopted more than a hundred times, thus assembling a significant real estate portfolio. The reason for this subterfuge is not entirely clear. According to the widest accepted hypothesis, it was a manner of circumventing a prohibition on real estate sales, introduced sometime before the beginning of Nuzi archives. Recently, however, another explanation was offered, linking sale-adoptions to *mīšaru*-edicts. The former would be a way to escape the effects of the latter, since a *mīšaru* annulled property alienations concluded under economic duress while restoring familial rights. Therefore, an adoption with an inheritance advance would not be questioned, whereas an outright sale had all the chances to be declared void

¹³ A town situated in northern Mesopotamia, to the east of the Tigris river.

¹⁴ In the ancient Near East, adoption was a private contract rather than a unilateral act.

¹⁵ As in JEN 705: *Tablet of adoption of Šehala, son of Artešup. He has made into his son Tehip-tilla, son of Puhi-šenni. 8 awiharu of field, bordering the street to the town of Dur-ubla he gave to Tehip-tilla as his inheritance share. Tehip-tilla gave him 6 imeru and 4 seah of barley as gift (qištu). The corvée (ilku) of this those fields he (Šehala) will bear. If there is a claimant for the field, Šehala will bear it. If Šehala breaches the contract, he will pay 2 mina of gold [...].*

after the edict was issued.¹⁶ The Nuzi material is also noteworthy in that it allows for a reconstruction of the evolution of the sale-adoption formulary, the earliest examples being barely concealed sales. One such tablet, IM 70764 (Fadhil 1981) could be easily taken for a normal sale document, if not for the heading *ṭuppi marūti*. Moreover, as noted by Fincke, the few extant mentions of a price (*šīmu*) and other elements of a typical sale formulary may be found only in the oldest documents (Fincke 2010). Therefore, it seems that the legal construction of sale-adoption developed gradually, thus allowing, as hypothesized by von Dassow, to escape the disadvantageous (for the buyer/creditor) consequences of *mīšaru* edicts (von Dassow 2018).

3.2.4. *Luring a desirable son-in-law*

If a girl's father was unable to give her a dowry valuable enough, a desirable but reluctant groom (or his family) could be encouraged by the perspective of a substantial inheritance. However, marriage itself did not create a legal bond strong enough for a stranger to be able to inherit patrimonial estate, hence the adoption.¹⁷

¹⁶ For a detailed overview of the scholarship on the matter as well as for the *mīšaru* theory see von Dassow 2018, 238–248.

A few examples of a sale concealed under an adoption appear in texts from other sites, such as RS 16.200 from Ugarit and perhaps AT 16 from Alalach, as surmised by Rowe (Rowe 2003, 711; see arguments to the contrary in Niedorf 2008, 227–228), but it never became a widespread practice outside Nuzi. Yet another example of concealing sale under a different transaction may be found among the prebendaries of Ezida, the Nabu temple in Borsippa, in the first millennium. The priestly archives contain numerous deeds phrased as prebend donations “forever”, in exchange for a gift (*qištu*), whose value corresponds with the value of the prebend (i.e., of the right to a part of temple's income). Sometimes, the illusory character of the outer conveyance is not even fully disguised, since the donation formula is followed immediately by the price receipt statement (see e.g., Waerzeggers 2010, 540; the relevant expressions are *kanāku-ma ana ūmu šātu ana PN šudgulu* and *qištam qiāšu* – “to seal and give forever to PN” and “to give a gift”). Once again, it is not certain what brought about such a practice. It could have been an attempt to avoid the registration and taxation of the sales, though it is impossible to know how successful that would be (Jursa 2008, 608–610).

¹⁷ See for instance G 51 from Nuzi (translation after Stohlman 1972, 115–117):

Tablet of adoption of Našwa son of Aršenni. He adopted Wullu son of Puhišenni. As long as Našwa lives, Wullu will give him food and clothing. When Našwa dies, Wullu will inherit. If Našwa has a son, he will share equally with Wullu. Našwa's son will take the gods of Našwa. If Našwa has no son, Wullu will take the gods of Našwa. He has given his daughter Nuhuia for a wife to Wullu. If Wullu takes another wife, he will forfeit the fields and buildings of Našwa. Whoever breaks the contract will pay one mina of silver and one mina of gold.

RE 25 (Emar): *Išme-Dagan, son of Gubba, made Iya, son of Himaši-Dagan [...] to his son. I gave him my daughter Hepat-ili, in marriage. As long as his father Išme-Dagan lives and his mother Dagan-simati lives, our son Iya will honour us. If he honours us, when our fate takes us away, he will divide my house and everything of mine with my other sons. There is no elder or younger brother among them. If in future Išme-Dagan says to his son Iya „you are not my son”,*

3.2.5. *Protecting hereditary rights*

Yet another possibility was to use adoption to reorganize the family, especially succession-wise, and to protect one's children from legal claims by relatives. The most extreme example may be found in a document from the Syrian city of Emar, where after the death of his father, a man adopts his stepmother as his mother and his brothers as sons.¹⁸

3.3. A versatile tool – legal fiction

Another tool utilized in attempts to first circumvent and then gradually change a problematic legal custom was legal fiction. Apart from adoption, which is in itself based on legal fiction, it seems to have been favored especially by inhabitants of northern Mesopotamia and Syria. Documents of practice, mostly coming from Emar and Nuzi, two towns situated on the opposite ends of the ancient oriental world, show a widespread use thereof in a private context, without any interference from the authorities (Fijałkowska 2017, 119–122).

3.3.1. *Mother as father*

Usually, after the death of the head of the household the estate would be divided among his heirs, most often his sons, who should also take care of the surviving widow and of the daughters of the *de cuius*. This could, however, prove problematic for various reasons. If the widow was the stepmother rather than mother of the successors, they could try to avoid the maintenance duty. The latter could also become difficult to fulfill due to the fragmentation of the property. In Emar, the testator could prevent the estate division by installing his wife as

Išme-Dagan will pay 60 shekels of silver to his son Iya. He will take his wife and his children and go wherever he wishes. If Iya says to his father (...) "you are not my father" [...], he will pay 60 shekels of silver to his father [...] and he will lose any right to his wife and children. He will put his clothes on a stool and go wherever he wishes. If Iya says to his father [...] „you are not my father” [...], he will pay 60 shekels of silver to his father [...] and he will lose any right to his wife and children. He will put his clothes on a stool and go wherever he wishes.

In both cases, the son-in-law is also bound to care for the adopter. It is noteworthy that although the adopted son-in-law should technically be deemed a brother of his own wife, it did not appear to bother anybody or to be considered an obstacle. It seems therefore possible that the parties had a lot of freedom in shaping the consequences of such adoption, without the necessity to spell them all out in the contract (Fijałkowska 2017, 123).

¹⁸ Texts TBR 41 and 42. The motives of the adopter are not entirely clear. After his father's death he found himself head of two families – his own and the one consisting of his stepmother and his half-brothers, and it seems likely that he was trying to ascertain the inheritance rights of his own children against potential claims of his brothers as well as to bring some order into familial relationships (Bellotto 2009, 89–90). It is the only known example of adoption “into motherhood” in Emar. The adoption “into fatherhood” is attested once in Alalah, where the aim is clearly care (AT 16, see Niedorf 2008, 224).

“father and mother of the house” (*ana abi u ummi ša bīti šakānu*), thus creating a fiction of his still living by her agency. The widow would take over her husband’s prerogatives, which in turn would force the grown-up children to obey her and would prohibit them from requiring their inheritance shares. A counterpart to this provision may be found in Nuzi texts in the form of bestowing *abbūtu*, the fatherhood of the estate, upon the widow (Paradise 1972, 198–220), as well as in an Old Assyrian testament (i.e., from the first half of the second millennium; see Michel 2000).¹⁹

3.3.2. *Daughter as son*

Another common problem was the lack of male offspring, potentially resulting in the end of the family line, and, by the same token, of the cult of familial gods and ancestors. In Emar, in order to avoid such a disastrous outcome, a father could legally broaden the gender of his daughter or granddaughter, declaring her “male and female” (*ana sinništi u zikri šakānu/epēšu*). It did not affect her capacity to marry and have legitimate children; on the contrary, it seems to have made it possible for her children to belong to her father’s family rather than to her husband’s.²⁰ At the same time, it enabled her to perform the worship and secured her inheritance rights, probably competing with the rights of her paternal uncles.²¹

3.3.3. *Changing the order of inheritance*

According to Emarite customary law, the eldest son was entitled to a bigger (probably double) inheritance share. Apparently, the head of the family was not allowed to change it outright, but once again legal fiction came to the rescue, making it possible to declare all sons of the same age or to alter the order of seniority.²² Finally, to disinherit a son, the testator had to declare him “no longer his son.”²³

¹⁹ In the latter case, the widow is to become “the father and mother of the silver, her inheritance share.” The differences in the formula are easily explained by its origin in a community of merchants (Michel 2000, 3, 6).

²⁰ This could be achieved by means of a testator’s declaration “Her children are my children.” See for instance *mārū ša ulladu mārū-ia šunu* – “The children she will bear are my children” in AO 13.

²¹ An alternative route, although attested only once in Emar, was to use adoption, and adopt one’s daughter “into sonship”, as in the text TBR 72. Three such cases are known from Nuzi (Lion 2009, 10–11). In one text from Emar the testator simply states that his daughter is his second son, clearly for inheritance purposes (Emar 181).

²² The relevant expressions are: “There is no senior or junior between them” (*rabū u šehru ina libbīšunu iānu*); “PN is the senior son/brother, PN₁ is the junior son/brother” (PN *mārī rabū u PN₁ mārī šehru*).

²³ All those expressions are not merely technical terms (Fijałkowska 2021, 83).

4. CONCLUSION

In most cases, it is impossible to follow the evolution of the practices described above due to insufficient sources. With the notable exception of the sale-adoptions from Nuzi, usually only the results of the process may be observed. However, the basic *modus operandi* seems to be always the same, starting with the need to achieve a purpose forbidden or at least not recognized by the law. Then, an appropriate legal tool had to be chosen, one that would result in a transaction at least outwardly in accordance with the rules in force. The possibilities were quite various, but usually entailed working with an already existing institution, either broadening its scope by adding new elements or using it for purposes other than the original one. It can only be surmised that the subsequent popularity or lack thereof of a particular solution depended on many factors, such as a persistent need for it due to economic and/or social circumstances on the one hand, and its acceptability in the legal system on the other hand.²⁴ One that fared very well was definitely sale on credit, widespread all over the Near East through two millennia in the aforementioned form; although the formularies would change, the principle of combining a sale document with a debt note did not. The same is true for adoption used for economic motives, allowing the adopter to avoid financial difficulties, and enabling the adoptee to acquire real estate or temple prebends he would not be able to buy or otherwise obtain outright for various reasons. Meanwhile, the practice of concealing a real estate sale under the guise of adoption apparently remained limited to only one town for ca. 5 generations, and then mostly vanished, never becoming widespread anywhere else. It is also noteworthy that as far as the geographical distribution of tools used to circumvent and then change the law is concerned, a clear pattern may be distinguished. Whereas the modifications of sale or adoption were common to nearly all ancient oriental legal systems, the use of more extravagant solutions, such as legally changing one's gender by means of legal fiction, seems to have been limited to the north, and especially to the more peripheral parts thereof, such as Emar, Nuzi, or the merchants' colonies in Anatolia. However, the reasons for such a development remain unclear.

Once the intended purpose was achieved, the process was complete, and no need was felt for further changes. Therefore, another question arises. Why stop halfway at the stage when it became obvious that a woman could, in fact, inherit, as well as perform the familial cult, or that sale on credit was an essential part of the economic and legal turnover? Why not drop the pretense and simply draft a sale document stating that the price was credited, thus acknowledging the new legal reality? The answer, as I see it, arises from the very nature of the Mesopotamian culture and society, one of its main characteristics being conservatism. It was also a trait of the scribes who wrote legal documents, their education relying

²⁴ i.e., whether it repeatedly stood up in court if disputed.

on carefully constructed curricula, drawing on texts sometimes a thousand or more years old (Gesche 2001, 213–218). Moreover, too obvious an innovation could put in danger the contract it concerned, since nobody would be able to predict the course of events in case of a litigation questioning its validity. So why change something that worked? A partial alteration shaped upon the practice to date and seemingly respecting all the traditional prohibitions was the safest way to proceed, and what is more, the most comfortable one for the scribes due to their background (Fijałkowska 2017, 121–125). This in turn resulted in creating the impression of very conservative legal systems, ones with contract formularies and transaction principles easily traced hundreds of years back. However, this impression is only partly correct. The innovations and changes had to occur, necessary as they were to adapt the legal practices to a changing reality, but at the same time, an appearance of immutability would be maintained as much as possible, for both practical and cultural reasons. Furthermore, this apparent conservatism seems to have been stronger in Mesopotamia proper, whereas more peripheral regions yielded testimonies of ingenious and rather bold legal reasoning, often going far beyond the safest method of cautiously reshaping existing institutions. The use of legal fiction in Emar and Nuzi is a case in point. Finally, if one can judge by the situation in Nuzi, it did not have to take very long for a new legal practice to emerge; a few decades could be enough.

Therefore, the tentative answer to the question asked at the beginning of this paper is ambiguous. The ancient oriental legal systems reflected the culture and society that created them, and since this culture was conservative and reluctant towards change, the law displayed similar characteristics. At the same time, both the culture and the society did change over time, and so did customary law, sometimes rather quickly for a premodern society, proving to be quite flexible when needed, even if change was neither straightforward nor obvious or even openly recognized.

ABBREVIATIONS

- | | |
|------|---|
| AO | Arnaud, Daniel. 1987. “La Syrie du moyen-Euphrate sous le protectorat hittite. Contrats de droit privé.” <i>Aula Orientalis</i> 5: 211–240. |
| AT | Wiseman, Donald J. 1953. <i>The Alalakh Tablets</i> . New York: AMS Press. |
| BE | The Babylonian Expedition of the University of Pennsylvania. |
| Emar | Arnaud, Daniel. 1986. <i>Recherches au pays d’Aštata: Textes sumériens et accadiens</i> . Paris: Editions Recherche sur les Civilisations. |


- G Gadd, Cyrus J. 1926. "Tablets from Kirkuk." *Revue d'assyriologie et d'archéologie orientale* 23: 49–161.
- HSS Harvard Semitic Studies.
- JEN Joint Expedition with the Iraq Museum at Nuzi.
- PBS University of Pennsylvania, Publications of the Babylonian Section.
- PdA Fales, Frederic M. 1989. *Prima dell'alfabeto: la storia della scrittura attraverso testi cuneiformi inedita*. Venezia: Erizzo.
- RE Beckman, Gary. 1996. *Texts from the Vicinity of Emar in the Collection of Jonathan Rosen*. Padova: S.A.R.G.O.N. Editrice e Libreria.
- RS Schaeffer, Claude A. 1956 ff. *Le palais royal d'Ugarit*. Paris: Imprimerie Nationale.
- TBR Arnaud, Daniel. 1991. *Textes syriens de l'âge du Bronze Récent*. Barcelona: Editorial Ausa.
- VS Vorderasiatische Schriftdenkmäler.

BIBLIOGRAPHY

- Bellotto, Nicoletta. 2009. *Le adozioni a Emar*. Padova: S.A.R.G.O.N. Editrice e Libreria.
- Cardascia, Guillaume. 1990. "La coutume dans les droits cuneiforms." *Recueils de la Société Jean Bodin* 51: 61–69.
- Charpin, Dominique. 1989. "Les décrets de 'restauration' des souverains babyloniens et leur application." In *Du pouvoir dans l'Antiquité: mots et réalités*. Edited by Claude Nicolet. 13–24. Genève: Droz.
- Fadhil, Abdullah. 1981. "Ein frühes *ṭuppi marūtī* aus Tell al-Fahhar/Kurruhani." In *Studies on the Civilization and Culture of Nuzi and the Hurrians in Honor of Ernest R. Lacheman*. Edited by Martha A. Morrison, David Owen. 363–376. Winona Lake: Eisenbrauns.
- Fijałkowska, Lena. 2017. "Legal Remedies against Misfortune. Evasion, Legal Fiction, and Sham Transactions in Late Bronze Age Emar." In *Fortune and Misfortune in the Ancient Near East*. Edited by Olga Drewnowska, Małgorzata Sandowicz. 119–128. Winona Lake: Eisenbrauns.
- Fijałkowska, Lena. 2021. "Legal Fiction in Emar and Ekalte: A Source of Order or Disorder in the Legal System?" In *Law and (Dis)Order in the Ancient Near East*. Edited by Katrien de Graef, Anne Goddeeris. 78–86. Winona Lake: Eisenbrauns.
- Fincke, Jeanette. 2010. "Zum Verkauf von Grundbesitz in Nuzi." In *Festschrift für Gernot Wilhelm*. Edited by Jeanette Fincke. 125–141. Dresden: Islet Verlag.
- Fuller, Lon L. 1968. *Anatomy of the Law*. New York: Frederick A. Praeger.
- Garner, Bryan A. Ed. 2009. *Black's Law Dictionary*. St. Paul: West, a Thomson business.
- Gesche, Petra D. 2001. *Schulunterricht in Babylonien im ersten Jahrtausend v. Chr.* Münster: Ugarit-Verlag.
- Greenfield, Jonas C. 1982. "Adi balṭu – Care for the Elderly and its Rewards." In *Vorträge gehalten auf der 28. Rencontre Assyriologique Internationale in Wien*. 309–316. Horn: Verlag Ferdinand Berger und Söhne.

- Harris, Rivke. 1975. *Ancient Sippar. A Demographic Study of an Old-Babylonian City (1894–1595 B.C.)*. Leiden: Nederlands Instituut voor het Nabije Oosten.
- Janssen, Caroline. 1991. "Samsu-iluna and the Hungry *Naditums*." *Northern Akkadian Project Reports* 5: 3–39.
- Jursa, Michael. 2008. "Economic Change and Legal Innovation. On Aspects of Commercial Interaction and Land Tenure in Babylonia in the First Millennium BC." In *I diritti del mondo cuneiforme*. Edited by Mario Liverani, Clelia Mora. 601–628. Pavia: IUSS Press.
- Kleber, Kristin. 2017. *Spätbabylonische Texte zum lokalen und regionalen Handel sowie zum Fernhandel aus dem Eanna-Archiv*. Dresden: Islet-Verlag.
- Kojder, Andrzej. 1993. "Współczesne poglądy na prawo zwyczajowe." In *Elementy socjologii prawa. Prawo zwyczajowe*. Edited by Andrzej Kojder, Elżbieta Łojko, Wiesław Staśkiewicz, Anna Turska. 53–72. Warszawa: Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego.
- Kowalski, Grzegorz M. 2012. *Zwyczaj i prawo zwyczajowe w doktrynie prawa i praktyce sądów miejskich karnych w Polsce (XVI–XVIII w.)*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Lafont, Sophie. 1997. "Les actes législatifs des rois mésopotamiens." In *Auctoritates. Xenia R. C. Van Caenegem Oblata. La formation du droit et de ses auteurs*. Edited by Serge Dauchy, Jos Monballyu, Alain A. Wijffels. 3–27. Bruxelles: Koninklijke Academie voor Wetenschappen.
- Lafont, Sophie. 2000. "Codification et subsidiarité dans les droits du Proche-Orient ancien." In *La codification des lois dans l'antiquité*. Edited by Edward Lévy. 49–64. Lyon: Editions De Boccard.
- Lafont, Sophie. 2010. "Les prébendes dans la Mésopotamie du Ier millénaire avant J.-C." In *L'organisation matérielle des cultes dans l'Antiquité*. Edited by Barbara Anagnostou-Canas. 3–16. Paris: Librairie Cybèle.
- Leick, Gwendolyn. Ed. 2010. *The Babylonian World*. New York: Routledge.
- Lion, Brigitte. 2009. "Sexe et genre (1): Des filles devenant fils dans les contrats de Nuzi et d'Emar." In *Femmes, cultures et sociétés dans les civilisations méditerranéennes et proche-orientales de l'Antiquité*. Edited by Françoise Briquel-Chatonnet, Saba Fares Drappeau, Brigitte Lion, Cécile Michel. 9–25. Lyon: Editions De Boccard.
- Márquez Rowe, Ignacio. 2003. "Alalakh." In *A History of Ancient Near Eastern Law*, Edited by Raymond Westbrook. 693–717. Leiden–Boston: Brill.
- Mayali, Laurent. Pierre Mousseron. Eds. 2018. *Customary Law Today*. Cham: Springer.
- Michel, Cécile. 2000. "A propos d'un testament paléo-assyrien: Une femme de marchand 'père et mère' des capitaux." *Révue d'assyriologie et d'archéologie orientale* 94: 1–10.
- Miller, Jared L. 2013. *Royal Hittite Instructions and Administrative Texts*. Atlanta: Society of Biblical Literature.
- Niedorf, Christian. 2008. *Die mittelbabylonischen Rechtsurkunden aus Alalah (Schicht IV)*. Münster: Ugarit-Verlag.
- Opalek, Kazimierz. Jerzy Wróblewski. 1989. *Zagadnienia teorii prawa*. Warszawa: PWN.
- Owen, David I. 1982. *Neo-Sumerian Archival Texts primarily from Nippur in the University Museum, the Oriental Institute and the Iraq Museum*. Winona Lake: Eisenbrauns.
- Paradise, Jonathan S. 1972. *Nuzi Inheritance Practices*. PhD Diss. University of Pennsylvania.
- Petrażycki, Leon. 1960. *Teoria prawa i państwa w związku z teorią moralności*. Vol. 2. Warszawa: PWN.
- Pfeifer, Guido. 2013. *Fortschritt auf Umwegen – Umgehung und Fiktion in Rechtsurkunden des Altertums*. München: C.H. Beck.
- Stohlman, Stephen C. 1972. *Real Adoption at Nuzi*. PhD Diss. Brandeis University.
- Stone, Elisabeth C. David I. Owen. 1991. *Adoption in Old Babylonian Nippur and the Archive of Mannum-mešu-liššur*. Eisenbrauns: Winona Lake.

- Studnicki, Franciszek. 1949. *Działanie zwyczaju handlowego w zakresie zobowiązań z umowy*. Kraków: Polska Akademia Umiejętności.
- Veenhof, Klaas. 1982. "A Deed of Manumission and Adoption from the Later Old Assyrian Period." In *Zikir šumim. Assyriological Studies Presented to F.R. Kraus*. Edited by G. van Driel et al. 359–385. Leiden: Nederlands Instituut voor het Nabije Oosten.
- Veenhof, Klaas. 1997–2000. "The Relation between Royal Decrees and 'Law Codes' of the Old Babylonian Period." *Jaarbericht ex Oriente Lux* 35–36: 49–83.
- von Dassow, Eva. 2018. "How to Get Credit and Avoid Foreclosure in Arraphe." *Journal of Near Eastern Studies* 77: 235–248.
- Waerzeggers, Caroline. 2010. *The Ezida Temple of Borsippa. Priesthood, Cult, Archives*. Leiden: Nederlands Instituut voor het Nabije Oosten.
- Westbrook, Raymond. 2002. "The Character of Ancient Near Eastern Law." In *A History of Ancient Near Eastern Law*. Edited by Raymond Westbrook. 1–90. Leiden–Boston: Brill.
- Wilcke, Claus. "Care of the Elderly in Mesopotamia in the Third Millennium B.C." In *The Care of the Elderly in the Ancient Near East*. Edited by Marten Stol, Sven P. Vleeming. 23–58. Leiden–Boston: Brill.
- Wunsch, Cornelia. 2003. *Urkunden zum Ehe-, Vermögens- und Erbrecht aus verschiedenen neubabylonischen Archiven*. Dresden: Islet Verlag.
- Yamada, Masamichi. 2016. "Because She Is a Daughter of Emar: On the Customary Law for the Female Citizens of Emar." *Orient* 51: 110–122.

*Marcin Krajewski** <https://orcid.org/0000-0002-8869-0362>

OPTIMALIZACJA PODSTAWY WYMIARU SKŁADKI NA UBEZPIECZENIE SPOŁECZNE OSÓB PROWADZĄCYCH POZAROLNICZĄ DZIAŁALNOŚĆ GOSPODARCZĄ¹

Streszczenie. W artykule przedstawiono metody optymalizacji podstawy wymiaru składki na ubezpieczenia społeczne osób prowadzących pozarolniczą działalność gospodarczą. Analizie poddano konsekwencje stosowania optymalizacji z punktu widzenia osoby ubezpieczonej, przychodów Funduszu Ubezpieczeń Społecznych oraz wpływ optymalizacji na rynek pracy. Osoba rozpoczynająca działalność gospodarczą może opłacać niższą składkę przez okres nawet 66 miesięcy. Tak długi okres preferencji powoduje doraźne korzyści pod postacią niższych kosztów prowadzenia działalności, jednakże w przyszłości obniży poziom świadczeń emerytalnych i rentowych.

Słowa kluczowe: ubezpieczenie społeczne, podstawa wymiaru składki na ubezpieczenie społeczne, samozatrudniony.

THE OPTIMIZATION OF THE BASIS FOR THE SOCIAL INSURANCE CONTRIBUTION RATES FOR INDIVIDUALS OPERATING A BUSINESS ENTERPRISE ON THEIR OWN PURSUANT TO PROVISIONS APPLICABLE TO BUSINESS ACTIVITIES

Abstract. The article presents methods of optimizing the basis for the social insurance contribution rates for individuals operating a business enterprise on their own pursuant to provisions applicable to business activities. The consequences of applying optimization are also analyzed, both from the point of view of the insured person, the income of the Social Insurance Fund and the impact of optimization on the labor market. A person starting a non-agricultural business activity may pay lower contributions for up to sixty-six months. Such a long period of preference applied by the legislator causes short-term benefits in the form of lower operating costs, but in the future it will lower the level of pension and disability benefits.

Keywords: social insurance, the basis for the social insurance contribution rates, self-employed.

* Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, marcin.krajewski@wpia.uni.lodz.pl

¹ Artykuł przygotowany w ramach projektu finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki (Umowa Nr UMO-2018/29/B/HS5/02534 do projektu badawczego Nr 2018/29/B/HS5/02534).

1. WSTĘP

Zasady podlegania ubezpieczeniom przez osoby wykonujące pozarolniczą działalność gospodarczą (art. 8 ust. 6 pkt. 1 ustawy z 13.10.1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych Dz.U. z 2021 r., poz. 423 ze zm.; dalej: SyUbSpU) ulegały w ciągu ostatnich dwudziestu lat licznym przeobrażeniom. Mam tutaj na myśli zakres podmiotowy pojęcia pozarolniczej działalności gospodarczej, podstawę wymiaru składki na ubezpieczenia społeczne, a także zasady kumulacji działalności pozarolniczej oraz innych tytułów w ubezpieczeniach społecznych. Przez podstawę wymiaru składki należy rozumieć kwotę, od której oblicza się składki na poszczególne rodzaje ubezpieczeń (Antonów 2013, 631).

Do 2018 r. przepisy kształtujące ubezpieczenie społeczne osób prowadzących pozarolniczą działalność gospodarczą były krytykowane, przede wszystkim z uwagi na wysoką podstawę wymiaru składek na ubezpieczenia społeczne, a także niską elastyczność reguł podlegania ubezpieczeniom społecznym. Wraz z wejściem w życie ustawy z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r., poz. 162 ze zm.; dalej: PrPrzU), wprowadzono szereg rozwiązań umożliwiających opłacenie składek na ubezpieczenia społeczne od obniżonej podstawy ich wymiaru, uwzględniając tym samym postulaty organizacji reprezentujących przedsiębiorców. Wdrożone zmiany uczyniły z pozarolniczej działalności gospodarczej elastyczną formę aktywności zarobkowej. Zauważalny stał się trend, polegający na wyrejestrowywaniu z ubezpieczenia pracowników, a następnie na zgłaszaniu tych osób z tytułu prowadzenia działalności pozarolniczej.

Cel opracowania stanowi ukazanie metod optymalizacji podstawy wymiaru składki na ubezpieczenia społeczne osób prowadzących pozarolniczą działalność gospodarczą, a także wskazanie konsekwencji deklaratowania obniżonej podstawy wymiaru składki na ubezpieczenia społeczne.

2. EWOLUCJA PODSTAWY WYMIARU SKŁADKI NA UBEZPIECZENIE SPOŁECZNE OSÓB PROWADZĄCYCH DZIAŁALNOŚĆ GOSPODARCZĄ

Włączając rzemieślników do ubezpieczenia społecznego (ustawa z 29.03.1965 r. o ubezpieczeniu społecznym rzemieślników – Dz.U. z 1965 r. Nr 13, poz. 90), ustawodawca musiał dokonać wyboru: czy podstawę wymiaru składki na ubezpieczenie społeczne rzemieślników ustalać indywidualnie – w zależności od osiąganego przez ubezpieczonego przychodu, czy też ryczałtowo – przyjmując przeciętny przychód, jaki powinna osiągnąć osoba trudniąca się rzemiosłem. Kwestia ta była kluczowa, gdyż o ile w przypadku przedsiębiorstw uspołecznionych, zasadniczo nie istniał problem unikania opłacania albo zaniżania wysokości należnych składek, to w przypadku osób samozatrudnionych istniało ryzyko

intencjonalnego zaniżania deklarowanych przychodów z prowadzonej przez siebie działalności, w celu uniknięcia opłacenia wysokich składek. Ustawodawca zdecydował się na drugie z przedstawionych powyżej rozwiązań, tj. przyjęcie odgórnie określonej podstawy wymiaru, od której rzemieślnik odprowadzi składkę z tytułu podlegania ubezpieczeniom społecznym. W rozporządzeniu Przewodniczącego Komitetu Pracy i Płac z 24.06.1965 r. w sprawie podstawy wymiaru rent i wysokości składek na ubezpieczenie społeczne rzemieślników (Dz.U. z 1965 r. Nr 27, poz. 180) wysokość podstawy wymiaru składki uzależniona była od: wielkości miejscowości, w której wykonywane było rzemiosło, a ponadto zaliczenia prowadzonej działalności do określonej kategorii rzemiosł. Przyjęte rozwiązanie miało na celu uwzględnienie zróżnicowanych przychodów osiąganych przez rzemieślników. Dla przykładu, w dużych miastach liczba świadczonych usług oraz koszt jednostkowy usługi były wyższe. Z kolei rzemieślnik prowadzący taką samą działalność w gminie wiejskiej, gdzie rynek zbytu był mniejszy, osiągał z reguły znacznie niższe przychody.

Ustawa z 8.06.1972 r. o ubezpieczeniu społecznym rzemieślników (Dz.U. z 1972 r. Nr 23, poz. 165) rozszerzyła zakres podmiotowy ubezpieczenia, umożliwiając objęcie nią nie tylko rzemieślników, ale także inne osoby wykonujące działalność zarobkową na własny rachunek poza rolnictwem. W rozporządzeniu Ministra Pracy, Płac i Spraw Socjalnych oraz Ministra Handlu Wewnętrznego i Usług z 23.08.1974 r. w sprawie podstawy wymiaru emerytury, rent i składek oraz wysokości składki na ubezpieczenie społeczne osób prowadzących działalność zarobkową na własny rachunek (Dz.U. z 1974 r. Nr 30, poz. 180), podstawę wymiaru składek na ubezpieczenie społeczne powiązano z wielkością miejscowości, w której prowadzona była działalność na własny rachunek. Składka opłacana przez osobę prowadzącą działalność gospodarczą w gminie wiejskiej była niemal trzykrotnie niższa, niż gdy działalność ta prowadzona była w mieście powyżej 300 tys. mieszkańców. Jednocześnie niektóre formy działalności gospodarczej objęto preferencjami (np. flisacy opłacali składkę od niższej podstawy jej wymiaru). Co istotne, osoba prowadząca działalność gospodarczą mogła wystąpić do ZUS o obniżenie podstawy wymiaru składki, nie więcej jednak niż o 50% podstawy przypisanej do danej działalności na własny rachunek.

Ryczałtowo określona podstawa wymiaru składki została utrzymana w ustawie z 18.12.1976 r. o ubezpieczeniu społecznym rzemieślników i niektórych innych osób prowadzących działalność zarobkową na własny rachunek oraz ich rodzin. (Dz.U. z 1976 r. Nr 40, poz. 235). W myśl art. 24 ust. 1 powoływanej ustawy, podstawę wymiaru składek na ubezpieczenie stanowiły kwoty ryczałtowane. Zgodnie z § 8 rozporządzenia Ministra Pracy, Płac i Spraw Socjalnych z 11.02.1977 r. w sprawie wykonania ustawy o ubezpieczeniu społecznym rzemieślników i niektórych innych osób prowadzących działalność zarobkową na własny rachunek oraz ich rodzin (Dz.U. z 1977 r. Nr 6, poz. 25), ubezpieczeni zostali podzieleni na cztery grupy: rzemieślników (podstawa wymiaru składki uzależniona była

od przyjętej formy opodatkowania), członków zrzeszeń prywatnego handlu i usług (podstawa uzależniona była od wielkości miejscowości prowadzenia działalności gospodarczej), osoby trudniące się rybołówstwem morskim (podstawa uzależniona była od tego, czy rybak posiadał łódź czy kuter) oraz flisaków (jednolita podstawa wymiaru składki). Obowiązujące wówczas przepisy przewidywały możliwość wystąpienia do ZUS z wnioskiem o obniżenie podstawy wymiaru składki na analogicznych zasadach, jak w rozporządzeniu z 1974 r.

W rozporządzeniu Ministra Pracy, Płac i Spraw Socjalnych z 24.11.1983 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie wykonania ustawy o ubezpieczeniu społecznym rzemieślników i niektórych innych osób prowadzących działalność zarobkową na własny rachunek oraz ich rodzin (Dz.U. z 1983 r. Nr 66, poz. 300), podstawę wymiaru składki powiązano z kwotą najniższego miesięcznego wynagrodzenia pracowników gospodarki uspołecznionej. Była to niezwykle istotna zmiana, gdyż ustawodawca wprowadził automatyczną indeksację podstawy wymiaru składki, bez konieczności wydawania kolejnego aktu prawnego. Co warto podkreślić, podstawę wymiaru składki powiązano ze wzrostem wynagrodzeń w gospodarce, a nie z rzeczywistym wzrostem przychodów osób wykonujących działalność gospodarczą. Rozwiązanie to powielono w ustawie o systemie ubezpieczeń społecznych.

Istotny wpływ na kształt obecnie obowiązujących przepisów wywarło rozporządzenie Rady Ministrów z 29.01.1990 r. w sprawie wysokości i podstawy wymiaru składek na ubezpieczenie społeczne, zgłaszania do ubezpieczenia społecznego oraz rozliczania składek i świadczeń z ubezpieczenia społecznego (Dz.U. z 1990 r. Nr 7, poz. 41). Zgodnie z § 31 ust. 1 rozporządzenia, podstawę wymiaru składki na ubezpieczenie społeczne osób prowadzących działalność gospodarczą oraz osób z nimi współpracujących stanowił dochód zadeklarowany przez osobę prowadzącą działalność, nie niższy jednak od kwoty odpowiadającej 60% przeciętnego wynagrodzenia i nie wyższy od kwoty odpowiadającej 150% dochodu zadeklarowanego za poprzedni miesiąc. Ujednoliconą podstawą wymiaru składki na ubezpieczenia społeczne osób prowadzących działalność gospodarczą stanowiła wzorzec dla regulacji zawartej w ustawie o systemie ubezpieczeń społecznych.

3. EWOLUCJA PODSTAWY WYMIARU SKŁADKI Z TYTUŁU PROWADZENIA DZIAŁALNOŚCI POZAROLNICZEJ W USTAWIE O SYSTEMIE UBEZPIECZEŃ SPOŁECZNYCH

W ustawie o systemie ubezpieczeń społecznych przyjęto konstrukcję zryczałtowanej minimalnej podstawy wymiaru składki na ubezpieczenia społeczne (Karkowska 2007, 127). Zgodnie z art. 18 ust. 8 SyUbspU, podstawę wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe ubezpieczonych stanowi kwota

nie niższa niż 60% prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego przyjętego do ustalenia kwoty ograniczenia rocznej podstawy wymiaru składek, ogłoszonego przez ministra właściwego ds. zabezpieczenia społecznego, na dany rok kalendarzowy. W piśmiennictwie wyrażono pogląd, że została ona przyjęta „w sposób umowny”, a ponadto „brak jest wyraźnych przesłanek tego, aby wynosiła ona akurat 60% przeciętnego wynagrodzenia” (Wantoch-Rekowski 2005, 156). Kazyistyczne ujęcie podstawy wymiaru składki stanowi wynik braku zaufania ustawodawcy do podmiotów uczestniczących w systemie ubezpieczeń społecznych (Sowiński 2009, 63). W orzecznictwie SN ukształtował się pogląd, że osoby prowadzące działalność pozarolniczą mogą zadeklarować podstawę wymiaru składki, mieszczącą się w granicach określonych w ustawie o systemie ubezpieczeń społecznych, niezależnie od osiąganego przez nie wyniku ekonomicznego (uchw. SN z 21.04.2010 r., II UZP 1/10, OSNP 2010, Nr 21–22, 267, wyr. SN z 20.09.2017 r., I UK 341/16, OSNP 2018, Nr 7, 97). Z uwagi m.in. na inflację, która w latach 90. sięgała kilkudziesięciu procent, ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych wprowadziła początkowo kwartalną indeksację podstawy wymiaru składek na ubezpieczenie społeczne na ubezpieczenie osób prowadzących pozarolniczą działalność. Dopiero w 2008 r., po ustabilizowaniu wskaźników ekonomicznych, wprowadzono roczną indeksację podstawy wymiaru składek. Warto nadmienić, że w przypadku stosunku pracy czy też umowy zlecenia, składka indeksowana jest indywidualnym wzrostem wynagrodzeń ubezpieczonego bądź poprzez wzrost minimalnego wynagrodzenia. W przypadku działalności pozarolniczej, indeksację podstawy wymiaru składki powiązano ze wzrostem przeciętnego wynagrodzenia w gospodarce narodowej. Oznacza to, że poziom składki nie jest powiązany z realnym wzrostem przychodów osiąganych przez osoby prowadzące działalność gospodarczą. Na marginesie warto wskazać, że wraz ze starzeniem się społeczeństwa, będzie można zaobserwować zmniejszanie się populacji osób aktywnych zawodowo w relacji do liczby świadczeniobiorców. Powstała w ten sposób luka w zatrudnieniu, wpływać będzie na dynamikę wzrostu wynagrodzeń. Jak już wcześniej nadmieniano, podstawa wymiaru składek na ubezpieczenia społeczne osób prowadzących działalność pozarolniczą jest skorelowana właśnie ze wzrostem przeciętnego wynagrodzenia. Oznacza to moim zdaniem, że z uwagi na dynamikę wzrostu przeciętnego wynagrodzenia, ustawodawca będzie zmuszony poszukiwać alternatywnego wskaźnika ekonomicznego, z którym powiązana zostanie podstawa wymiaru składki opłacanej przez osoby prowadzące działalność gospodarczą.

Konstrukcja ryczałtowo określonej podstawy wymiaru składki, wprowadzona w ustawie o systemie ubezpieczeń społecznych umożliwiła obniżenie kosztów prowadzenia działalności gospodarczej w przypadku osób osiągających wysokie przychody (ustawa nie przewiduje obowiązku zadeklarowania podstawy wymiaru składki wyższej niż minimalna), a jednocześnie stanowiła istotne obciążenie w przypadku osób rozpoczynających prowadzenie działalności gospodarczej,

a także osób, których przychody z działalności były sezonowe bądź nieregularne. Wprowadzone rozwiązanie poddawane było krytyce, m.in. z uwagi na fakt, że przedsiębiorcy rozpoczynający prowadzenie działalności gospodarczej zobowiązani byli do opłacenia składki w pełnej wysokości, niezależnie od osiąganego przez nich wyniku finansowego. Przepisy nie uwzględniały możliwości obniżenia podstawy wymiaru składki (bądź zawieszenia jej opłacania) w okresach przerw w prowadzeniu działalności gospodarczej.

W kolejnych latach ustawodawca podejmował kroki w kierunku uelastycznienia podstawy wymiaru składki na ubezpieczenia społeczne. Oznaczało to przede wszystkim uwzględnienie postulatów osób rozpoczynających prowadzenie działalności gospodarczej. Podmioty takie charakteryzuje z reguły niski poziom zasobów własnych, co przemawiało za wprowadzaniem ulg i ułatwień, zarówno w sferze podatkowej, jak i w sferze ubezpieczeń społecznych. W 2005 r. wprowadzono możliwość obniżenia podstawy wymiaru składki w przypadku osób rozpoczynających prowadzenie pozarolniczej działalności gospodarczej. Dwuletni okres, przez jaki można było zadeklarować niższą niż nominalna podstawę wymiaru składki (maksymalnie do kwoty odpowiadającej 30% minimalnego wynagrodzenia), stanowił istotne wsparcie dla przedsiębiorców. Przyjęte rozwiązanie mogło jednak powodować tzw. wypychanie pracowników w kierunku samozatrudnienia zależnego. Z tego względu ustawodawca wyłączył możliwość zastosowania obniżonej podstawy wymiaru składki w przypadku osób, które wykonują działalność gospodarczą na rzecz byłego pracodawcy (Kostrzewa, 2014)².

Ustawą z 10.07.2008 r. o zmianie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2008 r. Nr 141, poz. 888) do ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych dodano art. 36a, umożliwiający zawieszenie prowadzenia działalności gospodarczej. Była to szczególnie istotna zmiana, jako że w obowiązujących przepisach brak było rozwiązania wyłączającego obowiązek opłacania składek, z uwagi na wystąpienie okresowej przeszkody ograniczającej lub uniemożliwiającej wykonywanie takiej działalności. Osoba ubezpieczona może na swój wniosek zawiesić prowadzenie działalności gospodarczej, a następnie w wybranym przez siebie terminie do niej powrócić. Przedsiębiorca będący osobą fizyczną może zawiesić działalność na czas nieokreślony albo określony, nie krótszy jednak niż 30 dni, zaś przedsiębiorca wpisany do rejestru przedsiębiorców KRS może zawiesić wykonywanie działalności gospodarczej na okres od 30 dni do 24 miesięcy. W okresie zawieszenia, przedsiębiorca jest zwolniony z obowiązku opłacania składek na ubezpieczenia społeczne (Bartoszewska 2015, 424). Warto podkreślić, że zawieszenie działalności gospodarczej

² Zgodnie z art. 18a SyUbspU, z możliwości zastosowania obniżonej podstawy wymiaru składki wyłączono osoby, które wykonują działalność gospodarczą na rzecz byłego pracodawcy, na rzecz którego przed dniem rozpoczęcia działalności gospodarczej w bieżącym lub w poprzednim roku kalendarzowym wykonywały w ramach stosunku pracy lub spółdzielczego stosunku pracy czynności wchodzące w zakres wykonywanej działalności gospodarczej.

przysługuje niezależnie od okresu prowadzenia działalności czy też przyczyny, która uniemożliwia jej prowadzenie.

Istotne modyfikacje w zakresie ustalania podstawy wymiaru składek, wprowadzone zostały w 2018 r. Po pierwsze, ustawodawca umożliwił prowadzenie tzw. działalności nieewidencjonowanej. Zgodnie z art. 5 ust. 1 PrPrzU, jest ona wykonywana przez osobę fizyczną, której przychód należny z tej działalności nie przekracza w żadnym miesiącu 50% kwoty minimalnego wynagrodzenia. Prowadzenie działalności w formie nieewidencjonowanej jest prawem, a nie obowiązkiem zarobkującego na własny rachunek (Kruszewski 2019, 86). Osoba taka może jednak złożyć wniosek o wpis do ewidencji i od dnia wskazanego we wniosku, działalność ta jest uznawana za działalność gospodarczą. Po drugie, w celu obniżenia kosztów działalności przedsiębiorcy rozpoczynającego działalność na własny rachunek, w ustawie wprowadzono okresowe zwolnienie z opłacania składek na ubezpieczenie społeczne – tzw. ulgę na start (Komierzyńska-Orlińska 2019, 112). Zgodnie z art. 18 ust. 1 PrPrzU, osoba fizyczna, która podejmuje działalność gospodarczą po raz pierwszy, albo podejmuje ją ponownie po upływie co najmniej 60 miesięcy od dnia jej ostatniego zawieszenia lub zakończenia, i nie wykonuje jej na rzecz byłego pracodawcy, na rzecz którego przed dniem rozpoczęcia działalności gospodarczej w bieżącym lub w poprzednim roku kalendarzowym wykonywała w ramach stosunku pracy lub spółdzielczego stosunku pracy czynności wchodzące w zakres wykonywanej działalności gospodarczej, nie podlega obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym przez okres 6 miesięcy od dnia podjęcia działalności gospodarczej. Zgodnie z art. 18aa SyUbspU, osoba rozpoczynająca prowadzenie działalności może zrezygnować z tego uprawnienia i od dnia rozpoczęcia prowadzenia działalności gospodarczej przystąpić do ubezpieczenia. W efekcie wprowadzonej zmiany okres, przez jaki można zadeklarować obniżoną podstawę wymiaru składki na ubezpieczenia społeczne, wydłużony został z 24 do 30 miesięcy, o ile osoba prowadząca działalność gospodarczą skorzysta zarówno z ulgi na start (art. 18 ust. 1 PrPrzU), jak i tzw. małego ZUS (art. 18a SyUbspU).

W 2019 r. wprowadzono możliwość obliczenia indywidualnej podstawy wymiaru składki na ubezpieczenia. Osoba prowadząca pozarolniczą działalność gospodarczą, której roczny przychód z działalności uzyskany w poprzednim roku kalendarzowym nie przekroczy kwoty 120 tys. złotych (co w przypadku prowadzenia działalności przez okres roku daje miesięczny przychód w wysokości 10 tys. złotych), opłaca składkę uzależnioną od dochodu z pozarolniczej działalności gospodarczej, osiągniętego w poprzednim roku kalendarzowym. Przepis ten w założeniu ma obniżyć podstawę wymiaru składki, w szczególności w okresach przejściowego zastoju czy też spowolnienia gospodarczego. Jednakże kwota graniczna określona została na stosunkowo niskim poziomie, co oznacza, że z uprawnienia tego skorzystać mogą przede wszystkim osoby rozpoczynające działalność gospodarczą oraz samozatrudnieni zaleźni. Indywidualnie obliczona podstawa

wymiaru składki może zostać obniżona maksymalnie do kwoty odpowiadającej 30% wynagrodzenia obowiązującego w styczniu danego roku. Art. 18c ust. 11 SyUbspU zawiera wiele przesłanek wyłączających możliwość zastosowania tej preferencji. Ustawodawca ograniczył m.in. okres zastosowania indywidualnie obliczonej podstawy wymiaru składki do maksymalnie 36 miesięcy kalendarzowych w przeciągu ostatnich 60 miesięcy kalendarzowych prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej. W efekcie wprowadzonych zmian łączny okres przez jaki możliwe jest zadeklarowanie obniżonej podstawy wymiaru składki³ wynosi maksymalnie 66 miesięcy – czyli ponad 5 lat.

4. METODY OPTIMALIZACJI PODSTAWY WYMIARU SKŁADKI NA UBEZPIECZENIE SPOŁECZNE OSÓB PROWADZĄCYCH DZIAŁALNOŚĆ GOSPODARCZĄ

Pojęcie optymalizacji definiowane jest jako najlepsze, ze względu na wybrane kryterium, rozwiązanie danego zagadnienia gospodarczego, przy uwzględnieniu określonych przepisami prawa ograniczeń⁴. Optymalizacja podstawy wymiaru składki na ubezpieczenie społeczne oznacza zatem prawnie przyznaną możliwość wyboru, albo zmiany tytułu podlegania ubezpieczeniom społecznym, bądź też możliwość zadeklarowania niższej albo wyższej podstawy wymiaru składki na ubezpieczenie społeczne. W prawie ubezpieczeń społecznych występują co najmniej cztery metody optymalizacji podstawy wymiaru składki na ubezpieczenie społeczne.

Pierwsza z metod to możliwość zadeklarowania niższej albo wyższej niż nominalna podstawy wymiaru składki na ubezpieczenie społeczne. Szczegółowo opisano ją w poprzednim podrozdziale. Drugą z metod optymalizacji podstawy wymiaru składki na ubezpieczenie społeczne, stanowi możliwość zmiany ustawodawstwa (państwa) podlegania ubezpieczeniom społecznym. Jednym z czynników determinujących wybór systemu ubezpieczeń społecznych jest z pewnością wysokość składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne. Systemy zabezpieczenia społecznego funkcjonujące w poszczególnych państwach EOG charakteryzuje autonomia w zakresie ustalania zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym, o ile nie naruszają one zasady równego traktowania określonej m.in. w art. 4 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 883/2004 z 29.04.2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.Urz. UE L 166, s. 1). Oznacza to, że poszczególne państwa mogą w miarę dobrowolnie modyfikować krajowe systemy zabezpieczenia społecznego, w tym wprowadzać optymalne z ich punktu widzenia preferencje, dla osób prowadzących działalność

³ Przy założeniu korzystania z preferencji określonych w art. 18 ust. 1 PrPrzU oraz art. 18a oraz art. 18c SyUbspU.

⁴ <https://sjp.pwn.pl/szukaj/optimalizacja.html> [dostęp: 1.10.2021].

gospodarczą. Konieczność uelastycznienia zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym, stanowi konsekwencję silnej konkurencji między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność w poszczególnych państwach Unii Europejskiej. Przyznane preferencje służą nie tylko wspieraniu i ochronie rodzimej przedsiębiorczości, ale także stanowią zachętę do wyboru danego systemu prawnego i opłacenia właśnie tam składek na ubezpieczenie społeczne. Przyrost liczby osób podlegających ubezpieczeniom jest szczególnie istotny z uwagi na uwarunkowania demograficzne (starzejącą się Europę). Obowiązujące przepisy, a w szczególności Rozporządzenie 883/2004 oraz rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z 16.09.2009 r. dotyczące wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE L 284, s. 1) wyznaczają reguły, umożliwiające wskazanie państwa członkowskiego, w którym osoba wykonująca działalność na własny rachunek będzie podlegała ubezpieczeniom społecznym. Jednakże po spełnieniu określonych w rozporządzeniach kryteriów (znacznej części pracy oraz centrum zainteresowania dla działalności na własny rachunek), możliwa jest zmiana tegoż ustawodawstwa czy też czasowe przeniesienie działalności do innego państwa członkowskiego (Ślebzak 2012, 246–250). Ustawodawca krajowy musi zatem uwzględniać fakt, że wysokość składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne będzie stanowiła istotny czynnik determinujący wybór albo zmianę miejsca podlegania tym ubezpieczeniom. Możliwość długookresowego obniżenia kosztów prowadzonej działalności stanowi w takim przypadku czynnik determinujący wybór państwa ubezpieczenia. Z punktu widzenia osoby prowadzącej działalność na własny rachunek, wtórne znaczenie ma przewidywana wysokość przyszłych świadczeń emerytalnych czy rentowych.

Trzecią z metod optymalizacji podstawy wymiaru składki na ubezpieczenie społeczne stanowi możliwość kontynuacji ubezpieczenia społecznego rolników, w przypadku zbiegu działalności rolniczej z prowadzeniem pozarolniczej działalności gospodarczej. Zgodnie z art. 5a ustawy z 20.12.1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników (Dz.U. z 2021 r., poz. 266, ze zm.), osoba podlegająca ubezpieczeniu w KRUS nieprzerwanie przez okres co najmniej 3 lat, może złożyć wniosek o kontynuowanie ubezpieczenia społecznego rolników. Wniosek ten należy złożyć w terminie 14 dni od dnia rozpoczęcia wykonywania pozarolniczej działalności gospodarczej. Przepis ten, wprowadzony do ustawy w 2004 r., stanowi wyjątek od zasady prymatu powszechnego ubezpieczenia społecznego (Jędrasik-Jankowska 2003, 113) nad ubezpieczeniem społecznym rolników⁵. Zastosowanie tej formy optymalizacji jest jednak ograniczone. Art. 5a ustawy o ubezpieczeniu społecznym rolników ma w założeniu umożliwić rolnikom, prowadzącym równolegle

⁵ Obowiązek objęcia ubezpieczeniem przez ZUS wynika z faktu, że ponad 90% świadczeń z ubezpieczenia społecznego rolników jest finansowane z dotacji z budżetu państwa. Załącznik Nr 13 do ustawy budżetowej na rok 2021 ; [https://orka.sejm.gov.pl/proc9.nsf/pdf/AB524B5433B9B34FC12586650054F220/\\$File/640_u1_zal13.pdf](https://orka.sejm.gov.pl/proc9.nsf/pdf/AB524B5433B9B34FC12586650054F220/$File/640_u1_zal13.pdf) [dostęp: 1.10.2021].

działalność gospodarczą w niewielkim rozmiarze, kontynuowanie ubezpieczenia w KRUS. Podstawowe źródło utrzymania powinna w takim przypadku stanowić działalność rolnicza. W celu weryfikacji rozmiaru prowadzonej działalności gospodarczej ustawa o ubezpieczeniu społecznym rolników wprowadza tzw. kwotę graniczną. Rolnik zobowiązany jest do dnia 31 maja każdego roku podatkowego złożyć w KRUS zaświadczenie albo oświadczenie, że nie została przekroczona kwota graniczna podatku dochodowego⁶. Jeżeli nie złoży on zaświadczenia w wyżej wymienionym terminie lub też z zaświadczenia wynikać będzie, że przekroczona została kwota graniczna, rolnik może kontynuować działalność gospodarczą, jednakże z mocy UbSpRoU zostanie on wyłączony z ubezpieczenia w KRUS i objęty ubezpieczeniem w ZUS z tytułu prowadzenia działalności pozarolniczej. Na marginesie warto zaznaczyć, że w latach 1997–2004 obowiązywał przepis, umożliwiający kontynuację ubezpieczenia w KRUS, jeżeli rolnik lub domownik, który podlegając ubezpieczeniu w pełnym zakresie z mocy ustawy⁷ nieprzerwanie co najmniej 1 rok, rozpoczął prowadzenie pozarolniczej działalności gospodarczej. Ustawa nie wprowadziła wówczas żadnych ograniczeń co do wysokości przychodu osiąganego z działalności gospodarczej (Puślecki 2017, 434). W efekcie wprowadzonych zmian w I kwartale 2004 r. 118 tys. osób, tj. ok. 7% ubezpieczonych w KRUS, prowadziło dodatkowo działalność gospodarczą. Zmniejszenie przychodów FUS, wynikające z zastosowania tej formy optymalizacji, wymusiło zmiany w przepisach i ustanowienie kwoty granicznej. W roku 2015, tj. rok po wprowadzeniu kwoty granicznej, liczba rolników uprawnionych do kontynuowania ubezpieczenia w KRUS zmniejszyła się do ok. 41 tys. (Krajewski 2016, 189).

Czwartą z metod optymalizacji podstawy wymiaru składki stanowi możliwość wyboru albo zmiany tytułu ubezpieczenia społecznego, w przypadku zbiegu kilku tytułów objętych obowiązkiem ubezpieczenia emerytalnego i rentowego w ZUS. Tytuł działalności pozarolniczej (art. 8 pkt 6 SyUbSpU), którego częścią składkową jest śródtytuł „pozarolnicza działalność gospodarcza” (art. 8 ust. 6 pkt 1 SyUbSpU), jest zaliczany do tzw. tytułów objętych zasadą pierwszeństwa w czasie (Bińczycka-Majewska 2000, 2; Bińczycka-Majewska 2007, 16)⁸. W przypadku zbiegu działalności pozarolniczej z tytułem objętym zasadą bezwzględnego pierwszeństwa (art. 9 ust. 1 SyUbSpU) np. z umową o pracę, tytuł pracowniczego ubezpieczenia wyłącza obowiązek ubezpieczenia z tytułu prowadzenia pozarolniczej działalności. Prowadzenie pozarolniczej działalności będzie wówczas stanowiło

⁶ W 2021 r. – 3604 zł. Obwieszczenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 17 maja 2021 r. w sprawie rocznej kwoty granicznej (M.P. z 2021 r., poz. 472).

⁷ Obszar gospodarstwa odpowiadający 1 ha przeliczeniowemu lub prowadzenie działu specjalnego produkcji rolnej.

⁸ Najwyżej w hierarchii położone są tytuły objęte zasadą bezwzględnego pierwszeństwa (np. stosunek pracy). Poniżej w hierarchii umiejscowiono w kolejności: tytuły objęte zasadą pierwszeństwa w czasie, tytuły ubezpieczenia względnego oraz dobrowolne ubezpieczenie emerytalne i rentowe.

tytuł dobrowolnego ubezpieczenia emerytalnego i rentowego. Wyjątek stanowi sytuacja, gdy pracownik nie osiągnie ze stosunku pracy minimalnego wynagrodzenia. W takim przypadku obowiązkiem ubezpieczenia objęte zostaną kumulatywnie oba tytuły ubezpieczenia emerytalnego i rentowego. Nawiązanie umowy o pracę przez osobę prowadzącą działalność gospodarczą, prowadzić może do obniżenia wysokości podstawy wymiaru składki, choć różnica będzie w takim przypadku niewielka (w przypadku pozarolniczej działalności – 3 155,40 zł⁹, zaś w przypadku stosunku pracy minimalne wynagrodzenie – 2 800 zł¹⁰). Częściej zmiana tytułu ubezpieczenia (objęcie obowiązkowym ubezpieczeniem z tytułu stosunku pracy), będzie miała na celu podwyższenie podstawy wymiaru składki na ubezpieczenie chorobowe, a tym samym nabycie wyższych świadczeń krótkoterminowych. Zasiłki z ubezpieczenia chorobowego są obliczane w oparciu o podstawy wymiaru składek na ubezpieczenie chorobowe należnych za okres 12 miesięcy kalendarzowych poprzedzających miesiąc, w którym powstała niezdolność do pracy, bądź za pełne miesiące – jeżeli ubezpieczony podlega ubezpieczeniu przez okres krótszy niż 12 miesięcy. Bez znaczenia jest tutaj okres, jaki upłynął od zmiany tytułu ubezpieczenia¹¹. Po drugie, w przypadku osoby prowadzącej działalność pozarolniczą, zadeklarowana podstawa wymiaru składki na ubezpieczenie chorobowe nie może być wyższa niż kwota odpowiadająca 250% prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia, o którym mowa w art. 19 ust. 10 SyUbspU¹². Limit składki chorobowej, zastosowany w przypadku osób prowadzących działalność gospodarczą, nie obowiązuje w ubezpieczeniu chorobowym pracowników. W efekcie zmiana tytułu ubezpieczenia może umożliwić nabycie wyższych świadczeń z ubezpieczenia chorobowego i macierzyńskiego.

Do 2005 r. jedną z metod optymalizacji podstawy wymiaru składki stanowiło zawieranie przez osoby prowadzące działalność pozarolniczą umów zlecenia, a w okresie do 2009 r. zawieranie umów o pracę nakładczą. W przypadku zbiegu

⁹ 60% kwoty prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia, które wynosi 5259 zł. Obwieszczenie Ministra Rodziny i Polityki Społecznej z dnia 18 listopada 2020 r. w sprawie kwoty ograniczenia rocznej podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe w roku 2021 oraz przyjętej do jej ustalenia kwoty prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia (M.P. z 2020 r., poz. 1061).

¹⁰ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 1596).

¹¹ W praktyce ZUS w przypadku realizacji świadczeń chorobowych czy macierzyńskich weryfikuje przypadki zmiany tytułu ubezpieczenia, analizując istnienie lub nie elementu podporządkowania charakteryzującego stosunek pracy, czy też badając wysokość wynagrodzenia pracownika w relacji do wynagrodzeń pozostałych osób zatrudnionych u pracodawcy

¹² W 2021 r. – 13 147,50 zł. Komunikat Prezesa Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z dnia 2 grudnia 2020 r. w sprawie kwoty 250% prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia, stosowanej w okresie od dnia 1 stycznia 2021 r. do dnia 31 grudnia 2021 r. przy ustalaniu podstawy wymiaru składek na ubezpieczenie chorobowe osób, które ubezpieczeniu chorobowemu podlegają dobrowolnie (M.P. z 2020 r., poz. 1118).

wskazanych powyżej tytułów ubezpieczenia, ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych umożliwiała wybór tytułu, z którego ubezpieczony podlegał ubezpieczeniom społecznym. Z tej formy optymalizacji korzystano przede wszystkim dlatego, że obowiązkiem ubezpieczenia obejmowano jedynie pierwszą z zawartych umów zlecenia. Nie obowiązywała wówczas zasada sumowania tytułów ubezpieczenia (np. kolejnych umów zlecenia) aż do osiągnięcia minimalnego wynagrodzenia. Po zmianach ustawodawca zachował prawo wyboru tytułu ubezpieczenia, ale pod warunkiem, że wynagrodzenie ze zlecenia stanowiące podstawę wymiaru składek jest równe albo wyższe od obowiązującej tę osobę najniższej podstawy wymiaru składek dla osób prowadzących pozarolniczą działalność (wyr. SN z 2.08.2012 r., II UK 31/12, OSNP 2013, Nr 17–18, 212).

5. NASTĘPSTWA OPTIMALIZACJI KOSZTÓW ZATRUDNIENIA

Obecnie toczy się ożywiona dyskusja¹³ na temat poziomu obciążeń ekonomicznych pozarolniczej działalności gospodarczej. Nie dotyczy ona jednak tego, czy prowadzenie działalności gospodarczej winno być objęte preferencjami. Bezsporne jest bowiem to, że osoby rozpoczynające prowadzenie działalności gospodarczej powinny korzystać z określonych ulg i zwolnień przez czas wystarczający do tego, aby uzyskać ekonomiczną samodzielność. Istotą problemu jest jednak to, czy owe ulgi (do takowych zaliczyć należy możliwość zadeklarowania niższej składki na ubezpieczenie społeczne) i zwolnienia powinny obejmować wszystkie czy tylko niektóre osoby prowadzące pozarolniczą działalność gospodarczą? Innymi słowy, czy prawo powinno przeciwdziałać samozatrudnieniu zależnemu, czy też należy uznać je za naturalny proces przemian na rynku pracy. Co pewien czas pojawiają się pomysły, mające na celu ograniczenie optymalizacji po stronie podmiotów zatrudniających. Za taki należy uznać chociażby projekt wprowadzający tzw. jedną daninę (Krajewski 2018, 139–154). W 2021 r., w ramach tzw. Polskiego Ładu, analizowany jest pomysł zastąpienia zryczałtowanej kwoty podstawy wymiaru składki na ubezpieczenie zdrowotne składką zdrowotną opłacaną od formy opodatkowania osoby prowadzącej działalność gospodarczą.

Zjawiskiem, które coraz silniej oddziałuje na strukturę zatrudnienia w Polsce jest prowadzenie działalności gospodarczej przez osoby, których działalność nie jest nastawiona na zatrudnianie innych osób (samozatrudnienie). W ramach tej grupy przedsiębiorców wyróżnić można zarówno osoby świadczące usługi na rzecz wielu podmiotów, jak też samozatrudnionych zależnych ekonomicznie (w których strukturze przychodów dominują usługi na rzecz jednego podmiotu). Z uwagi na niskie przychody, składki na ubezpieczenie społeczne stanowią istotną

¹³ <https://legalis.pl/polski-lad-2-0-a-skladka-zdrowotna-dla-przedsiębiorcow/> [dostęp: 1.10.2021].

kategorię kosztów prowadzonej przez nie działalności (Cieślak 2018, 18–21). Ustawodawca, zauważając ów problem, stopniowo uelastycznia podstawę wymiaru składki z tytułu prowadzenia pozarolniczej działalności, kosztem obniżenia poziomu ochrony (niższa podstawa wymiaru składki, przedkłada się na niższe świadczenia). Rozpoczynając prowadzenie działalności gospodarczej przez okres maksymalnie 66 miesięcy, a więc ponad 5 lat, możliwe jest opłacanie składki, której podstawa będzie nawet trzykrotnie niższa niż w przypadku pracownika osiągającego przychód w wysokości minimalnego wynagrodzenia. Co więcej, obniżenie podstawy wymiaru składki możliwe jest cyklicznie tj. przez 36 miesięcy kalendarzowych w ciągu każdych 60 miesięcy kalendarzowych prowadzenia pozarolniczej działalności. Osoba prowadząca działalność gospodarczą może też okresowo zawieszać prowadzenie działalności pozarolniczej, co dodatkowo obniży wysokość składek opłacanych do ZUS. W efekcie suma składek zaewidencjonowanych na koncie osoby prowadzącej działalność pozarolniczą, może być niższa niż w przypadku pracownika osiągającego minimalne wynagrodzenie. Uwzględniając koszty pracodawcy zatrudniającego pracownika na podstawie umowy o pracę (np. prawo do urlopu, godziny nadliczbowe etc.), należy wskazać, że samozatrudnienie umożliwia znaczące obniżenie kosztów prowadzenia działalności po stronie podmiotu kooperującego z osobami samozatrudnionymi.

Niskie przychody osoby samozatrudnionej przekładają się z kolei na rezygnację z dodatkowej, poza bazową, ochrony ryzyka starości (IKE, IKZE). Możliwość zadeklarowania obniżonej składki zwiększa z kolei dochód osoby prowadzącej działalność gospodarczą. W efekcie stopa zastąpienia dochodów osiągniętych w okresie aktywności zawodowej, świadczeniem emerytalnym czy rentowym, będzie stosunkowo niska i będzie oscylowała wokół minimalnej emerytury albo renty. Stosowanie preferencji, będzie stanowiło zachętę dla podmiotów zatrudniających do wyboru samozatrudnienia zależnego jako podstawowej formy kooperacji. Często już na etapie rekrutacji podmiot zatrudniający zaznacza, że współpraca jest możliwa wyłącznie w przypadku gotowości utworzenia działalności gospodarczej. Jak już nadmieniałem, taka forma kooperacji obniża istotnie koszty podmiotu zatrudniającego. Mam tutaj na myśli nie tylko składkę na ubezpieczenia społeczne, ale także składkę zdrowotną, brak uprawnień pracowniczych czy też brak możliwości uczestnictwa w PPK. Można zatem podstawić tezę, że to podmiot zatrudniający, a nie samozatrudniony, staje się rzeczywistym beneficjentem obniżenia podstawy wymiaru składki na ubezpieczenie społeczne. Istniejące obecnie rozwiązanie, które ogranicza możliwość zastosowania obniżonej podstawy wymiaru składki w przypadku osób, które wykonują pozarolniczą działalność gospodarczą na rzecz byłego pracodawcy, jest w tym zakresie dalece niewystarczające i łatwe do obejścia. Być może warto rozważyć wprowadzenie do ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych samozatrudnienia zależnego jako odrębnego tytułu ubezpieczenia społecznego, którego status będzie zbliżony do ubezpieczeniowego statusu pracownika. Warto podkreślić, że Komisja Kodyfikacyjna

Prawa Pracy, przygotowując zmiany w prawie pracy, rozważała wprowadzenie samozatrudnienia zależnego, jako jednej z form zatrudnienia¹⁴.

Porównując najniższą możliwą do zadeklarowania podstawę wymiaru składki w przypadku prowadzenia działalności pozarolniczej (kwota odpowiadająca 60% prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia – 3 155,40 zł) oraz podstawę wymiaru składki pracownika czy zleceniobiorcy osiagającego minimalne wynagrodzenie (2 800 zł), należy wskazać, że jest ona niewiele wyższa od minimalnego wynagrodzenia. Kwoty te wyznaczają poziom ochrony, jaki będzie przysługiwał przedsiębiorcy. Ukazane powyżej porównanie pozwala postawić tezę, że będzie on zbliżony do pracownika osiagającego przychód w wysokości minimalnego wynagrodzenia. Istotne w tym przypadku jest jednak to, czy przedsiębiorca pomimo osiagania wysokich dochodów nie chce zadeklarować wyższej podstawy wymiaru składki, czy też zadeklarowanie składki w najniższej wysokości stanowi konsekwencję jego niskich dochodów – to znaczy jego sytuacja finansowa unieumożliwia mu zadeklarowanie wyższej podstawy wymiaru składki. W pierwszym przypadku przedsiębiorca ma możliwość zgromadzenia wystarczających zasobów, które skompensują minimalną emeryturę lub rentę, w drugim przypadku – będzie on bazował wyłącznie na świadczeniu minimalnym.

Gdy chodzi o efekt globalny, to warto wskazać, że przekształcanie struktury rynku pracy nie jest neutralne dla przychodów FUS czy NFZ. Dlatego też ustawodawca, zauważając coraz niższe wpływy w obu funduszach, dokonuje odpowiednich przesunięć, zwiększając obciążenia pozostałych grup objętych ubezpieczeniem społecznym bądź też globalnie podnosząc podatki. W efekcie powstaje nieuprawione, moim zdaniem, zróżnicowanie pomiędzy z jednej strony osobami opłacającymi składkę od zadeklarowanej obniżonej podstawy, a z drugiej strony chociażby pracownikami, w przypadku których kumuluje się przychód z każdej z zawartych umów o pracę. Warto w tym miejscu porównać podstawę wymiaru składki na ubezpieczenie zdrowotne. W przypadku pracowników została ona określona procentowo od przychodu, zaś w przypadku osób prowadzących pozarolniczą działalność – ryczałtowo (75% przeciętnego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw w czwartym kwartale 2020 roku, włącznie z wypłatami z zysku). Zmiana tytułu podlegania ubezpieczeniom społecznym z umowy o pracę czy umowy zlecenia na pozarolniczą działalność, umożliwia także istotne obniżenie podstawy wymiaru składki na ubezpieczenie zdrowotne. Jest to o tyle problematyczne, że ubezpieczenie zdrowotne oparte zostało na solidarności ubezpieczonych, co pośrednio oznacza sprawiedliwe rozłożenie obciążeń z tytułu przynależności do wspólnoty osób objętych ubezpieczeniem.

¹⁴ <https://www.gov.pl/web/rodzina/bip-teksty-projektu-kodeksu-pracy-i-projektu-kodeksu-zbiorowego-prawa-pracy-opracowane-przez-komisje-kodyfikacyjna-prawa-pracy> [dostęp: 1.10.2021].

6. ZAKOŃCZENIE

Powyższe rozwiązania prowadzą do kilku zasadniczych wniosków. Po pierwsze, każda ze zmian obejmująca zasady podlegania ubezpieczeniom społecznym przez osoby prowadzące działalność gospodarczą wpływa pośrednio na strukturę rynku pracy, a także na stan finansów publicznych. Jeżeli zatem do systemu ubezpieczeń społecznych zostaną wprowadzone zbyt daleko idące modyfikacje, może to prowadzić do negatywnych następstw np. zaburzenia konkurencji między pracodawcami zatrudniającymi pracowników a podmiotami, które kooperują z samozatrudnionymi zależnymi.

Po drugie, wspieranie osób prowadzących działalność gospodarczą, w tym stosowanie ulg i zwolnień, jest konieczne. Ustawodawca winien jednak wyważyć poziom preferencji przyznawanych przedsiębiorcom. Poziom ten nie może być zbyt wysoki, gdyż może to prowadzić do sytuacji, gdy społeczeństwo będzie subsydiowało samodzielną ekonomicznie grupę zawodową. O ile, w przypadku rozpoczęcia prowadzenia działalności gospodarczej, obniżenie podstawy wymiaru składki na ubezpieczenie, a nawet samo wyłączenie obowiązku podlegania ubezpieczeniom społecznym, jest w pełni uzasadnione, to utrzymywanie owych preferencji przez nadmiernie długi okres albo też brak powiązania przyznanych ulg z określoną przeszkodą ograniczającą możliwość prowadzenia takiej działalności jest szkodliwe dla osoby, która taką działalność prowadzi. Długoterminowo obniża jej poziom bezpieczeństwa socjalnego, uzależnia od wsparcia ze strony państwa, a w efekcie zaburza konkurencję między podmiotami zarobkującymi na własny rachunek. Warto zatem rozważyć skrócenie maksymalnego okresu, przez jaki możliwe będzie zadeklarowanie obniżonej podstawy wymiaru składki na ubezpieczenia społeczne (np. łącznie 3 lata od dnia objęcia ubezpieczeniem z tytułu prowadzenia działalności po raz pierwszy, a w kolejnych latach np. 18 miesięcy w ciągu 5 lat). Utrzymywanie obecnego modelu prowadzić może do podobnego efektu, jak w przypadku ubezpieczenia społecznego rolników, gdzie subsydiowanie działalności rolniczej prowadzi do znacznego rozdrobnienia rolnictwa i konieczności utrzymywania przez państwo nierentownych gospodarstw rolnych.

Po trzecie, nie bez znaczenia dla stosowania obniżonej podstawy wymiaru składki jest też fakt, że część podmiotów funkcjonujących na rynku jest nastawiona na kooperację w ramach samozatrudnienia. Ogranicza ono koszty prowadzenia działalności podmiotu zatrudniającego i zapewnia przewagę konkurencyjną. To właśnie podmiot zatrudniający, z którym współpracuje samozatrudniony zależny, jest rzeczywistym beneficjentem obniżenia podstawy wymiaru składki na ubezpieczenie społeczne. Klasyczny przykład stanowi konkurencja między osobami prowadzącymi firmy przewozowe, które właśnie w ten sposób zapewniają sobie przewagę konkurencyjną. Należy więc rozważyć wprowadzenie

do ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych tytułu samozatrudnionego zależnego i ograniczenie w jego przypadku możliwości obniżenia podstawy wymiaru składki na ubezpieczenie społeczne.

BIBLIOGRAFIA

- Antonów, Kamil. 2013. „Wymiar składek na ubezpieczenie społeczne”. W *Prawo pracy i ubezpieczeń społecznych*. Red. Krzysztof Wojciech Baran. Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business.
- Bartoszewska, Małgorzata. 2015. „Komentarz do art. 36a”. W *Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych. Komentarz*. Red. Jacek Wantoch-Rekowski. Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business.
- Bińczycka-Majewska, Teresa. 2000. „Zbieg tytułów ubezpieczenia emerytalnego i rentowego w nowym systemie ubezpieczeń społecznych”. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 12: 2–9.
- Bińczycka-Majewska, Teresa. 2007. „Kumulacja i rozłączność tytułów ubezpieczenia społecznego”. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 1: 16–23.
- Cieślík, Jerzy. 2018. „Samozatrudnienie w Polsce na tle tendencji ogólnoswiatowych: wyzwania w sferze wspierania przedsiębiorczości i zabezpieczenia emerytalnego przedsiębiorców”. *Studia BAS* 2: 9–28.
- Jędrasik-Jankowska, Inetta. 2003. *Ubezpieczenia społeczne*. T. 1. Część ogólna. Warszawa: LexisNexis.
- Karkowska, Dorota. Aneta Nerka. Red. 2007. *Pozycja płatnika składek w ubezpieczeniu społecznym i zdrowotnym*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Komierzyńska-Orlińska, Eliza. 2019. „Komentarz do art. 18”. W *Konstytucja biznesu. Komentarz*. Red. Leszek Bielecki, Jan Gola, Krzysztof Horubski, Katarzyna Kokocińska, Eliza Komierzyńska-Orlińska, Piotr Ruczkowski, Agnieszka Żywicka. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Kostrzewa, Piotr. 2014. *Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych. Komentarz*. LEX/el.
- Krajewski, Marcin. 2016. „Wygazanie ubezpieczenia społecznego rolników jako optymalna metoda jego reformy”. W *Prawo ubezpieczeń społecznych. Wybrane problemy*. Red. Małgorzata Czuryk, Kamila Naumowicz. 181–195. Olsztyn: Wydawnictwo UWM.
- Krajewski, Marcin. 2018. „Obciążenia dochodów – w kierunku jednej daniny czy pozostawienia obecnego modelu”. *Studia BAS* 2: 139–154.
- Kraszewski, Adam. 2019. „Komentarz do art. 5”. W *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*. Red. Aldona Pietrzak. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Puślecki, Damian. 2017. „Rolnik-przedsiębiorca w Kasie Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego”. *Studia Iuridica Lublinensia* 1: 433–443.
- Sowiński, Tomasz. 2009. *Finanse ubezpieczeń emerytalnych*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Ślebza, Krzysztof. 2012. *Koordinacja systemów zabezpieczenia społecznego. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Wantoch-Rekowski, Jacek. 2005. *Składki na ubezpieczenia emerytalne. Konstrukcja i charakter prawny*. Toruń: TNOiK.

Akty prawne

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 883/2004 z dnia 29.04.2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE L 166, s. 1).

- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 987/2009 z dnia 16.09.2009 r. dotyczące wykonywania rozporządzenia (WE) Nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE L 284, s. 1).
- Ustawa z dnia 29.03.1965 r. o ubezpieczeniu społecznym rzemieślników (Dz.U. z 1965 r. Nr 13, poz. 90).
- Ustawa z dnia 8.06.1972 r. o ubezpieczeniu społecznym rzemieślników (Dz.U. z 1972 r. Nr 23, poz. 165).
- Ustawa z dnia 18.12.1976 r. o ubezpieczeniu społecznym rzemieślników i niektórych innych osób prowadzących działalność zarobkową na własny rachunek oraz ich rodzin (Dz.U. z 1976 r. Nr 40, poz. 235).
- Ustawa z dnia 20.12.1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników (Dz.U. z 2021 r. poz. 266, ze zm.).
- Ustawa z dnia 13.10.1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 423, ze zm.).
- Ustawa z dnia 10.07.2008 r. o zmianie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2008 r. Nr 141, poz. 8).
- Ustawa z dnia 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r. poz. 162, ze zm.).
- Rozporządzenie Ministra Pracy, Płac i Spraw Socjalnych oraz Ministra Handlu Wewnętrznego i Usług z dnia 23.08.1974 r. w sprawie podstawy wymiaru emerytury, rent i składek oraz wysokości składki na ubezpieczenie społeczne osób prowadzących działalność zarobkową na własny rachunek (Dz.U. z 1974 r. Nr 30, poz.180).
- Rozporządzenie Ministra Pracy, Płac i Spraw Socjalnych z dnia 11.02.1977 r. w sprawie wykonania ustawy o ubezpieczeniu społecznym rzemieślników i niektórych innych osób prowadzących działalność zarobkową na własny rachunek oraz ich rodzin (Dz.U. z 1977 r. Nr 6, poz. 25).
- Rozporządzenie Ministra Pracy, Płac i Spraw Socjalnych z dnia 24.11.1983 r., zmieniającym rozporządzenie w sprawie wykonania ustawy o ubezpieczeniu społecznym rzemieślników i niektórych innych osób prowadzących działalność zarobkową na własny rachunek oraz ich rodzin (Dz.U. z 1983 r. Nr 66, poz. 300).
- Rozporządzeniu Przewodniczącego Komitetu Pracy i Płac z dnia 24.06.1965 r. w sprawie podstawy wymiaru rent i wysokości składek na ubezpieczenie społeczne rzemieślników (Dz.U. z 1965 r. Nr 27, poz. 180).
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 29.01.1990 r. w sprawie wysokości i podstawy wymiaru składek na ubezpieczenie społeczne, zgłaszania do ubezpieczenia społecznego oraz rozliczania składek i świadczeń z ubezpieczenia społecznego (Dz.U. z 1990 r. Nr 7, poz. 41).

SPIS TREŚCI

<i>Waldemar Gontarski</i> , Nowy system warunkowości w prawie Unii Europejskiej	5
– New System of Conditionality in the European Union Law	5
<i>Małgorzata Niewiadomska-Cudak</i> , Ewolucja regulacji prawnych dotyczących obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej oraz jej praktyczne zastosowanie na przykładzie projektów uchwałodawczych zaproponowanych przez mieszkańców Łodzi.....	47
– The Evolution of Civil Legislative Initiative Legal Regulation and Its Practical Purpose Based on Citizens of Łódź Draft of Resolution Projects	47
<i>Jan Okoński</i> , Przeszkody prawne w komunikacji medycznej	73
– Legal Obstacles in Medical Communication	73
<i>Adam Drozdek</i> , Kod CN – istota i znaczenie a wiążąca informacja akcyzowa (problemy interpretacyjne)	87
– CN Code as a Legal and Tax Standard.....	87
<i>Angela Cossiri</i> , The Governance of COVID-19 Pandemic Health Emergency in Italy: A Constitutional Perspective	101
– Zarządzanie stanem zagrożenia zdrowia w czasie pandemii COVID-19 we Włoszech: perspektywa konstytucyjna	101
<i>Kamila Kozień</i> , Traktowanie pandemii wywołanej chorobą COVID-19 jako siły wyższej w kontekście zobowiązań umownych oraz biegu terminu przedawnienia w polskim prawie cywilnym.....	111
– COVID-19 as a Force Majeure in the Context of Contractual Obligations	111
<i>Łucja Kobroń-Gąsiorowska</i> , Censorship and Whistleblowing in a Workplace: Selected Issues.....	131
– Cenzura i sygnaliści w miejscu pracy: wybrane zagadnienia.....	131
<i>Michalina Barylska, Magdalena Deka</i> , Możliwość wykorzystania klauzuli <i>rebus sic stantibus</i> dla ochrony stron stosunków zobowiązaniowych dotkniętych skutkami pandemii wirusa SARS-CoV-2.....	143
– Possibility of Using <i>Rebus Sic Stantibus</i> Clause for the Protection of Parties of Contractual Relations Affected by the Effects of SARS-CoV-2	143
<i>Jędrzej Janicki</i> , O pewnych podobieństwach i zasadniczej różnicy w interpretowaniu tekstów prawnych oraz literackich	157
– On Certain Similarities and a Fundamental Difference in the Interpretation of Legal and Literary Texts	157
<i>Anna Fijałkowska</i> , Problem strony podmiotowej przestępstwa znęcania się nad zwierzętami na gruncie ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt.....	169
– The Problem of the Subjective Side of the Crime of Killing and Abusing Animals Under the Act of August 21, 1997 on the Protection of Animals.....	169
<i>Agata Dąbrowska</i> , Rola filozofii prawa w podejmowaniu decyzji sędziowskiej – rozważania w oparciu o filozofię Gustava Radbrucha	183
– The Importance of the Philosophy of Law in Judicial Decision – Considerations Based on the Philosophy of Gustav Radbruch	183

<i>Emil Śliwiński</i> , Administratywizacja karania.....	199
– Administrativisation of Punishment.....	199
<i>Donatas Murauskas</i> , Predictive Analytics in Crime Prevention and the European Convention on Human Rights: Tackling Risks in Privacy and Fair Trial Frameworks.....	225
– Analiza predykcyjna w zapobieganiu przestępczości i Europejska Konwencja Praw Człowieka.....	225
<i>Tomasz Grzybowski</i> , Trzy poziomy zamknięcia argumentacji prawniczej.....	251
– Three Levels of Conclusiveness of Legal Argumentation.....	251
<i>Lena Fijałkowska</i> , Some Remarks on Change and Innovation in Ancient Near Eastern Customary Law.....	263
– Kilka uwag o sposobach zmiany prawa zwyczajowego na starożytnym Bliskim Wschodzie.....	263
<i>Marcin Krajewski</i> , Optymalizacja podstawy wymiaru składki na ubezpieczenie społeczne osób prowadzących pozarolniczą działalność gospodarczą.....	279
– The Optimization of the Basis for the Social Insurance Contribution Rates for Individuals Operating a Business Enterprise on their own Pursuant to Provisions Applicable to Business Activities.....	279