

Nr 2/2018

Czasopismo naukowe

**Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego
w Olsztynie**

K

P

P

**Kortowski
Przegląd
Prawniczy**

REDAKCJA

Redaktor Naczelny: dr Magda Dziembowska
Zastępca Redaktora Naczelnego: dr Adrianna Szczechowicz
Zastępca Redaktora Naczelnego: dr Agata Opalska - Kasprzak
Redaktor Techniczny: mgr Łukasz Cichowicz
Członek Redakcji: mgr Karolina Rzeczkowska
Członek Redakcji: mgr Marta Piątek
Członek Redakcji: Elżbieta Roszkowska
Członek Redakcji: Aleksandra Kojadyńska

ADRES REDAKCJI

ul. Oczapowskiego 12B
10-719 Olsztyn
www.uwm.edu.pl/kpp
adres e-mail: kpp.uwmwpia@gmail.com

RADA NAUKOWA

prof. dr hab. Jerzy Kasprzak
prof. dr hab. Wiesław Pływaczewski
dr hab. Mariola Lemonnier
prof. UWM dr hab. Maria Szczepaniec, prof. UKSW
prof. JUDr. Jozef Čentěš, PhD.
prof. Edward Burda
PhD. Anna Schneiderová
JUDr. Kamila Bubelová, Ph.D.
dr Norbert Malec

PROJEKT OKŁADKI

Redakcja

SKŁAD I ŁAMANIE

mgr Marta Piątek

ISSN: 2300-4673

OLSZTYN 2018

SPIS TREŚCI

Myśl prawnicza

Karolina Szczecińska-Przybulek

Problematyka znęcania się nad zwierzętami ze szczególnym uwzględnieniem kar i środków karnych orzekanych wobec sprawców1

Tomasz Guzik

Etyka ekonomicznej analizy prawa7

Piotr Herman

Uczelnia Publiczna jako jednostka sektora finansów publicznych13

Amanda Kowalewska, Julita Anna Konopka

Pranie brudnych pieniędzy18

Paulina Belowska

Instytucja przeszukania w wypadkach niecierpiących zwłoki24

Anna Kledyńska

Legal liability for abusing the right to criticize public officials29

Roksana Wszolek

Czy instytucja oskarżyciela prywatnego w procesie karnym ma sens? Rozważania nad materialnym i procesowym prawem karnym34

Monika Danielak

Wymiar sprawiedliwości w ujęciu administracyjnym40

Katarzyna Dobkowska

Dyplomatyczne metody rozwiązywania sporów międzynarodowych47

Adam Rzeczkowski

Recepcja prawa francuskiego w Księstwie Warszawskim53

Aleksandra Kojadyńska

Przeszukanie osoby57

Aleksandra Kojadyńska

Nadużycie uprawnień i ochrona prawna funkcjonariusza publicznego61

Fabian Kowalski

Istota franchisingu jako modelu rozwoju przedsiębiorstwa67

Fabian Kowalski

Ustawowe warunki tworzenia i funkcjonowania banków74

Glosy

Anna Chodorowska, Łukasz Szumkowski

Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Świdnicy, IV Wydział Karny Odwoławczy, z dnia 2 sierpnia 2016 r., sygn. Akt IV Ka 505/1679

Katarzyna Jerka

Sądowa realizacja praw określonych przepisami o ochronie lokatorów w toku egzekucji na podstawie postanowienia o przysądzeniu własności81

Informacje o autorach86

PROBLEMATYKA ZNECANIA SIĘ NAD ZWIERZĘTAMI ZE SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNIENIEM KAR I ŚRODKÓW KARNYCH ORZĘKANYCH WOBEC SPRAWCÓW

1. Wstęp

„Zwierzę, jako istota żyjąca, zdolna do odczuwania cierpienia, nie jest rzeczą. Człowiek jest mu winien poszanowanie, ochronę i opiekę”. Już w art. 1 Ustawy o ochronie zwierząt¹, prawodawca podkreśla pożądany stosunek człowieka do zwierzęcia. Wskazuje na zwierzę jako podmiot występujący wśród ludzi, mający prawo do życia. Na przestrzeni ostatnich lat coraz częściej jednak media informują o okrutnych przypadkach znęcania się nad zwierzętami. Problematyka tego zagadnienia budzi coraz większe kontrowersje, zarówno pod względem moralnym, jak i prawnym. Jednakże prawnokarna ochrona zwierząt zaczyna mieć coraz większe znaczenie. Wzrastająca świadomość związana z prawami człowieka, jak również ewolucja prawa ochrony środowiska, wiąże się niewątpliwie z intensywnym rozwojem zagadnienia praw zwierząt². Ustawodawca po raz kolejny podejmuje nowelizację obecnej treści ustawy³ oraz wskazuje potrzebę większej ochrony zwierząt w Polsce.

Celem niniejszego opracowania jest zwrócenie uwagi na znikomą dolegliwość kar obecnie orzekanych wobec sprawców przestępstw wobec zwierząt, a ponadto przedstawienie postulatów de lege ferenda, zwiększających wymiar i dolegliwość kar i środków karnych.

2. Regulacje prawne dotyczące znęcania się nad zwierzętami

Pojęcie znęcania się nad zwierzętami wprowadzone zostało do polskiego porządku prawnego Rozporządzeniem Prezydenta z 1928 r.⁴.

Prawodawca w Ustawie o ochronie zwierząt z 21 sierpnia 1997 r. w art. 6 ust. 2, wymienia w sposób nieenumeratywny czynności rozumiane jako znęcanie się nad zwierzętami. Ponadto definiuje przestępstwo to, jako: „zadawanie albo świadome dopuszczanie do zadawania bólu lub cierpienia”. Odpowiedzialność karną ponosi zatem nie tylko osoba, która osobiście zadaje ból lub cierpienie zwierzęciu, ale również ten, kto świadomie do tego dopuszcza. Sąd Najwyższy tłumaczy, iż „dopuszczanie polega w praktyce na nie przeciwdziałaniu, czyli przyzwoleniu i jest świadome, gdy sprawca zdaje sobie sprawę z następstw swego zachowania się, czyli że inna osoba zachowa się w jakikolwiek sposób wskazany w ust. 2 art. 6”⁵. Należy zauważyć, iż przedstawiona definicja zbieżna jest z zagadnieniem znęcania się na gruncie art. 207 (tj. znęcanie się nad osobą najbliższą) Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 1997 nr 88 poz. 553 z późn. zm.⁶.

Występek znęcania się nad zwierzętami jest przestępstwem powszechnym. Może być popełnione zarówno w postaci działania (np. bicie zwierzęcia), jak i zaniechania (np. niedostarczenie zwierzęciu pożywienia)⁷. Sąd Najwyższy przedstawia ponadto stanowisko, iż przestępstwo to może być popełnione tylko umyślnie i to wyłącznie z zamiarem bezpośrednim. Zamiar odnosi się więc do samej czynności sprawczej, a nie do spowodowania cierpienia lub bólu⁸. Sąd Najwyższy niniejszą tezę zaleca zatem posiłkowe stosowanie przepisów karnych, czyli art. 207 K.K.⁹. Należy zauważyć, że skoro ustawodawca posługuje się określeniem „znęcanie się”, zarówno w odniesieniu do osoby najbliższej, jak i zwierząt, to są to sytuacje tożsame. W doktrynie przyjęto zatem, iż przy interpretacji przepisów Ustawy o ochronie zwierząt, posługiwać się należy analogicznie orzecznictwem dotyczącym art. 207 K.K.¹⁰.

¹ Ustawa o ochronie zwierząt z dnia 21 sierpnia 1997 r., Dz.U.2017.1840 z późn. zm., art.1.

² T. Kortowski, *Wyzwolenie prawa – prawność i prawa ochrony zwierząt*, [w:] (red.) T. Gardocka, A. Gruszczyńska, *Status zwierzęcia. Zagadnienia filozoficzne i prawne*, Toruń 2012 r., s. 129.

³ Patrz więcej: Druk nr 1509, Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie zwierząt oraz ustawy - Kodeks karny, Warszawa, 19 kwietnia 2017 r.

⁴ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 22 marca 1928 r. o ochronie zwierząt, Dz.U. 1928 Nr 36, poz. 332.

⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 2009, V KK 187/09, LEX nr 553896.

⁶ Zwany dalej: K.K.

⁷ L. Drwęski, *Ocena skuteczności ścigania przestępstw związanych z ochroną zwierząt – obraz statystyczny*, [w:] (red.) T. Gardocka, A. Gruszczyńska, *Status zwierzęcia. Zagadnienia filozoficzne i prawne*, Toruń 2012 r., s. 234.

⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 2009, V KK 187/09, LEX nr 553896.

⁹ Raport o problemie bezdomnych zwierząt, <http://www.boz.org.pl/raport/2016/>, dostęp 10.12.2017 r.

¹⁰ Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 22 czerwca 2006 r., II AKa 199/06, LEX nr 196090, przedstawił pogląd, iż możliwa jest kumulatywna kwalifikacja przepisu art. 207 k.k. i art. 35 ust. 1 ustawy o ochronie zwierząt. Sytuacja zabicia zwierzęcia należącego do dzieci, w celu psychicznego znęcania się nad członkami rodziny wyczerpuje bowiem znamiona przestępstwa znęcania się określonego w art. 207 k.k. i jednocześnie wypełniła znamiona przestępstwa określonego w art. 35 ust. 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt.

W kwestii zamiaru popełnienia występku znęcania się, powstają poważne wątpliwości co do strony podmiotowej przestępstwa. Odrębne stanowisko wskazuje, iż przestępstwo może być popełnione zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Sprawca, mając bezpośrednio na celu inny skutek, może bowiem jednocześnie godzić się na sprawienie zwierzęciu cierpienia¹¹. Zdania na temat powziętego zamiaru podzielone są również w orzecznictwie. Należy zatem przyrzeć się stanowiskom Sądów, na podstawie art. 207 K.K. Przykładowo, Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21 października 1999 r. stwierdził, iż określenie „znęca się” wskazuje na szczególne nastawienie sprawcy (czyli zamiar bezpośredni)¹². Zupełnie odrębne stanowisko przedstawia zaś Sąd Najwyższy w uchwale Izby Karnej z dnia 6 września 1976 r. Stwierdza bowiem, iż sprawca dążąc do innego celu, jednocześnie godzi się na wyrządzenie cierpień¹³. Osobiście przychylam się do stanowiska wskazującego na możliwość popełnienia omawianego przestępstwa z zamiarem ewentualnym. Patrząc przez pryzmat tak odmiennych poglądów Sądów, należy wskazać, jak słusznie stwierdza M. Gabriel - Węgrowski, iż przestępstwo znęcania się nie powinno być definiowane w sposób subiektywny (w przypadku znęcania się nad zwierzętami – z punktu widzenia sprawcy). Zamiarem głównym nie musi być bowiem rzeczywiste wywołanie dolegliwości u ofiary¹⁴.

Istotnym aspektem jest określenie woli sprawcy. Jak stwierdza w uzasadnieniu wyroku Sąd Okręgowy w Kielcach: „zła wola jest konieczna do przypisania odpowiedzialności za przestępstwo znęcania się opisane w art. 35 ust. 1a ustawy o ochronie zwierząt.”¹⁵.

Należy również zwrócić uwagę na fakt, iż występki znęcania się nad zwierzęciem nie zawsze skutkuje jego śmiercią. Śmierć nie jest zatem znamieną dla przestępstwa znęcania się, może stać się natomiast okolicznością obciążającą przy wymiarze kary. Badanie związku przyczynowego między działaniem sprawcy, a śmiercią zwierzęcia jest zatem bezcelowe, by stwierdzić oczywistą bezzasadność wniosku o wznowienie postępowania w tym przedmiocie. Nawet wykluczenie tego nie spowoduje uniewinnienia skazanego za przypisane mu znęcanie¹⁶.

W ogromnej większości spraw to właściciel zwierzęcia jest sprawcą znęcania się nad nim. Kto zatem w takim przypadku wstępuje w rolę obrońcy praw zwierzęcia? Kwestię tę wyjaśnia w wyroku Sąd Najwyższy:

„Pokrzywdzonym (...) jest właściciel lub posiadacz zwierzęcia, a jeśli nie działa pokrzywdzony (z uwagi na to, iż właściciel lub posiadacz zwierzęcia jest oskarżony o znęcanie nad zwierzęciem) prawa pokrzywdzonego może wykonywać organizacja społeczna, której celem statutowym jest ochrona zwierząt.”¹⁷. Procedura karna wyklucza kumulację ról pokrzywdzonego i oskarżonego w postępowaniu co do tego samego czynu. Właściciel pozbawia się zatem możliwości działania w charakterze pokrzywdzonego, jeżeli sam znęca się nad zwierzęciem¹⁸.

W związku z tak istotną rolą organizacji społecznych, zwrócono się do nich w kwestii zaopiniowania zmian, które mają zostać wprowadzone do obecnie obowiązującej ustawy. Przy tworzeniu projektu wzięto pod uwagę m.in. liczne sugestie organizacji pozarządowych¹⁹.

3. Kary i środki karne orzekane wobec sprawców

Przepisy karne dotyczące przestępstwa znęcania się nad zwierzętami były już wielokrotnie nowelizowane. Istotne zmiany zaszły jednak dopiero w 2011 r., kiedy to rozgraniczono przestępstwo zabijania oraz znęcania się nad zwierzętami na dwa odrębne typy²⁰.

W obecnym stanie prawnym przestępstwo znęcania się nad zwierzętami w typie podstawowym zagrożone jest alternatywnie: karą grzywny, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2²¹. Należy zwrócić uwagę, iż jednym z postulowanych rozwiązań prawnych projektu ustawy jest całkowite wykreślenie kary grzywny oraz kary ograniczenia wolności. Założono, iż doprowadzi to do orzekania większej ilości kar pozbawienia wolności. W latach 2012–2014 kara grzywny była zasądzana średnio w 25% spraw, co przemawia za zbyt częstym stosowaniem tej kary²². W mojej ocenie należy postulować o zasądzanie kary grzywny o znacznym stopniu dolegliwości, która zaspokajałaby poczucie społecznej sprawiedliwości. Nie wydaje się bowiem, by grzywna w wysokości 100 zł (orzeczona obok kary pozbawienia

¹¹ L. Drwęski, *Ocena skuteczności ścigania przestępstw związanych z ochroną zwierząt – obraz statystyczny*, [w:] (red.) T. Gardocka, A. Gruszczyńska, *Status zwierzęcia. Zagadnienia filozoficzne i prawne*, Toruń 2012 r. s. 234–235.

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 października 1999 r., sygn. V KKN 580/97, LEX nr 846111

¹³ Uchwała Izby Karnej Sądu Najwyższego z dnia 6 września 1976 r., sygn. VI KZP 13/75, OSNKW 1976/7-8/86.

¹⁴ M. Gabriel-Węglowski, *Przestępstwa przeciwko humanitarnej ochronie zwierząt*, Toruń 2008 r., s. 102.

¹⁵ Wyrok Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 21 października 2013 r., IX Ka 921/13, LEX nr 1717788.

¹⁶ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 8 września 2011 r., II AKo 36/11, LEX nr 1099575.

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Karnej z dnia 17 września 2014 r., III KK 73/14, Legalis.

¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2014 r., V KK 370/13, OSNKW 2014/5/42

¹⁹ M. Dmochowska, *Ministerstwo Sprawiedliwości przeciw bestialskiemu traktowaniu zwierząt*, <https://www.ms.gov.pl/pl/informacje/news,8402,ministerstwo-sprawiedliwosci-przeciw.html>, dostęp 10.12.2017 r.

²⁰ W. Radecki, *Ustawy o ochronie zwierząt. Komentarz*, Warszawa 2015 r., s. 212–213.

²¹ Ustawa o ochronie zwierząt z dnia 21 sierpnia 1997 r., Dz.U.2017.1840 z późn. zm., art. 35 ust. 1, 1a.

²² Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie zwierząt oraz ustawy - Kodeks karny., <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/64DF84DB7D37519FC12581080055E079/%24File/1509.pdf>, dostęp 10.12.2017 r.

wolności z warunkowym zawieszeniem), była adekwatna do przestępstwa uśmiercenie kota ze szczególnym okrucieństwem na skutek wielokrotnego uderzania go kijem²³. Należy się również zastanowić, czy usunięcie kary ograniczenia wolności odniesie pożądaný skutek w postaci resocjalizacji sprawcy. Uważam, że w niektórych przypadkach zamiast iluzorycznej kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem, lepszym rozwiązaniem byłoby orzeczenie kary nieizolacyjnej w postaci nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne, tj. na rzecz zwierząt. Co więcej, taki rodzaj kary jest niewątpliwie bardziej odczuwalną formą sankcji, niż warunkowe zawieszanie jej wykonania na okres próby.

Projektodawca zakłada również podniesienie górnej granicy kary pozbawienia wolności z 2, do 3 lat. Argumentuje to, słusznie, nieadekwatnością zagrożenia w stosunku do innych przestępstw, w których przedmiotem czynu zabronionego może być zwierzę²⁴.

Ustawodawca wymienia również typ kwalifikowany przestępstwa. Jeżeli sprawca czynu działa zatem ze szczególnym okrucieństwem, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3²⁵.

Zakwalifikowanie znęcania się jako „szczególne okrucieństwo” sprawia jednak wiele trudności. Samo bowiem określenie „znęcania się” ma charakter pejoratywny. Kluczową rolę odgrywa tu słowo „szczególne”, wskazując na natężenie podejmowanych działań²⁶. Orzecznictwo i doktryna nie wypracowały dotychczas definicji, czy też uogólnienia o charakterze uniwersalnym znęcania ze szczególnym okrucieństwem. Jak stwierdza w wyroku Sąd Apelacyjny w Lublinie, byłoby to niemożliwe, jak i niecelowe; zawęziłoby to bowiem kryteria oceny zachowań, których nie da się przewidzieć. Wypracowane orzecznictwo jak i doktryna, może zatem jedynie wspomóc interpretację konkretnego przypadku²⁷. W doktrynie przyjęto natomiast, iż aby mówić o okrucieństwie, należy poddać analizie i ocenie intensywność cierpienia zwierzęcia; jest to zatem kategoria przedmiotowa²⁸.

Jak wynika z danych statystycznych udostępnionych przez Ministerstwo Sprawiedliwości, liczba prawomocnie skazanych osób dorosłych z art. 35 ust. 2 Ustawy o ochronie zwierząt, mimo kilkukrotnej nowelizacji nie maleje. W związku z tym, w przedłożonym projekcie, zaproponowano wzrost wymiaru kary z 3, do lat 5 pozbawienia wolności²⁹. W obecnym stanie prawnym zagrożenie karą do 3 lat pozbawienia wolności jest niewątpliwie zbyt niskie. Istnieje bowiem szereg regulacji prawnych, w których to sam czyn przestępny wydaje się mniej dolegliwy, a zagrożony jest postulowanym wymiarem kary, tj. do 5 lat pozbawienia wolności³⁰.

W tym miejscu należy poddać analizie wymiary kar realnie orzekanych wobec sprawców. Informacja statystyczna Ministerstwa Sprawiedliwości ewidentnie wskazuje problem znikomej dolegliwości kar. Aby zobrazować tenże problem, należy tytułem przykładu przywołać prawomocnie zakończone sprawy.

W jednej z analizowanych spraw oskarżeni znęcali się nad psem działając ze szczególnym okrucieństwem w ten sposób, iż po wcześniejszym skrupowaniu przewodem elektrycznym przednich i tylnych kończyn, wrzucili go do rzeki powodując jego śmierć prze utopienie. W tym przypadku orzeczono karę 10 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem na okres próby 3 lat, nawiązkę w wysokości 700 zł oraz zwolnienie od kosztów sądowych³¹.

W kolejnej ze spraw, oskarżony uderzając sztachtetą w kręgosłup swojego psa spowodował u niego szereg nieodwracalnych obrażeń, m.in. przerwanie rdzenia kręgowego, które wywołało dysfunkcję ośrodka krążenia i oddychania, co doprowadziło do śmierci zwierzęcia. Orzeczono karę 6 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem na okres próby 2 lat, 300 zł na rzecz instytucji zajmującej się ochroną zwierząt oraz zwolnienie od kosztów sądowych, w tym opłat³².

Są to tylko dwa, z ogromnej ilości przykładów stosowania fikcyjnej kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem. Co zaskakujące, sądy bywają niezwykle łaskawe nawet w przypadku orzekania kary łącznej za dwa przestępstwa. W jednej ze spraw, sprawca znęcał się ze szczególnym okrucieństwem nad psem poprzez umyślne zranienie zwierzęcia, polegające na wbiciu bezpośrednio w ciało psa haka-klamry, do którego doczepiono następnie łańcuch i utrzymywanie psa w takim stanie. Sprawca znęcał się również nad drugim psem ze szczególnym okrucieństwem, doprowadzając go do skrajnego wygłodzenia oraz jednocześnie trzymając na zbyt ciasnej uwięzi utrudniającej ruch i w warunkach zagrażających jego życiu i zdrowiu. Karą łączną za dwa przestępstwa było 8 miesięcy pozbawienia

²³ Wyrok Sądu Rejonowego w Głogowie z dnia 1 lutego 2013 r., sygn. akt II K 2052/12.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Ustawa o ochronie zwierząt z dnia 21 sierpnia 1997 r., Dz.U.2017.1840 z późn. zm., art. 35 ust. 1,1a,2.

²⁶ M. Gabriel-Węglowski, *Przestępstwa przeciwko humanitarnej ochronie zwierząt*, Toruń 2008 r., s. 105.

²⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 12 czerwca 2001 r., II Aka 102/01, Legalis.

²⁸ M. Bojarski, W. Radecki, *Przewodnik po pozakodeksowym prawie karnym*, Wrocław 1999 r., s. 181.

²⁹ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie zwierząt oraz ustawy - Kodeks karny., <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/O/64DF84DB7D37519FC12581080055E079/%24File/1509.pdf>, dostęp 10.12.2017 r.

³⁰ Przykładem może być art. 53 ustawy z dnia 13 października 1995 r. Prawo łowieckie (Dz.U. 1995 nr 147 poz. 713 z późn. zm.), tj. wchodzenie w posiadanie zwierzętyny za pomocą niedozwolonych środków.

³¹ Wyrok Sądu Rejonowego w Kaliszu II Wydział Karny z dnia 2 sierpnia 2012 r., sygn. akt II K 89/12.

³² Wyrok Sądu Rejonowego w Brzegu II Wydział Karny z dnia 15 października 2014r., sygn. akt II K 485/14.

wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania kary na okres próby 2 lat, 1000 zł nawiązki na cel związany z ochroną zwierząt oraz zwolnienie od kosztów sądowych i opłaty³³.

Należy postawić pytanie, jakie zachowanie według Sądu zasługuje zatem na miano znęcania się ze szczególnym okrucieństwem, skoro w tak drastycznych przypadkach nie wymierza kary nawet zbliżonej do górnej granicy ustawowego zagrożenia? Uważam, że szczególna stygmatyzacja należy się sprawcom działającym w wyżej wymieniony sposób. Przedstawione wymiary kary, w mojej ocenie, w żaden sposób nie odstraszą potencjalnego sprawcy od popełnienia omawianego przestępstwa.

Należy zaznaczyć, iż kary orzekane za przestępstwa znęcania się nad zwierzętami w znacznym stopniu zależą od obowiązującej filozofii karania. Znowelizowane w 2015 r. przepisy wskazują na upowszechnienie kar nieizolacyjnych. Celem zmian było zatem zminimalizowanie orzekania kar z warunkowym zawieszeniem na okres próby³⁴.

Sąd oprócz omówionych kar, w związku z dokonaniem przestępstwa znęcania się nad zwierzętami, może orzec również środki karne. W przypadku zatem, gdy sprawca jest właścicielem zwierzęcia, w razie skazania za przestępstwo znęcania, sąd obligatoryjnie orzeka jego przepadek. Jeżeli natomiast doszło do przestępstwa zabicia zwierzęcia oczywistym jest, iż nie można orzec jego przepadku; istnieje wtedy możliwość orzeczenia przepadku przedmiotów pochodzących z przestępstwa³⁵. W razie skazania za znęcanie ze szczególnym okrucieństwem, sąd orzeka tytułem środka karnego zakaz posiadania zwierząt od roku do lat 10. Fakultatywnie zaś sąd orzeka ten sam środek karny w razie skazania za przestępstwo w typie podstawowym³⁶. W praktyce tenże środek karny jest orzekany jednak stosunkowo rzadko³⁷. Zakaz posiadania zwierzęcia powinien być, w mojej opinii, orzekany obligatoryjnie w przypadku skazania zarówno w typie kwalifikowanym, jak i podstawowym. Jak wspomniano wcześniej, ocena, czy doszło do znęcania się ze szczególnym okrucieństwem charakteryzuje się subiektywizmem. Duża liczba zachowań przestępnych nie jest interpretowana przez Sąd jako działanie ze szczególnym okrucieństwem, w ocenie zaś społeczeństwa, owszem.

Sąd może orzec również zakaz wykonywania określonego zawodu, prowadzenia określonej działalności lub wykonywania czynności wymagających zezwolenia, które są związane z wykorzystywaniem zwierząt lub oddziaływaniem na nie (np. weterynarz). Projekt ustawy zakłada natomiast wprowadzenie obligatoryjnego orzekania w.w. zakazu w przypadku działania ze szczególnym okrucieństwem oraz wydłużenie zakazu posiadania zwierząt z 10, do 15 lat³⁸. Zabieg ten wydaje się słuszny, ze względu na przepisy Kodeksu karnego. W takim stanie prawnym projektodawca sugeruje, by posiłkować się konstrukcją art. 41 K.K.³⁹.

Ustawodawca przewiduje również wspomnianą już możliwość zasądzenia przepadku narzędzi lub przedmiotów służących do popełnienia przestępstwa oraz przedmiotów pochodzących z przestępstwa⁴⁰. W obecnym stanie prawnym przypadkowi podlegają tylko przedmioty będące własnością sprawcy (jeżeli jednak nie stanowią własności sprawcy, przepadek można orzec tylko w wypadkach wskazanych w ustawie)⁴¹. Projektodawca zakłada ponowne uregulowanie instytucji przepadku. Jednym jednak zastrzeżeniem dotyczącym nowego brzmienia przepisu jest warunek, iż właściciel rzeczy, który nie jest sprawcą przestępstwa przewidywał lub powinien i mógł przewidzieć, że mogą one zostać użyte do popełnienia przestępstwa⁴².

Istnieje również możliwość zasądzenia środka kompensacyjnego w postaci nawiązki. Sąd fakultatywnie orzeka nawiązkę w wysokości od 500 zł do 100.000 zł na cel związany z ochroną zwierząt⁴³. W kwestii czasu, na jaki sąd może orzec wspomniany powyżej zakaz, należy wskazać na przepisy Kodeksu karnego, tj. od roku do 15 lat⁴⁴. W rządowym projekcie ustawy założono podniesienie dolnej granicy wysokości nawiązki, tj. od 1000 zł., a ponadto wskazano obowiązek obligatoryjnego orzekania tego środka karnego⁴⁵. Jest to niewątpliwie niezbędna zmiana. Charakter represyjny jak i kompensacyjny nawiązki z pewnością cechuje się dolegliwością dla sprawcy. Nawiązka orzeczone w wysokiej kwocie może bowiem stanowić o wiele bardziej odczuwalną sankcję, niż zasądzona kara pozbawienia wolności (jak już

³³ Wyrok Sądu Rejonowego w Kaliszu z dnia 26 stycznia 2012 r., sygn. akt VII K 610/11.

³⁴ P. Kardas, J. Giezek, *Nowa filozofia karania, czyli o założeniach i zasadniczych elementach nowelizacji kodeksu karnego*, Palestra 7-8, 2015 r., s. 17.

³⁵ W. Radecki, *Ustawy: o ochronie zwierząt, o doświadczeniach na zwierzętach*, Warszawa 2007 r., s. 170.

³⁶ Ustawa o ochronie zwierząt z dnia 21 sierpnia 1997 r., Dz.U.2017.1840 z późn. zm., art. 35 ust. 3, 3a.

³⁷ D. Karaś, *„Jak Polacy znęcają się nad zwierzętami? Raport z monitoringu sądów, prokuratur i policji”*, Kraków-Wrocław 2016 r.

³⁸ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie zwierząt oraz ustawy - Kodeks karny., <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/64DF84DB7D37519FC12581080055E079/%24File/1509.pdf>, dostęp 10.12.2017 r.

³⁹ Art. 41 K.K. reguluje kwestie zakazu zajmowania określonego stanowiska albo wykonywania określonego zawodu.

⁴⁰ Ustawa o ochronie zwierząt z dnia 21 sierpnia 1997 r., Dz.U.2017.1840 z późn. zm., art. 35 ust. 4.

⁴¹ M. Kulik, Art. 44, *Przepadek przedmiotów. Przesłanki orzekania*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, System Informacji Prawnej LEX, 2017 r.

⁴² Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie zwierząt oraz ustawy - Kodeks karny., <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/64DF84DB7D37519FC12581080055E079/%24File/1509.pdf>, dostęp 10.12.2017 r.

⁴³ Ustawa o ochronie zwierząt z dnia 21 sierpnia 1997 r., Dz.U.2017.1840 z późn. zm., art. 35 ust. 5.

⁴⁴ Ustawa Kodeks karny z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, Dz.U. 1997 nr 88 poz. 553 z późn. zm., art. 43.

⁴⁵ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie zwierząt oraz ustawy - Kodeks karny., <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/64DF84DB7D37519FC12581080055E079/%24File/1509.pdf>, dostęp 10.12.2017 r.

wspomniano, w znacznej ilości kary pozbawienia wolności orzekane są z warunkowym zawieszeniem na okres próby). Ponadto dostępne środki pieniężne umożliwią szersze działania organizacjom broniącym praw zwierząt.

Zgodnie z danymi statystycznymi Ministerstwa Sprawiedliwości, nawiązka orzekana jest w ok. 39% skazań, a 88% orzeczonych nawiązek nie przekracza 1000 zł. Kwoty orzekane tytułem nawiązki nie są wysokie. W latach 2011-2015, jedynie w 3 przypadkach orzeczono nawiązki, których kwota zawierała się w przedziale od 5000 zł do 20000 zł.

Wysokość nawiązki często jest niewspółmiernie niska do szkodliwości danego przestępstwa. Mimo bestialskiego czynu zasądzona nawiązka, to często kwota najniższa z możliwych. Przykładowo, w jednej ze spraw, oskarżony znęcał się nad będącymi jego własnością sześcioma szczeniętami w ten sposób, że wrzucił je do stojącej na podwórku ogólnodostępnej ubikacji, w wyniku czego dwa szczenięta poniosły śmierć. Sprawca został skazany na 3 miesiące pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania kary na okres próby 3 lat, dodatkowo zasądzono 500 zł nawiązki na cel związany z ochroną zwierząt oraz zwolnienie od kosztów sądowych i opłaty⁴⁶.

Fundacja Czarna Owca Pana Kota i Stowarzyszenie Ochrony Zwierząt EKOSTRAŻ w 2016 r. dokonały analizy 147 losowo wybranych wyroków dotyczących przestępczości wobec zwierząt. W związku z przeprowadzonymi badaniami wydano specjalny raport z monitoringu⁴⁷. Fundacja przeprowadziła analizę karalności sprawców w latach 2012-2014, a wyniki monitoringu obrazują ogólną tendencję orzekanych kar i środków karnych⁴⁸. Procentowe zestawienie wyników badań, umożliwia końcowe wnioskowanie na temat dolegliwości kar wobec sprawców przestępstw przeciwko zwierzętom. Najczęstszą karą orzekaną wobec sprawców jest pozbawienie wolności z warunkowym zawieszeniem. Spośród środków karnych najczęściej orzeka się zaś nawiązkę⁴⁹.

Ministerstwo Sprawiedliwości opublikowało Raport o stanie bezpieczeństwa w Polsce za 2016 r. Zgodnie z danymi zawartymi w raporcie można stwierdzić, że liczba przestępstw przeciwko zwierzętom nie maleje⁵⁰. Wnioskować należy, iż dotychczasowe nowelizacje nie dały pożądanego efektu w postaci skutecznego zmniejszenia liczby przestępstw. Wprowadzenie zmian w obecnym stanie prawnym jest zatem w pełni zasadne.

4. Zakończenie

Przestępczość wobec zwierząt, mimo wzrostu świadomości i empatii społeczeństwa jest coraz częściej występującym zjawiskiem. Jak można zauważyć, sędziowie niejednokrotnie wykazują się niebywałą i niezrozumiałą łagodnością wobec sprawców. Nawet w przypadku skazania za popełnienie dwóch przestępstw ze szczególnym okrucieństwem, kara w postaci warunkowego zawieszenia pozostawia wiele do życzenia⁵¹. Co więcej, kara bezwzględnego pozbawienia wolności orzekana jest jedynie jako wyjątek od reguły jej nieorzekania⁵². Należy zadać sobie jednak pytanie, czy osoba, która w wyjątkowo okrutny sposób znęca się nad zwierzęciem towarzyszącym mu w codziennym życiu, nie stanowi zagrożenia względem społeczeństwa?⁵³

Środki prawne dostępne w obecnie obowiązującej ustawie są niestety w dużej części niewłaściwie stosowane oraz interpretowane⁵⁴. Obecnie wysokość kar pozbawienia wolności, które mogą zostać orzeczone za przewidziane w Ustawie o ochronie zwierząt przestępstwa, jest stosunkowo niewielka. Wymiar kary za przestępstwo w typie podstawowym, odpowiada np. karze pozbawienia wolności za prowadzenie pojazdu w sytuacji cofnięcia uprawnień. Samo podwyższenie wysokości kar nie da jednak pożądanego efektu, w postaci bardziej dolegliwych sankcji wobec sprawcy. To wymiar sprawiedliwości winien jest uświadomić społeczeństwu, iż w Polsce brak jest przyzwolenia na tak bestialskie traktowanie zwierząt.

Wiceminister Sprawiedliwości Patryk Jaki w jasny sposób określa cel nowelizacji Ustawy o ochronie zwierząt: „Jesteśmy przekonani, że tego typu zmiana spowoduje, że mniej będziemy słyszeli wyroków w zawieszeniu bądź małych grzywn, które nie mają żadnego oddziaływania prewencyjnego. Wprost przeciwnie, niektórzy mówią, że prowokują do popełnienia kolejnego przestępstwa na zwierzęciu”⁵⁵. Działania legislacyjne podjęte w kierunku zmiany

⁴⁶ Wyrok Sądu Rejonowego w Bielsku Podlaskim, Wydział Zamiejscowy w Hajnówce z dnia 10 stycznia 2014 r., sygn. akt VII K 542/13.

⁴⁷ Patrz więcej: D. Karaś, „*Jak Polacy znęcają się nad zwierzętami? Raport z monitoringu sądów, prokuratur i policji*”, Kraków-Wrocław 2016 r.

⁴⁸ W związku z analizą statystyk udostępnionych przez Ministerstwo Sprawiedliwości należy stwierdzić, iż ogólne wnioski dotyczące częstotliwości orzekanych danych kar i środków karnych w zupełności pokrywają się z wynikami badań ujawnionymi w monitoringu.

⁴⁹ D. Karaś, „*Jak Polacy znęcają się nad zwierzętami? Raport z monitoringu sądów, prokuratur i policji*”, Kraków-Wrocław 2016 r.

⁵⁰ Raport o stanie bezpieczeństwa w Polsce za 2016 r., [file:///C:/Users/pawel/Downloads/Raport o stanie bezpieczeństwa w Polsce w 2016 roku.pdf](file:///C:/Users/pawel/Downloads/Raport%20o%20stanie%20bezpieczenstwa%20w%20Polsce%20w%202016%20roku.pdf), dostęp 10.12.2017 r.

⁵¹ Wyrok Sądu Rejonowego w Hrubieszowie II Wydział Karny z dnia 22 października 2013 r., sygn. akt II K 283/13.

⁵² D. Karaś, „*Jak Polacy znęcają się nad zwierzętami? Raport z monitoringu sądów, prokuratur i policji*”, Kraków-Wrocław 2016 r.

⁵³ Daleko idące wnioski w tej materii wysnuwa Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 16 września 2010 r., II SA/Wa 270/10, LEX nr 755301. WSA w tezie przedstawia stanowisko, iż „Fakt skazania za czyn z art. 35 ust. 1 ustawy z 1997 r. o ochronie zwierząt rodzi uzasadnioną obawę użycia broni sprzecznie z interesem bezpieczeństwa lub porządku publicznego”.

⁵⁴ J. Helios, W. Jedlecka, *Znęcanie się nad zwierzęciem w doktrynie prawa karnego i w orzecznictwie sądowym – kilka uwag tytułem wstępu do rozważań prawnej ochrony zwierząt*, Przegląd Prawa i Administracji, Tom CVII, Prawna ochrona zwierząt, Wrocław 2017 r., s. 9.

⁵⁵ R. Gruz, *Wyższe kary za znęcanie się nad zwierzętami. Rząd przyjął projekt zmian*, <https://wpolityce.pl/spoleczenstwo/335267-wyzsze-kary-za-znecanie-sie-nad-zwierzetami-rzad-przyjal-projekt-zmian>, dostęp 10.12.2017 r.

obowiązujących przepisów mają zatem na celu ukazanie problematyki małej dolegliwości orzekanych kar. Należy zatem postulować *de lege ferenda*, o zwiększenie częstotliwości skazywania sprawców na bezwzględne więzienie. Zasadnym jest również, wzorując się na Kodeksie karnym, by określono dolną granicę pozbawienia wolności.

Reasumując zatem, niezbędnym jest by zwierzęta, czyli podmioty zdolne do odczuwania bólu i cierpienia, miały zagwarantowaną skuteczną ochronę prawną. Efektywna, dolegliwa penalizacja znęcania się nad zwierzętami jest jednym z niezbędnych kryteriów funkcjonowania demokratycznego państwa prawnego.

ISSUES OF CRUELTY TO ANIMALS WITH SPECIAL REGARD TO PENALTY AND PUNITIVE MEASURE

Cruelty to animals in Poland is currently one of the most controversial topics. An animal as a living being is not able to defend its rights by itself. This task belongs to the judiciary. Legal protection of animals in Poland is becoming more important. After analyzing the judgments of the District Courts, the tendency of penalties can be observed. The ailment of penalties imposed on the perpetrators of these crimes is mostly not commensurate with the cruelty that animals experience. The penalties of absolute deprivation of liberty are imposed on perpetrators very rarely. The maximum penalty for torturing animals with particular cruelty was not pronounced at all. The aim of the article is to present the problems of abuse of animals, as well as the development of *de lege ferenda* postulates that increase the penalties imposed on perpetrators of these crimes.

ETYKA EKONOMICZNEJ ANALIZY PRAWA

1. Wprowadzenie

Ekonomiczna analiza prawa w drugiej połowie XX wieku była jednym z najbardziej popularnych nurtów badawczych amerykańskiej jurysprudencji. W ostatnim czasie tj. gdy rozgłos zyskują inne programy badawcze takie jak „neurolaw” czy ekonomia behawioralna, polska teoria prawa zaczyna coraz śmielej zgłębiać ekonomię prawa. Ten kierunek badawczy opiera się na pewnych założeniach, które przez niektórych badaczy mogą być uznane za kontrowersyjne. Tym samym zasadne jest, by zastanowić się nad etyką tego kierunku oraz moralnością stosowania narzędzi ekonomicznych w prawoznawstwie oraz praktyce prawniczej. Teza stawiana w tym artykule brzmi: ekonomiczna analiza prawa może być etycznie stosowaną metodą prawoznawstwa. Niniejsze opracowanie składa się z trzech części. W pierwszym fragmencie pracy zostaną przedstawione podstawowe założenia ekonomicznej analizy prawa oraz wyjaśnione zostanie, czym zasadniczo dla prawoznawstwa jest analiza ekonomiczna. W kolejnym rozdziale rozważane będą kwestie etyczno-prawne – czym jest postulowana przez kierunki ekonomiczne w prawoznawstwie efektywność oraz jakie są kryteria efektywności? Jaka jest relacja między założeniem o dążeniu do ekonomicznej efektywności przez prawo, a sprawiedliwością? Ostatni rozdział będzie z kolei poświęcony wyciągniętem przez autora wnioskom oraz podsumowaniu całej pracy.

2. Ekonomiczna analiza prawa

a) Założenia

Z uwagi na fakt, iż nurt ekonomicznej analizy prawa nie jest spójnym projektem, w teorii i filozofii prawa wskazuje się więc jedynie jaki jest „wspólny mianownik” poglądów, które powinny być do niego zaliczane. W zależności od charakterystyki prowadzonych badań można wskazać mniej lub więcej założeń, na których opiera się „Law & Economics”. Niemniej jednak dwie tezy są fundamentami, bez których rozwój i stosowanie analizy ekonomicznej w prawie byłyby niemożliwe. Pierwszą supozycją jest stwierdzenie, iż jedynym celem prawa powinna być ekonomiczna efektywność

¹. Zagadnienie ekonomicznej efektywności było sztandarowym i jednocześnie jednym z najbardziej zgłębianych zagadnień ekonomii dobrobytu, które ze względu na osiągnięcia Vilfredo Pareto, Nicholasa Kaldora czy Johna Hicksa oraz reprezentantów Chicagowskiej Szkoły Prawa zaczęła mieć zastosowanie w ekonomicznej analizie prawa. Prawo, by mogło być uznane za ekonomicznie efektywne musi prowadzić do zwiększenia dobrobytu społecznego². Prawo jest ekonomicznie efektywne wtedy, gdy przeprowadzona analiza – z użyciem narzędzi stosowanych w ekonomii (modele matematyczne, teoria gier, teoria racjonalnego wyboru, itd.) – wskazuje, jakie prawne rozwiązanie będzie spełniało założone wcześniej kryterium efektywności. W zależności od charakteru badanego problemu analiza ta może wiązać się ze wskazaniem optymalnego kształtu procedury prawnej oraz optymalnej wysokości kosztów sądowych³; możliwe jest wskazanie optymalnego wymiaru kary tak, by prawidłowo zadziałała prewencja generalna i indywidualna⁴; możliwe jest określenie takiej przestrzeni negocjacyjnej, w której powód i pozwany będą skłonni zawrzeć ugodę⁵ oraz wiele innych przypadków prawnych. Więcej o efektywności oraz jej kryteriach będzie w dalszej części artykułu.

Kolejnym podstawowym założeniem ekonomicznej analizy prawa jest przyjęcie tezy, iż twórcą i podmiotem prawa jest „homo oeconomicus”⁶. W świetle tego nurtu w teorii prawa badacze posługują się ściśle określonym modelem człowieka ekonomicznego, który posiada odpowiednią konstrukcję. I tak, koncepcja człowieka racjonalnego składa się z dwóch elementów: formalnego i materialnego. Element formalny to nic innego, jak racjonalność w sensie instrumentalnym opisywana za pomocą teorii racjonalnego wyboru i teorii gier⁷. Podmioty instrumentalnie racjonalne dokonują takich wyborów, które są jednocześnie najlepszymi środkami do realizacji ich celów. Druga część składowa tej koncepcji odnosi się do sfery motywacyjnej podmiotu decyzyjnego – człowiek ekonomiczny działa z pobudek egoistycznych, co równocześnie oznacza jego ambiwalentny stosunek zarówno do cierpienia jak i szczęścia otaczających go osób. Teza mówiąca o tym, że twórcy i podmioty prawa (a więc nie tylko człowiek jako osoba fizyczna czyli ekwiwalent

¹ Zob. J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007, s. 17.

² Ibidem, s. 18.

³ R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2011, s. 510 – 525.

⁴ Ibidem, s. 619 – 621.

⁵ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć...*, s. 95 – 100.

⁶ Ibidem, s. 18.

⁷ W. Załuski, *The limits of naturalism: a game-theoretic critique of justice as mutual advantage*, Kraków 2006, s. 41 – 42.

osoby ludzkiej w systemie prawnym, ale także osoby prawne) są racjonalne, jest zawsze bazowym założeniem oraz punktem wyjścia dla dalszych analiz przeprowadzanych w duchu ekonomicznej analizy prawa. Bez tej supozycji dalsze badania byłyby niemożliwe lub obarczone poważnym błędem i tym samym byłyby *de facto* wewnętrznie niespójne. Czasami w sytuacjach granicznych, jak np. podczas prób rozwiązania problemu działań wspólnych, który jest jednym z warunków spełnienia postulatu ekonomicznej efektywności prawa⁸, konieczne może się okazać przewyższenie egoizmu będącego składową modelu „homo oeconomicus”. Wtedy jednak pojawia się miejsce dla prawa, które powinno tę przestrzeń efektywnie uregulować⁹.

Pozostałe tezy w spójny i trafny sposób opisują prąd badawczy jakim jest „Law & Economics”, choć należy pamiętać, że możliwe jest wyodrębnienie innych niż tutaj przedstawione charakterystycznych dla tego nurtu założeń. W tym miejscu warto powiedzieć o supozycji odnoszącej się do ontologii prawa – ekonomiczna analiza prawa zakłada, że istota prawa daje się zredukować do faktów o charakterze ekonomicznym¹⁰. Innymi słowy, prawo sprowadza się do faktów, które w sensie empirycznym i formalnym naprawdę istnieją i są tożsame ze zdarzeniami, zachowaniami bądź przeżyciami, które często dają się opisać za pomocą modeli matematycznych. Innym założeniem jest twierdzenie, że obowiązywanie prawa można uzasadnić za pomocą narzędzi wykorzystywanych w analizie ekonomicznej¹¹. Tutaj znowu przykładem może być kwestia rozwiązania problemu działań wspólnych, gdzie prawo staje instrumentem maksymalizującym dobrobyt społeczny, zaś wyciągnięcie tego wniosku staje się możliwe i uzasadnione dzięki wykorzystaniu narzędzi stosowanych przez analizę ekonomiczną. Ponadto zwolennicy ekonomicznej analizy prawa często głoszą tezę, iż przy pomocy tej metody możliwe jest zbudowanie spójnej teorii sprawiedliwości¹². Oczywiście teoria ta spełniałaby wyłącznie ontologiczne i metodologiczne założenia zgodne z celami i założeniami leżącymi u podstaw „Law & Economics”. Ostatnim wartym wspomnienia założeniem jest stwierdzenie, iż analiza ekonomiczna jest uprzywilejowanym bądź uprawnionym typem metody prawniczej¹³. Teza ta jest wypadkową założenia, iż prawo jest sprowadzalne do faktów o charakterze ekonomicznym. Znając już fundamenty, na których został zbudowany cały nurt ekonomicznej analizy prawa, warto teraz zastanowić się, czym tak właściwie jest dla prawa analiza ekonomiczna.

b) Metoda prawoznawstwa

W dyskusji nad tym, czym jest metoda prawnicza (stosowane zamiennie z „metodą prawoznawstwa”) wskazuje się trzy obszary zastosowań tych metod: zakres praktyczny, wykorzystywany przez prawników w zawodach prawniczych; zastosowanie dogmatycznoprawne (dotyczące cywilistów, karnistów, itd.) oraz teoretyczny, polegający na wykorzystaniu metod prawniczych w teorii i filozofii prawa¹⁴. Ekonomiczna analiza prawa będąc taką właśnie metodą prawniczą może być wykorzystywana w trzech przytoczonych obszarach. Sędzia lub adwokat kierując się względami ekonomicznej efektywności może wykorzystać ją do rozwiązania jakiegoś trudnego przypadku prawnego. Dogmatyk prawa dzięki narzędziom ekonomicznym może zbudować jakąś teorię użyteczną na gruncie dogmatyki prawniczej, która następnie będzie wykorzystywana w praktyce prawniczej w jakimś sporze sądowym. Wreszcie na poziomie teoretycznym nurt „Law & Economics” pozwala w interesujący sposób wyjaśnić dość istotne problemy, z którymi boryka się prawo. I choć rozwiązania, które proponuje bywają czasami kontrowersyjne, to zdecydowanie ubogacają one dyskurs naukowy i stymulują do szukania nowych, jeszcze lepszych pomysłów. Podsumowując tę część rozważań, ekonomiczna analiza prawa jest pewnym użytecznym narzędziem interpretacyjnym, które z powodzeniem może być stosowane zarówno przez teoretyków prawa, jak i praktyków.

c) Poziomy zastosowań

Opisując analizę ekonomiczną jako metodę prawoznawstwa wskazany został zakres przedmiotowy i tym samym wyznaczone zostały trzy obszary zastosowań tej metody. W tym miejscu trzeba jednak zwrócić uwagę na tzw. poziomy zastosowań, które mogą mieć miejsce w trzech opisanych wyżej zakresach tj. w sferze praktycznej, dogmatycznej oraz teoretycznej. Mowa tutaj o płaszczyznach tworzenia, wykładni i stosowania prawa. Ekonomiczna analiza prawa może zostać wykorzystana przez praktyków, dogmatyków i teoretyków, którzy działają przykładowo w komisji kodyfikacyjnej i pracują nad stworzeniem jak najbardziej optymalnych rozwiązań prawnych w danym obszarze życia społecznego. W przypadku płaszczyzny wykładni prawa, interpretacja przepisów prawa jest czynnością, której podjąć się może praktyk (sędzia, prokurator, adwokat) na potrzeby określonej sprawy. Może to uczynić również dogmatyk próbujący rozwiązać wątpliwości doktrynalne. Wreszcie wykładni prawa może dokonać teoretyk chcący rozwiązać na kanwie jakiegoś

⁸ Zob. J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć...*, s. 19.

⁹ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć...*, s. 51 – 66.

¹⁰ Ibidem, s. 17.

¹¹ Ibidem, s. 19.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem, s. 20.

¹⁴ J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków 2004, s. 34.

przypadku pewien teoretycznoprawny problem. Wykładnię może także podjąć zwykły obywatel, który chce odczytać treść normy prawnej z pewnego zbioru przepisów prawnych. Ostatnią płaszczyzną zastosowań jest poziom ścisłego stosowania prawa. Wiąże się to z sytuacjami, w których znajdują się najczęściej urzędnicy państwowi lub sędziowie wydający wyrok w jakiejś sprawie. Wtedy to w obliczu pewnych trudności ze stosowaniem określonych norm prawnych mogą oni sięgnąć po narzędzia ekonomicznej analizy prawa i przy ich pomocy – wykorzystując kryterium ekonomicznej efektywności – tak zastosować te normy prawne, by było to w zgodzie z założeniami analizy ekonomicznej.

3. Etyka prawnicza a ekonomiczna analiza

Pochylając się nad zagadnieniem etyki ekonomicznej analizy prawa autor artykułu chciałby poruszać się wyłącznie wokół kwestii związanych z efektywnością i sprawiedliwością i na tej podstawie odpowiedzieć na pytanie, czy analiza ekonomiczna w prawoznawstwie może być stosowana moralnie. Tym samym pominięte zostaną inne szczegółowe, acz równie istotne kwestie podnoszone w literaturze etyki prawniczej w odniesieniu do ekonomii prawa.

3.1. Kryteria efektywności

a) Maksymalizacja dobrobytu społecznego

W przypadku „Law & Economics” kryterium efektywności odnoszone jest do stwierdzenia, zgodnie z którym podmiot decyzyjny winien dokonywać takich decyzji prawnych, które będą maksymalizować dobrobyt społeczny¹⁵. Zgodnie z tą metodologią osoba decyzyjna musi przypisać wszystkim członkom społeczeństwa określone funkcje użyteczności, potem zaś winna obliczyć funkcję dobrobytu społecznego, która jest agregatem wartości tych funkcji dla możliwych w danej sytuacji rozstrzygnięć prawnych. Finalnie zaś jednostka decyzyjna musi wybrać to rozwiązanie prawne, które maksymalizuje funkcję użyteczności dobrobytu społecznego. Taka procedura jest wynikiem poniższych prawidłowości:

$U_{DS}(x_1)$ – użyteczność dobrobytu społecznego

$U_1(x_1)$ – użyteczność jednostki „1”

$U_2(x_2)$ – użyteczność jednostki „2”

Zatem funkcja dobrobytu społecznego obliczana jest w następujący sposób:

$U_{DS}(x_1) = U_1(x_1) + U_2(x_2) + \dots + U_n(x_n)$

Jeżeli po przeprowadzeniu powyższej procedury decydent ma do dyspozycji dwa alternatywne rozwiązania x_1 oraz x_2 , to powinien wybrać rozwiązanie x_1 , jeżeli to właśnie rozwiązanie zwiększa dobrobyt społeczny w nie mniejszym stopniu niż x_2 . Wykorzystując zapis formalny, sposób postępowania w takiej sytuacji powinien wyglądać następująco:

$U_{DS}(x_1) \geq U_{DS}(x_2)$

b) Efektywność w sensie Pareto

To kryterium efektywności wiąże się z tym, że każda zmiana (ulepszenie) w społeczeństwie – w odniesieniu do ekonomicznej analizy prawa chodzi o decyzję natury prawnej – poprawia sytuację jednostki, jeżeli jednocześnie nie pogarsza sytuacji kogokolwiek innego¹⁶. Innymi słowy, określona zmiana jest ulepszeniem w sensie Pareto, jeżeli zmianie na lepsze ulega sytuacja co najmniej jednego podmiotu, bez równoczesnego pogorszenia sytuacji kogokolwiek innego. Efektywność w sensie Pareto jest kryterium, które zasadniczo powinno zyskiwać aprobatę wszystkich zainteresowanych jednostek (nikt bowiem nie może być stratny), jednak wydaje się, że jest to kryterium trudne do zastosowania i tym samym mogące doprowadzić do paraliżu decyzyjnego. Jako przykład decyzji prawnych spełniających to kryterium wskazuje się zawieranie umów przez zainteresowane strony w warunkach całkowitej dobrowolności i swobody¹⁷.

c) Efektywność w sensie Kaldora-Hicksa

W interesującej nas rzeczywistości wprawnej, w której wykorzystywane są narzędzia analizy ekonomicznej, decyzja prawna będzie decyzją efektywną w zgodzie z kryterium Kaldora-Hicksa, jeżeli korzyści uzyskane na skutek tej zmiany będą wyższe niż straty powstałe w jej wyniku¹⁸. Sytuacja społeczna powstała na skutek decyzji efektywnej w sensie Kaldora-Hicksa powoduje, że ulepszenia osób zyskujących rekompensują straty pozostałych. W hipotetycznej sytuacji, w której jednostki postanawiają pokryć straty tych, którzy stracili na zmianie (co *de facto* doprowadziłoby do efektywności w sensie Pareto) podmioty te w dalszym ciągu byłyby zyskowne.

d) Efektywność w ujęciu analizy marginalnej

Określona zmiana jest efektywna w sensie proponowanym przez analizę marginalną wtedy, gdy koszty marginalne (tj. koszty kolejnej jednostki) realizacji określonego celu są niższe, niż marginalne korzyści uzyskiwane z osiągnięcia tego

¹⁵ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć...*, s. 28.

¹⁶ K. Mathis, *Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, London 2008, s. 33.

¹⁷ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć...*, s. 32 – 35.

¹⁸ K. Mathis, *Efficiency Instead...*, s. 38 i n.

celu¹⁹. Jeśli marginalne koszty są równe lub wyższe niż marginalne zyski wynikającym z przeprowadzanej zmiany, to nie jest to już efektywność w ujęciu analizy marginalnej. Inaczej mówiąc, istnieje pewien poziom wydatków, do którego ich ponoszenie jest opłacalne z punktu widzenia efektywności, jakie ich poniesienie może przynieść. Osiągnięcie lub przekroczenie tego pułapu jest równoznaczne z brakiem rentowności określonego przedsięwzięcia. Podstawowy wniosek, jaki należy wyciągnąć z propozycji przedstawianych przez analizę marginalną jest to, że prawie żadnego zamiaru czy też planu działania nie można zrealizować w całości w taki sposób, by w 100% na każdym etapie realizacji tego celu osiągnięta była ekonomiczna efektywność. Zawsze w którymś momencie natrafia się na barierę, której osiągnięcie lub przekroczenie powoduje nieopłacalność realizacji określonego zamiaru.

Opisywaną prawidłowość można również odnieść do prawa. Przykładem może być tutaj kwestia ściągłości podatków. W przypadku niskiej ściągłości podatków wzrost wydatków na zwiększenie efektywności ich pobierania początkowo może dawać dużą stopę zwrotu. Niemniej jednak istnieje taki punkt, w którym wysokość wydatków związanych z poborem podatków będzie tak wysoki, iż będzie się kompensował z dochodami uzyskiwanymi z ich wpływu do budżetu. Co więcej, intuicyjne jest, że gdyby państwo chciało egzekwować wszystkie podatki ze 100% skutecznością, to koszty takiego przedsięwzięcia byłyby olbrzymie. Stosując analizę marginalną należy z dużym prawdopodobieństwem zakładać, że wydatki związane z taką akcją przewyższałyby potencjalny dochód.

3.2. Koncepcje sprawiedliwości

W ujęciu Arystotelesowskim opisanym w *Etyce nikomachejskiej* Stagiryta wskazuje dwa podstawowe rodzaje sprawiedliwości: sprawiedliwość dystrybutywną oraz sprawiedliwość komutatywną²⁰. Pierwszy typ sprawiedliwości odnosi się do alokacji dóbr dokonywanej przez państwo. Polegać ma ona na tym, iż dobra są rozdzielane pomiędzy członków społeczeństwa w zgodzie z przysługującymi im zaszczytami i zasługami. Istnieje kilka kryteriów dystrybucji, które zostaną zaraz opisane. Ten rodzaj sprawiedliwości zorientowany jest na przyszłość, gdyż skupia się na tym, w jaki sposób sprawiedliwie rozdzielać dobra. Drugi typ sprawiedliwości jest w pewnym sensie „wolnościowy”, ponieważ odbywa się on w pewnym bezosobowym procesie rynkowym i dzieje się poza wszelką kontrolą. Zorientowany jest na przeszłość, zaś jego idea sprowadza się do tego, iż jednostki płacą umówioną wcześniej cenę za otrzymane dobro (dotrzymywanie umów jest więc czymś sprawiedliwym), bądź też odpłacają za wykonane zło (w tym sensie sprawiedliwymi są więc odszkodowania rekompensujące stratę lub zadośćuczynienia wypłacane za cierpienia psychiczne; sprawiedliwe są również kary wymierzane przestępcom).

W ekonomicznej analizie prawa najbardziej powszechne zainteresowanie budzi sprawiedliwość dystrybutywna (zwłaszcza w specyficznej odmianie redystrybucji dochodu), gdyż to ona ma największe zastosowanie w analizie prawa karnego, prawa deliktowego oraz prawa umów²¹. I tak, kryteriami dystrybucji wedle teorii sprawiedliwości rozdzielczej (za Chaïmem Perelmanem) są²²:

a) Każdemu po równo

Każda jednostka jest traktowana tak samo – niezależnie od indywidualnych cech (biologicznych czy psychologicznych oraz jakichkolwiek innych) i uwarunkowań. Każdy powinien otrzymać taką samą ilość dóbr materialnych. W założeniu jest to bardzo proste do zastosowania kryterium, ale z drugiej strony mając na uwadze inne kryteria dystrybucji zasadne staje się pytanie o „sprawiedliwość” kryterium równości.

b) Każdemu według jego zasług

Kryterium to jest faktorem czysto subiektywnym, w związku z czym powstaje podstawowa trudność – w jaki sposób zasługi te należy mierzyć? Ocenę te mogą się istotnie między sobą różnić, gdyż będą wynikiem indywidualnych analiz opartych o inne systemy wartości oraz doświadczenia. Przykładając to kryterium sprawiedliwości dystrybutywnej do narzędzi stosowanych przez ekonomiczną analizę prawa, konieczne byłoby przeprowadzenie kwantyfikacji zasług poszczególnych jednostek.

c) Każdemu według jego pozycji

W istocie rzeczy jest to arystokratyczne podejście do problematyki sprawiedliwości dystrybutywnej. Opiera się ono na statusie społecznym poszczególnych jednostek, gdzie osobom o wyższej pozycji należało się więcej oraz przysługiwało im więcej praw. Swoje źródło czerpie z hierarchicznej koncepcji społeczeństwa – w starożytności był to podział na panów i niewolników; w średniowieczu istniały społeczeństwa stanowe; w Indiach zaś mamy do czynienia z kastami²³. W przypadku tego kryterium, z jeszcze większym natężeniem pojawiają się wątpliwości moralne co do stosowania tego kryterium dystrybucji w praktyce. Raczej pewne jest, iż próba obrony etyki tego rozwiązania zdaje się być skazana na porażkę.

¹⁹ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć...*, s. 37.

²⁰ Arystoteles, *Etyka nikomachejska* (przeł. D. Gromska), Warszawa 1982, s. 168.

²¹ Por. R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston – Toronto 1986, s. 429 – 489; R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza...*, s. 389 – 503.

²² Ch. Perelman, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, Londyn 1963, s. 7 – 10.

²³ K. Mathis, *Efficiency Instead of ...*, s. 188.

d) Każdemu wedle prawa

W tym przypadku uzasadnienia sprawiedliwości poszukuje się w literze prawa, co z kolei jest kontrowersyjne o tyle, iż czyni z tej koncepcji kryterium tautologiczne. Co bowiem decyduje o tym, że prawo jest sprawiedliwe? W tym celu zadaje się właśnie pytanie (podczas prób rozwiązania tzw. przypadków trudnych), które z poszukiwanych rozwiązań jest tym sprawiedliwym. Niejednokrotnie przed takim wyzwaniem stają np. sędziowie, którzy w założeniu powinni wydawać wyłącznie sprawiedliwe wyroki. Sędzia, który obierze koncepcję sprawiedliwości dystrybutywnej, którą chce stosować podczas wykonywania zawodu, stanie przed wyzwaniem wybrania kryterium dystrybucji. Wtedy to kryterium „każdemu wedle prawa” doprowadzi go do operowania tautologiczną koncepcją sprawiedliwości. Z perspektywy jednostek, które nie stosują ani nie „wykonują” prawa, może być to kryterium wygodne i w pewnym sensie „sprawiedliwe”. Jest to jednak zgubne podejście, gdyż przy takim założeniu idea sprawiedliwości będzie „sprawiedliwa”, jeśli samo prawo będzie z natury rzeczy odpowiadało wcześniej założonym kryteriom sprawiedliwości.

e) Każdemu według jego potrzeb

Pomimo, iż stosowanie tego kryterium ma doprowadzić do osiągnięcia szczytnego celu, jego stosowanie napotyka szereg istotnych trudności. Po pierwsze powstaje pytanie, jak rozpoznać i zidentyfikować ludzkie pragnienia? O ile te najbardziej podstawowe są łatwe do określenia, o tyle wyższe potrzeby (np. potrzeby kulturalne czy dążenie do szczęścia) bywają trudne w opisie przez osoby, których bezpośrednio dotyczą. Drugą kwestią jest to, które potrzeby oraz w jakim stopniu należy zaspokoić? Znaczącą ludzką naturę, zgodnie z którą po zaspokojeniu jednej potrzeby pojawia się druga (najczęściej już wyższego rzędu). Zaspokojenie wszystkich ludzkich chęci jest w praktyce – z uwagi na nieskończenie wielkie koszty takiego przedsięwzięcia – niemożliwe. Kolejną trudnością jest właśnie finansowanie rozwiązań prawnych podejmowanych w zgodzie z tym kryterium. Już próba zaspokojenia podstawowych pragnień w najbardziej bazowym zakresie może przewyższać budżety większości państw. Ze względu na ograniczoność zasobów nie jest możliwe zaspokajanie wymyślnych potrzeb członków społeczeństwa, przy czym kolejny problem pojawia się przy określeniu „minimum socjalnego”. Może się ono różnić w zależności od zamożności państwa oraz specyfiki danego społeczeństwa. Kryterium „każdemu według jego potrzeb”, choć oparte na pewnym fundamentalnym poczuciu sprawiedliwości do tego, by mogło być stosowalne, wymaga rozwiązania szeregu kluczowych trudności.

f) Każdemu według jego dzieł

Ostatnie kryterium jest czynnikiem mającym charakter pragmatyczny – pod uwagę bierze się bowiem rezultatydziałalności jednostki. Ich wartość ocenia się stosując kryterium ich wymienialności, a nie np. wkład pracy. Koncepcja ta jest bardzo użyteczna, jeśli ma być stosowana w odniesieniu do jakiejś aktywności podejmowanej przez jednostki. Wtedy stanowi ona zachętę i bodziec do tego, by podmioty osiągały założone przez siebie cele. Nagroda za ich osiągnięcie powinna się oczywiście różnić, w zależności od tego, co jednostce udało się osiągnąć. Kryterium to zdaje się być – w intuicyjnym pojmowaniu tej koncepcji – jednym z najbardziej „moralnych” i „sprawiedliwych” kryteriów dystrybucji sprawiedliwości rozdzielczej.

3.3. Ekonomiczna analiza prawa a moralność i sprawiedliwość – ocena

W całej debacie nad etyką ekonomicznej analizy prawa, efektywnością i sprawiedliwością Richard Posner zaproponował, by sądy cywilne rozpoznając przedłożone im przypadki kierowały się kryterium ekonomicznej efektywności²⁴. Stanowisko to poparli Steven Shavell i Louis Kaplow²⁵. Rzeczywistość prawna powinna więc zostać podzielona na dwa obszary: sferę prawa prywatnego, w którym dochodzi do wymiany dóbr i usług oraz sferę prawa publicznego, w której prymat wiedzie zasada sprawiedliwości dystrybutywnej. Stosowanie w prawie publicznym koncepcji sprawiedliwości komutatywnej (korekcyjnej) Shavell i Kaplow uzasadniają między innymi tym, iż stosowanie tego rodzaju sprawiedliwości do oceny norm prawnych może redukować dobrobyt²⁶. Dlatego też optują za stosowaniem sprawiedliwości dystrybutywnej. Pozostaje więc zadać pytanie, dlaczego w prawie publicznym nie powinno stosować się kryterium efektywności? Dlaczego koncepcja sprawiedliwości rozdzielczej jest w tym względzie właściwsza? Autor niniejszego opracowania uważa, że powinno być inaczej. Stosowanie sprawiedliwości dystrybutywnej wiąże się z koniecznością wybrania określonego kryterium dystrybucji, a w ślad za tym z koniecznością uzasadnienia, dlaczego stosuje się właśnie to, a nie inne kryterium. Z kolei ekonomiczna analiza prawa z powodzeniem jest wykorzystywana w prawie publicznym do rozwiązywania kluczowych problemów prawnych (optymalizacja procedur prawnych; polityka karna; prawo podatkowe²⁷). Jeśli więc tylko zaakceptuje się kryterium efektywności w prawie publicznym, to może ono stanowić realną alternatywę dla idei sprawiedliwości rozdzielczej.

²⁴ R. Posner, *The Problems of Jurisprudence* Cambridge 1990, s. 388.

²⁵ L. Kaplow, S. Shavell, *Why the Legal System is less efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, „The Journal of Legal Studies” 1994, Nr 23, s. 667.

²⁶ L. Kaplow, S. Shavell, *Fairness versus Welfare*, Cambridge 2002; s. 17, 85, 155.

²⁷ Zob. R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza...*, s. 505 – 585.

Ekonomiczna analiza prawa posługująca się kryterium efektywności z dużym sukcesem może zostać wykorzystana do uzasadnienia istnienia moralności i prawa. Zostało to już bowiem świetnie wykazane na przykładzie problemów działań wspólnych²⁸. Prawo i moralność stanowią bowiem narzędzia, które w pewnych ekstremalnych sytuacjach służą do maksymalizacji dobrobytu społecznego. Niezależnie od tego, efektywność jest koncepcją łatwą do zobrazowania, a nawet (przynajmniej na poziomie teoretycznym) do policzenia. Posługuje się ona przecież koncepcją użyteczności, dzięki której użyteczność całego społeczeństwa jest rozumiana jako suma indywidualnych użyteczności. Z kolei sprawiedliwość dystrybucyjna wymaga wybrania określonego kryterium, spośród których jedynie kryterium „każdemu według jego dzieł” zdaje się być najbliższe jakiegokolwiek pojęcia sprawiedliwości. Wszystkie pozostałe kryteria budzą wątpliwości etyczne oraz wiązałyby się z nimi istotne trudności w stosowaniu. W świetle takich wątpliwości efektywność ekonomiczna jawi się jako przejrzysta, prosta i moralna teoria służąca do rozstrzygania prawniczych wątpliwości. Wreszcie ekonomiczna analiza prawa i towarzyszące jej kryterium efektywności mogą służyć jako narzędzie do odnajdywania takich skrajnych sytuacji, w których jedynym słusznym rozwiązaniem jest zastosowanie prawa. Mowa tutaj o kazusie wykorzystania problemów działań wspólnych do uzasadnienia istnienia moralności i prawa. Analiza ekonomiczna może być używana do odszukiwania takich granicznych sytuacji i dzięki temu wykorzystywana do uzasadnienia istnienia prawa oraz moralności. Jednocześnie prawodawca może wykorzystać te odkrycia do tworzenia dobrego i efektywnego prawa. Wszystko to wskazuje, że postawiona na wstępie teza została należycie uargumentowana.

4. Podsumowanie

Oparcie ekonomicznej analizy prawa na kryterium ekonomicznej efektywności na pierwszy rzut oka może budzić sprzeciw oraz wątpliwości prawno-etyczne. Analiza ekonomiczna może być bowiem stosowana w prawie zasadniczo przez wszystkich zainteresowanych na każdym możliwym poziomie. W niniejszym artykule zostało jednak przedstawione, że kryterium efektywności, wokół którego nurt „Law & Economics” buduje własną teorię sprawiedliwości, w wielu przypadkach może być zdecydowanie bardziej moralnie zasadne, niż chociażby koncepcja sprawiedliwości dystrybucyjnej oparta na jednym z kilku proponowanych w literaturze kryteriów dystrybucji. Co więcej, nawet jeśli stosowanie ekonomicznej analizy prawa prowadzi do nieetycznych rozwiązań, to teoretycy i filozofowie prawa w takich granicznych sytuacjach odwołują się do koncepcji prawa i moralności, jako ostatniej „instancji”, która ma „sprawiedliwie” uregulować tę przestrzeń. Pokazuje to, że nawet w tak negatywnych okolicznościach analizę ekonomiczną oraz kryterium efektywności można zastosować w sposób odpowiadający intuicjom moralności.

THE ETHICS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

The article concerns the issue of ethics of economic analysis of law. The author defended thesis, that economic analysis may be applied in moral way. This work is divided into three parts. In the first part there is described the current of economic analysis of law. The author explained basic assumptions of this research programme and the possible areas of its application in law. The next segment of the article is about the concept of justice, where are presented two types of justice: the distributive and commutative. The author also discussed with various distributive criterions (established by Ch. Perelman). The last part concerns the author's opinion about ethical applications of economic analysis of law. He put forward reasons, that „Law & Economics” may be morally used in jurisprudence.

²⁸ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć...*, s. 51 i n..

Piotr Herman

UCZELNIA PUBLICZNA JAKO JEDNOSTKA SEKTORA FINANSÓW PUBLICZNYCH

Wstęp

Uczelnie publiczne zaliczane są do jednostek sektora finansów publicznych. Prowadzona przez nie działalność finansowana jest częściowo z budżetu państwa, gdyż realizują zadania publiczne w szczególności edukację na poziomie wyższym. Warto również zauważyć, iż część działalności prowadzonych przez uczelnie teoretycznie postrzegane są jako zadania sektora prywatnego np.: kształcenia za odpłatnością lub komercjalizacja wyników badań np.: poprzez zakładanie spółek celowych. Jednakże przychody z drugiej części badań uzależnione są od szeregu zmiennych czynników i kształtują się na różnym poziomie. Opracowanie przedstawia natomiast uczelnie publiczne jako jednostki sektora finansów publicznych oraz ograniczenia jakie wynikają z tego faktu.

Sektor finansów publicznych

Na wstępie jednak przybliżenia wymaga pojęcie finansów publicznych, są to reguły rządzące publicznymi zasobami pieniężnymi, ale również wszystkie procesy związane z ich gromadzeniem, rozdysponowaniem oraz wszelkie następstwa operacji środkami publicznymi.¹ Obowiązek stosowania się do wspomnianych reguł może być uznany za ograniczenie oraz barierę, która w sposób zasadniczy utrudnia współpracę środowiska naukowego z biznesem, w szczególności przeszkodę może stanowić zbyt duża formalizacja procedur. W literaturze natomiast nie występuje jednolita interpretacja pojęcia finansów publicznych. Pojęcie to można odnieść do sektora publicznego, będą to wszystkie podmioty, które są własnością państwa lub jednostek samorządu terytorialnego. Można również interpretować je jako sektor finansów publicznych, który oznacza organy władzy publicznej oraz podległe im instytucje, które zobowiązane są do wykonywania zadań publicznych.² Bez wątpienia uczelnie publiczne wykonują takie zadania, jednakże często katalog działalności przez nie prowadzonych jest znacznie szerszy. Dotyczy to np.: badań prowadzonych przez na zlecenie sektora prywatnego, które nie są finansowane z budżetu państwa. Ustawa o finansach publicznych³ zawiera zamknięty katalog jednostek, które wchodzi w skład sektora finansów publicznych. Zgodnie z art. 9 tworzą go między innymi: uczelnie publiczne, jednostki samorządu terytorialnego, Narodowy Fundusz Zdrowia, jednostki budżetowe oraz Zakład Ubezpieczeń Społecznych. Wyodrębnienie zamkniętego katalogu podmiotów określonych mianem sektora finansów publicznych wiąże się przede wszystkim z koniecznością poddania go regułom i formom zarządzania, które są wspólne w ramach całego sektora. Składa się, więc on z jednostek organizacyjnych, które zostały utworzone w celu wykonywania zadań publicznych finansowanych ze środków publicznych, które podlegają planowaniu, bilansowaniu, kontroli oraz rachunkowości, sprawozdawczości i dyscyplinie, która wynika ze ściśle określonych zasad.⁴ Uczelnie publiczne realizują natomiast zadania z zakresu nauczania na poziomie wyższym. Część podmiotów zostało wyodrębnionych rodzajowo, jak ma to miejsce w przypadku uczelni publicznych, natomiast pozostałe zostały wskazane według nazwy własnej np.: Polska Akademia Nauk. Dokładna analiza katalogu jednostek prowadzi do wniosku, iż ustawodawca kierował się kilkoma kryteriami dokonując kwalifikacji: statusu ustrojowego podmiotu, formy prawnej, statusu prawno-finansowego, celu prowadzenia działalności jednostki, innego oznaczenia podmiotu.

Ustawa o finansach publicznych określa finanse publiczne jako zbiór procesów, których celem jest gromadzenie środków publicznych, a następnie ich rozdysponowanie, w szczególności:

- 1) Gromadzenie dochodów i przychodów publicznych;
- 2) Rozdysponowanie środków publicznych;
- 3) Finansowanie potrzeb pożyczkowych budżetu państwa;
- 4) Zarządzanie długiem publicznym;
- 5) Rozliczenia z budżetem Unii Europejskiej.

Dostęp do edukacji w szkołach publicznych jest bezpłatny i jest to jedna z gwarancji wprowadzonych przez konstytucję⁵, a więc nie może być modyfikowana przez akty prawne niższego rzędu, dopuszczono jedynie pewne

¹ P.M. Gaudemet, J. Molinier, *Finanse publiczne*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2000.

² J. Ostaszewski, *Finanse*, Warszawa 2013 str. 103.

³ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1870 z późn. zm.).

⁴ L. Lipiec-Warzecha. Art. 9. W: *Ustawa o finansach publicznych*. Komentarz. ABC, 2011.

⁵ Art. 70 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

szczególne wyjątki np.: w zakresie opłat za usług edukacyjne lub prowadzenie studiów niestacjonarnych. Szerzej o problematyce odpłatności za studia wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w wyroku stwierdzającym niezgodność regulacji wprowadzających możliwość odpłatności za drugi i kolejny kierunek studiów.⁶ Kwestią, która budzi pewne kontrowersje może być również status przychodów uzyskiwanych przez uczelnie publiczne z prowadzonej działalności gospodarczej. Warto zwrócić uwagę, iż ramy jej działalności są ściśle określone przez ustawodawcę.

Dyscyplina sektora finansów publicznych

Polskie piśmiennictwo nie wypracowało jednolitej definicji pojęcia dyscypliny budżetowej lub określanej również jako dyscyplina finansów publicznych. W literaturze przedmiotu znajdziemy jednak jednoznaczne stanowisko z którego wynika, że to po stronie ustawodawcy leży obowiązek stworzenie systemu ochrony prawnej, który zapewni, że operacje wchodząc w skład finansów publicznych będą przebiegały w sposób prawidłowy oraz zgodnie z zasadami gospodarności i racjonalności.⁷ Wprowadzając definicję dyscypliny finansów publicznych najczęściej można spotkać się z określeniem, że jest to przestrzeganie zbioru norm prawnych, obowiązujących jednostki dysponujące środkami budżetowymi.⁸ W polskim systemie prawnym po raz pierwszy wprowadzono odrębny rodzaj odpowiedzialności dotyczący naruszenia dyscypliny finansowej w ustawie o prawie budżetowym z 1958 r.⁹ Kompleksowe uregulowanie przedmiotowej odpowiedzialności na gruncie polskiego prawa nastąpiło w Ustawie z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹⁰. Ustawa określa zakres ponoszonej odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, kary oraz ich wymiar, organy powołane do orzekania w sprawie naruszeń, zasady ich powoływania, funkcjonowanie oraz organizację. Ustawodawca nie wprowadza legalnej definicji pojęcia dyscyplina finansów publicznych, jak również odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Ograniczono się jedynie do wskazania zamkniętego katalogu czynów, które stanowią naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Początkowo na gruncie polskiego prawa w systemie politycznym PRL funkcjonowało pojęcie dyscypliny budżetowej.¹¹ Po raz pierwszy pojęcie dyscypliny finansów publicznych zostało wprowadzone na gruncie ustawy o finansach publicznych z 1998 r.

W celu precyzyjnego określenia pojęcia należy sięgnąć do definicji odpowiedzialności na gruncie polskiego prawa. Poprzez odpowiedzialność definiuje się pewne ujemne konsekwencje wobec konkretnego podmiotu, które ściśle są związane z zaistnieniem negatywnie ocenionego stanu rzeczy¹². Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych stanowi jeden ze szczególnych przypadków, odnoszących się do konkretnego stanu faktycznego związanego z wydatkowaniem publicznych środków. Ustawa nie wprowadza jednolitego prawnego charakteru odpowiedzialności, która jest ponoszona za naruszenia. Należy to odnieść zarówno do prawa materialnego, jaki i procesowego. Częściowo ustawodawca odwołuje się do przepisów i konstrukcji zawartych w prawie karnym, dotyczy to zasad odpowiedzialności oraz części dotyczących procedowania w sprawie ustalenia odpowiedzialności, również wymiaru kary. Z kolei powołanie organów, których zadaniem jest egzekwowanie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych skłania do administracyjnego charakteru ponoszonej odpowiedzialności.

Należy uznać, iż pod pojęciem dyscypliny finansów publicznych rozumie się ogół zasad związanych z prawidłowym gospodarowaniem środkami publicznymi. Uznaje się również, iż odnosi się do właściwego gospodarowania mieniem i środkami publicznymi przez dysponentów budżetowych lub inne podmioty, które korzystają z takich środków. Zarówno dysponentami środków publicznych oraz mienia są uczelnie publiczne. Warto przytoczyć również orzeczenie Główniej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych z 11 grudnia 2000 r.¹³ „*Dyscyplina finansów publicznych to przestrzeganie prawnie wyznaczonych reguł ustalania, poboru i egzekucji należności stanowiących środki publiczne oraz gospodarowania nimi w skali mikroekonomicznej, czyli w jednostkach sektora finansów publicznych. Pod względem przedmiotowym w pojęciu tym mieszczą się te wymagania, których nieprzestrzeganie jest przez ustawodawcę traktowane jako popełnienie czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych.*” Jako istotę dyscypliny finansów publicznych rozumieć należy indywidualną odpowiedzialność dysponentów budżetowych, którzy decydują o sposobie wykorzystywania środków publicznych.¹⁴

⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 5 czerwca 2014 roku sygn.. K 35/11 Opublikowano: OTK-A 2014/6/61

⁷ K. Piotrowska-Marczak, *Współczesne kierunki zarządzania finansami publicznymi*, [w:] *Instrumenty zarządzania finansami publicznymi w wybranych krajach Unii Europejskiej*, pod red. E. Ruśkowskiego, Białystok 2011, s. 21 i A. Goettel, *Koncepcje odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, „Przegląd Polityczny” 2011, nr 2, s. 51.

⁸ W. Ziółkowski, *Finanse publiczne teoria i zastosowanie*, Poznań 2012, str. 318.

⁹ Ustawa z dnia 1 lipca 1958 r. o prawie budżetowym. (Dz. U. Nr 45, poz. 221 z późn. zm.).

¹⁰ Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 27 września 2012 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Dz. U. z 2013 r. poz. 168 z późn. zm.

¹¹ W. Maciek Bożek, *Działalność orzecznicza głównej komisji orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, Szczecin 2016 s. 29.

¹² S. Sykuna, *Odpowiedzialność Prawna*, [w:] J. Zajadło (red.), *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, Warszawa 2007; Główniej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych dalej określana jako GKO.

¹³ Orzeczenie GKO z 11 grudnia 2000 r., DF/GKO/Odw.-163/287/2000, Lex.pl nr 150147 dostęp na dzień 4.11.2017 r.

¹⁴ M. Dylewski, *Budżetowanie w sektorze komercyjnym i samorządowym*, Szczecin 2004, s. 182

Wobec powyższego uznać należy, iż również organy zarządzające uczelniami publicznymi podlegają dyscyplinie finansów publicznych oraz przede wszystkim konsekwencją, które bezpośrednio się z tym wiążą. Warto nadmienić, że zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu środki publiczne muszą być wydatkowane przez uczelnie zgodnie z zasadami dyscypliny finansów publicznych.¹⁵ Jednakże uczelnie publiczne posiadają dużą autonomię w zakresie prowadzenia gospodarki finansowej. Zgodnie z ustawą uczelnia co roku sporządza plan rzeczowo-finansowy, lecz przy jego tworzeniu zobowiązana jest do stosowania przepisów ustawy o rachunkowości oraz ustawy o finansach publicznych.¹⁶ Szczegółowe zasady sporządzania planu rzeczowo-finansowego; zasady tworzenia oraz zmian stanu funduszy, w tym funduszu rozwoju uczelni; zasady rozliczania, w tym ewidencji kosztów; sposób dostosowania dotychczasowych zasad gospodarki finansowej uczelni publicznych do postanowień ustawy¹⁷ określone są w drodze rozporządzenia rady ministrów. Wspomniane rozporządzenie zawiera również wyliczenie jakie informacje powinny być zawarte w planie rzeczowo-finansowym.

Podmioty, które są odpowiedzialne za gospodarowanie środkami publicznymi to:

- 1) Osoba wchodząca w skład organu, który wykonuje budżet lub plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych lub jednostki, która nie zalicza się do sektora finansów publicznych, ale otrzymuje środki publiczne lub zarządza mieniem tej jednostki;
- 2) Kierownicy jednostek sektora finansów publicznych;
- 3) Pracownicy jednostek sektora finansów publicznych, którzy wykonują czynności dotyczące gospodarki finansowej, zamówień publicznych;
- 4) Osoby, które gospodarują środkami publicznymi w jednostkach, które nie są zaliczane do sektora finansów publicznych.

Warto również zauważyć, iż uczelnie publiczne posiadają również szereg innych możliwości pozyskiwania środków finansowych np.: poprzez współpracę z sektorem prywatnym. Przykładem takiej działalności może być prowadzenie komercjalizacji wyników badań naukowych. Jednakże uczelnie publiczne nie mają dowolności co do procedury w wyniku, której dokonana zostanie komercjalizacja. Szereg ograniczeń został również nałożony w przypadku możliwości pobierania przez uczelnie publiczne opłat za prowadzenie studiów w trybie niestacjonarnym.

Odpowiedzialność kierownika jednostki sektora finansów publicznych

W przypadku omawianego zagadnienia warto poruszyć również problematykę odpowiedzialności, którą ponosi kierownik jednostki sektora finansów publicznych. Na gruncie języka polskiego jako odpowiedzialność rozumieć należy pewien moralny, ale również prawny obowiązek odpowiadania za swoje oraz czyjeś czyny.¹⁸ Kwestie odpowiedzialności oraz sankcjonowanie naruszeń gospodarki finansowej państwa służą instytucje wprowadzone w ustawie z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie finansów publicznych¹⁹, która określa zasady i zakres odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, organy właściwe oraz postępowanie w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W dalszym ciągu aktualny jest wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 stycznia 2003 r.²⁰ Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (wcześniej dyscypliny budżetowej) ma służyć przede wszystkim egzekwowaniu od dysponujących środkami publicznymi prawidłowego wykonywania planów finansowych jednostek działających w oparciu o środki publiczne, nie zaś ocenie, czy plany te były adekwatne do potrzeb danych jednostek.

Ustawodawca zdecydował się na wykorzystania konstrukcji prawa karnego materialnego. Wskazuje również na to orzecznictwo GKO *"Przepis ten ma szczególny charakter, jako nakładający na obywatela sankcję za zachowanie sprzeczne z określonymi normami. Jakkolwiek przepis ten oczywiście nie jest przepisem karnym, a odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie ma charakteru odpowiedzialności karnej, to - ze względu na sankcyjny charakter regulacji, a także zapożyczenie wielu konstrukcji prawnych z przepisów prawa karnego, czy prawa wykroczeń - odpowiednie zastosowanie znajdą zasady, wywodzące się z prawa karnego"*²¹

Szczególną uwagę należy zwrócić również na powołanie organów, których zadaniem jest egzekwowanie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansowej i nadaniem jej charakteru administracyjnego.²² Trafne wydaje się

¹⁵ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu IV SA/Wr 82/14 z dnia 26 czerwca 2016 r. dostęp w Centralnej Bazie Orzeczeń Administracyjnych na dzień 4.11.2017 r.

¹⁶ S. Kisiel. Art. 100. W: *Prawo o szkolnictwie wyższym*. Komentarz [online]. System Informacji Prawnej LEX, 2017-09-10 15:14 [dostęp: 2017-11-04 11:07]. Dostępny w Internecie: <https://sip.lex.pl/#/commentary/587735444/532884>

¹⁷ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 18 grudnia 2012 r. w sprawie szczegółowych zasad gospodarki finansowej uczelni publicznych. (Dz. U. poz. 1533).

¹⁸ <https://sjp.pwn.pl/sjp/;2493511> dostęp na dzień 04.12.2017 r.

¹⁹ Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1311).

²⁰ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego (do 2003.12.31) w Warszawie z dnia 21 stycznia 2003 r., III SA 417/01.

²¹ Orzeczenie GKO z dnia 2 października 2006 r., DF/GKO-4900-52/65/RN-28/06/1542, niepubl., lex dostęp dnia 04.11.2017 r.

²² L. Lipiec-Warzecha, Art. 1. W: *Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*. Komentarz, wyd. II [online]. Wolters Kluwer Polska, 2017-09-10 14:52 [dostęp: 2017-11-04 13:28]. Dostępny w Internecie: <https://sip.lex.pl/#/commentary/587281171/123400>.

być stwierdzenie, iż „tam, gdzie chodzi o uruchomienie jakichkolwiek sankcji, nie wolno pozostawiać miejsca dla domysłów, jaki w istocie tryb karania, a tym samym reżim odpowiedzialności prawnej, wybrał ustawodawca”.²³ Oprócz istoty odpowiedzialności kluczowe również jest zagadnienie dotyczące określenia rodzaju postępowania, zgodnie z którym przypisana zostanie odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz orzeczona kara. Zdecydowanie przeważa pogląd, iż jest to rodzaj postępowania o charakterze represyjnym.²⁴ Dodatkowo w uzasadnieniu projektu ustawy podkreślono, iż omawiany rodzaj odpowiedzialności jest niezależny od przedstawianych w innych przepisach prawa, w szczególności od odpowiedzialności dyscyplinarnej. Wskazano również, że przepisy regulujące ponoszenie odpowiedzialności zawierają regulacje o charakterze represyjnym w związku z powyższym powinny być maksymalnie przejrzyste i zrozumiałe. Intencją ustawodawcy było uwzględnienie wszystkich regulacji w jednym akcie prawnym, bez konieczności pośredniego odwoływania się np. do przepisów Kodeksu postępowania karnego.²⁵

Obowiązek przypisania odpowiedzialności i wymierzenia kary spoczywa na organie pozasądowym. W związku z powyższym powstaje konieczność wprowadzenia możliwości sądowej kontroli orzeczeń. Obowiązek taki został również nałożony w związku z ratyfikowanymi umowami prawa międzynarodowego. Kontrola realizowana jest poprzez przyznanie stronom prawa do złożenie skargi na prawomocne postanowienia i orzeczenia GKO do sądu administracyjnego.²⁶ Doktryna nie wypracowała, jednak jednolitego stanowisko w zakresie władności sądów administracyjnych. Część doktryny stoi na stanowisku, iż mogą one kontrolować jedynie, czy rozstrzygnięcie wydane przez GKO nie zostało wydane z naruszeniem prawa, natomiast nie jest władny oceny surowości sankcji. Pod wątpliwość poddaje się również samo uprawnienie GKO wymierzania odpowiedzialności penalnej, która zgodnie z art. 177 Konstytucji RP²⁷ powinna być jedynie wymierzana przez sądy powszechne.²⁸

Ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie ogólnej definicji naruszenia dyscypliny finansów publicznych, jednakże wprowadzono kazuistyczne oraz wyczerpujące wyliczenie zachowań, które stanowić będą naruszenie oraz wskazanie katalogu osób, które mogą ponosić taką odpowiedzialność.

Jako czyny naruszające dyscyplinę finansów publicznych wymienić można:

a) niepobranie lub niedochodzenie należności Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych albo pobranie lub dochodzenie tej należności w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia;

b) wydatkowanie dotacji niezgodnie z przeznaczeniem określonym przez udzielającego dotację;²⁹

c) wydatkowanie dotacji niezgodnie z przeznaczeniem określonym przez udzielającego dotację;

d) przyznanie lub przekazanie środków związanych z realizacją programów lub projektów finansowanych z udziałem środków unijnych lub zagranicznych bez zachowania lub z naruszeniem procedur obowiązujących przy ich przyznaniu lub przekazaniu;

e) opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Wskazany powyżej katalog stanowi jedynie przykładowe wyliczenie zachowań uznanych przez ustawę jako naruszenie finansów publicznych.

Podsumowanie

Uczelnie publiczne jako jednostka sektora finansów publicznych posiadają niezwykle szeroką autonomię. Z jednej strony ciążą na nich obowiązki związane z zasadami dyscypliny finansów publicznych, natomiast z drugiej mogą prowadzić działalność gospodarczą³⁰ oraz pobierać opłaty za świadczone usługi edukacyjne. Uzyskały również specjalny status poprzez przyznanie im zwolnień w zakresie podatku: dochodowego od osób prawnych, od towarów i usług, od nieruchomości, rolnego, leśnego i od czynności cywilnoprawnych.³¹ W opinii autora szereg regulacji obowiązujących uczelnie jako jednostki sektora finansów publicznych oraz ograniczenia nałożone przez przepisy, które regulują

²³ Z. Kmiecik, *Charakter prawny orzeczeń w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych a koncepcja sankcji administracyjnej*, Glosa 1997, s. 6.

²⁴ W. Robaczyński, *Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – wybrane zagadnienia systemowe* [w:] *Dyscyplina finansów publicznych doktryna, orzecznictwo, praktyka* pod red. M. Smagi, M. Winiarz Warszawa 2015.

²⁵ Ocena skutków regulacji Projektu ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, druk nr 1958 z dnia 1 września 2003 r. str. 3.

²⁶ W. Robaczyński *Odpowiedzialność* Op. Cit.

²⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.), art. 177 “Sądy powszechne sprawują wymiar sprawiedliwości we wszystkich sprawach, z wyjątkiem spraw ustawowo zastrzeżonych dla właściwości innych sądów. Wymierzanie sankcji może być interpretowane również jako wykonywanie czynności z zakresu wymiaru sprawiedliwości.”

²⁸ P. Hofmański, *Opinie zlecona Biura Studiów i Ekspertyz do rządowego projektu ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych* (druk sejmowy nr 1958 z 17 marca 2004 r.

²⁹ Uczelnie publiczne również są podmiotami, które na swoją działalność otrzymują dotacje. Wyróżnić tutaj można między innymi dotacje na cele podstawowe (przeznaczana jest m.in. na zatrudnienie kadry i prowadzenie studiów), projakościową, ale również dotacje celowe, które przeznaczane są na finansowanie konkretnych projektów.

³⁰ Działalność gospodarcza prowadzona przez uczelnie jest jedynie w ograniczonym przez przepisy zakresie.

³¹ P. Sobotko, Art. 91. W: *Prawo o szkolnictwie wyższym. Komentarz* [online]. System Informacji Prawnej LEX, 2017-11-11 14:41 [dostęp: 2017-12-12 16:40]. Dostępny w Internecie: <https://sip-1lex-1pl-10000f4do7b82.han.uwm.edu.pl/#/commentary/587735429/532869>

funkcjonowanie szkolnictwa wyższego w Polsce mogą stanowić przeszkodę w rozwoju oraz co ważniejsze są niezrozumiałe. Dotyczy to w szczególności dużej formalizacji działań, które podejmują uczelnie publiczne. Potwierdzeniem tezy, iż stosowane przez uczelnie publiczne przepisy mogą być niezrozumiałe stanowią wyniki Najwyższej Izby Kontroli, która wskazała na liczne nieprawidłowości związane z pobieraniem przez wybrane uczelnie publiczne opłat za usługi edukacyjne oraz opłaty rekrutacyjne.³² Zgodnie z wynikami wspomnianej kontroli uczelnie publiczne do kosztów postępowania rekrutacyjnego w sposób błędny kwalifikują koszty związane z promocją oferty kształcenia. W opinii autora wynika to z błędnej wykładni przepisów prawa spowodowanej mało precyzyjną regulacją.

Przedstawione wymagania mogą prowadzić do wniosku, iż konieczne są pewne zmiany, które ułatwiły by współpracę uczelni publicznych z sektorem prywatnym. Słuszne wydaje się być stosowanie omawianych regulacji do środków przeznaczonych na zadania finansowane z budżetu państwa, jednakże warto również rozważyć poszerzenie autonomii w zakresie możliwości prowadzenia działalności gospodarczej.³³

PUBLIC UNIVERSITY AS A UNIT OF THE PUBLIC FINANCE SECTOR

The article introduces the public universities as a unit of the public finance sector. The author present the concept of the public finance sector, also discuss what is the discipline of public finances. In the next part of the article has been submitted to the entities incurring liability. On the one hand, universities to associated with the principles of public finance discipline, while on the other can be established, and charge a fee for services rendered. In the applications draws attention to the specific nature of which was awarded the public universities in Poland. In the article the author refers to: legislation, general rules of public finance, judgments, and the position of doctrine.

³² Raportu, Najwyższej Izby Kontroli w zakresie opłat za studia w publicznych szkołach wyższych, KNO.411.002.00.2015, Nr ewid. 214/2015/D/15/506/KNO

³³ Problematyka działalności gospodarczej prowadzonej przez uczelnie publiczne nie została poruszona w niniejszym opracowaniu, gdyż stanowi zbyt rozległą problematykę.

PRANIE BRUDNYCH PIENIĘDZY

1. Historia prania brudnych pieniędzy

Badacze spierają się kiedy dokładnie pojawiło się zjawisko „prania brudnych pieniędzy”. Najbardziej prawdopodobnym okresem jego powstania są lata 20. XX wieku w Stanach Zjednoczonych. Najprawdopodobniej termin ten pojawił się za sprawą dobrze znanego wszystkim szefa gangu z Chicago – Al Capone¹. Gangi jako grupy zorganizowanej przestępczości zajmowały się „praniem brudnych pieniędzy”, mając na celu zalegalizowanie funduszy pochodzących z przestępstwa. Często jako pomysłodawca wskazywany jest również żyd polskiego pochodzenia Meyer Lansky, który po zatrzymaniu Al Capone położył nacisk na zalegalizowanie swojego majątku, do czego wykorzystał raje podatkowe oraz możliwości jakie dają niektóre systemy bankowe niektórych państw, dobrym tego przykładem jest chociażby anonimowość kont bankowych². Lansky opracował pierwszą metodę legalizacji pieniędzy pochodzących z przestępstwa, mianowicie szwajcarskie banki, które z nim współpracowały pozornie udzielały mu pożyczek, w miejsce funduszy z niej pochodzących ujawnieniu ulegały pieniądze zarobione z nielegalnej działalności gangstera, dzięki temu mógł on również korzystać ze zwolnień podatkowych³.

2. Pojęcie prania brudnych pieniędzy

Samo pojęcie „pranie brudnych pieniędzy” powstało niezależnie od początku procedury legalizacji dochodów pochodzących z nielegalnych źródeł, miało to miejsce dopiero w latach 70. XX wieku, kiedy to miała miejsce afera Watergate, jednakże pierwsze użycie tego terminu w kontekście prawnym nastąpiło w Stanach Zjednoczonych w roku 1982⁴. Przestępstwo to obecnie często jest jednym z najważniejszych działań zorganizowanych grup przestępczych, które muszą zalegalizować dochody pochodzące z ich nielegalnej działalności np.: z handlu narkotykami czy bronią⁵. Znanych jest wiele definicji „prania brudnych pieniędzy”, najbardziej powszechną w Europie jest definicja zawarta w Dyrektywie o przeciwdziałaniu „prania brudnych pieniędzy” przy wykorzystaniu systemów finansowych oraz finansowania terroryzmu Parlamentu i Rady Europejskiej z dnia 26 października 2005 roku, która zawarta została również w znowelizowanej polskiej ustawie o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu dnia 16 listopada 2000 roku⁶. Przez pranie brudnych pieniędzy Polski ustawodawca rozumie: „zamierzone postępowanie polegające na:

a) zamianie lub przekazaniu wartości majątkowych pochodzących z działalności o charakterze przestępczym lub z udziału w takiej działalności, w celu ukrycia lub zatajenia bezprawnego pochodzenia tych wartości majątkowych albo udzieleniu pomocy osobie, która bierze udział w takiej działalności w celu uniknięcia przez nią prawnych konsekwencji tych działań,

b) ukryciu lub zatajeniu prawdziwego charakteru wartości majątkowych lub praw związanych z nimi, ich źródła, miejsca przechowywania, rozporządzania, faktu ich przemieszczania, ze świadomością, że wartości te pochodzą z działalności o charakterze przestępczym lub udziału w takiej działalności,

c) nabyciu, objęciu w posiadanie albo używaniu wartości majątkowych pochodzących z działalności o charakterze przestępczym lub udziału w takiej działalności,

d) współdziałaniu, usiłowaniu popełnienia, pomocnictwie lub podżeganiu w przypadkach zachowań określonych w lit. a–c

– również jeżeli działania, w ramach których uzyskano wartości majątkowe, były prowadzone na terytorium innego państwa niż Rzeczpospolita Polska”⁷.

Natomiast autorzy literatury przedmiotu definiują to zjawisko jako: „podejmowanie czynności zmierzających do nadania cech legalności składnikom majątkowym przestępczego pochodzenia”⁸.

Pranie brudnych pieniędzy jest zjawiskiem bardzo złożonym, posiada wiele metod. Brunon Hołyst wyróżnił trzy cechy wspólne dla wszystkich metod, są to:

¹ J. Wójcik, *Kryminologiczna ocena transakcji w procesie prania pieniędzy*, Warszawa 2001, s. 25.

² J. Grzywacz, *Pranie pieniędzy. Metody, raje podatkowe, zwalczanie*, Warszawa 2011, s. 13 – 14.

³ B. Bieniek, *Pranie pieniędzy w prawie międzynarodowym europejskim oraz polskim*, Warszawa 2010, s.22.

⁴ B. Bieniek, *Pranie pieniędzy w prawie międzynarodowym europejskim oraz polskim*, Warszawa 2010, s. 22 – 23.

⁵ K. Laskowska (red.), *Oblicza współczesnej przestępczości zorganizowanej*, Białystok 2014, s.43 - 44.

⁶ P. Chodnicka, *Pranie pieniędzy. Regulacje i ryzyko sektora bankowego*, Warszawa 2015, s. 24.

⁷ Ustawa z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, art.2 pkt. 9.

⁸ R. Zawłocki (red.), *System Prawa Karnego Tom 9 – Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*, Warszawa 2011, s. 572.

- „Konieczność ukrycia prawdziwego źródła pochodzenia dochodów oraz tożsamości ich właściciela;
- Konieczność zachowania stałej kontroli nad czyszczonymi dochodami;
- Konieczność dokonania zmiany formy tych dochodów”⁹.

Istnieje wiele modeli „prania brudnych pieniędzy”, np. model trójfazowy, obiegu Zunda, jednak najpełniej zjawisko to opisuje model, na który składają się 4 fazy:

1) Faza przygotowawcza – jej celem jest przemieszczenie nielegalnych środków z miejsca ich pochodzenia do innego miasta, regionu czy nawet kraju, gdzie będą mieć miejsce dalsze fazy tego zjawiska. Najczęściej wykorzystywanymi metodami przewozu pieniędzy są:

- metoda walizkowa – czyli rzeczywisty przewóz pieniędzy, skuteczny jest on w przypadku, gdy na danym terytorium nie funkcjonuje obowiązek zgłaszania przywozu czy też wywozu dewiz;
- metoda przemytu – w której przemieszcza się pieniądze w taki sam sposób jak robią to przemytnicy narkotykowi czy kontrabandy, np. w specjalnie do tego przygotowanych skrytkach w pojazdach, z racji dużych gabarytów większych sum pieniędzy metoda ta uważana jest za niepraktyczną;
- metoda transferu dóbr luksusowych – opiera się na zakupie drogich przedmiotów i przetransportowaniu ich przez granicę¹⁰.

2) Faza umiejscawiania – w tej fazie przestępcy usuwają ślady, które mogą wskazywać na nielegalne źródła pochodzenia danych środków, jej efektem jest możliwość użycia funduszy pochodzących z przestępstwa tak jak legalnych środków w taki sposób, aby niemożliwe było określenie ich przestępnego rodowodu. Badacze wskazują, iż podczas tej fazy środki z nielegalnych źródeł są najbardziej narażone na wykrycie, gdyż często aby zalegalizować „brudne pieniądze” przestępcy popełniają kolejne przestępstwa, np. próby przekupstwa¹¹. Jest wiele metod wykorzystywanych w tej fazie, ale najczęściej stosowanymi technikami są:

- smurfing, który opiera się na tworzeniu nowych kont bankowych przez osoby zwane „smerfami” i dokonywania przez nich przelewów niedużych kwot. Celem „smurfingu” jest zmiana rozmiarów nielegalnych środków, podzielenie ich na nieznaczące części, co pozwala na skuteczniejsze ukrycie ich pochodzenia. Metoda ta jest najpewniejsza ale i najbardziej czasochłonna, gdyż operacje finansowe odbywają się na niewielkich sumach pieniędzy, które nie powinny wzbudzać podejrzeń¹².
- Kolejną metodą wykorzystywaną w tej fazie jest Refining, jest to zabieg, dzięki któremu sprawcy starają się ograniczyć objętość posiadanych aktywów w formie banknotów do wymiany na większe nominały, robią to z pomocą wielu osób, przez co metoda ta jest bardzo czasochłonna ale dzięki niej nie korzystają z konta bankowego. Podstawione osoby odwiedzają np. kantory, gdzie wymieniają niewielkie ilości gotówki na inne waluty, następnie w innym kantorze obce waluty zamieniane są z powrotem na pożądane banknoty o dużych nominałach¹³.

3) Faza maskowania – w fazie tej przestępca podejmuje czynności związane z oddzieleniem „brudnych pieniędzy” od ich nielegalnego pochodzenia, a także ukrycie tożsamości posiadacza. Rozpoczyna się w chwili wdrożenia pieniędzy do obrotu finansowego i trwa do momentu, kiedy to posiadacz nielegalnych środków jest pewny, iż jego osoba nie zostanie powiązana z nielegalnymi funduszami, a także ukryte zostanie ich źródło. Najczęściej wykorzystywanymi metodami w tej fazie są:

- seria przelewów pieniężnych, między bankami w różnych państwach, których systemy prawne nie posiadają tak restrykcyjnych uregulowań dotyczących ścigania „prania brudnych pieniędzy”, ważne jest także aby te państwa posiadały natomiast uregulowania dotyczące tajemnicy bankowej. Metoda serii przelewów polega na dużej ilości operacji finansowych dokonywanych w różnych krajach przez podstawione osoby lub spółki, które specjalnie do tego celu otwierają konta bankowe;
- zakup złota, kamieni szlachetnych albo biżuterii – w tej metodzie przestępcy również korzystają z usług systemów bankowych krajów o niewielkich uregulowaniach prawnych kwestii „prania brudnych pieniędzy” albo rajów podatkowych. W tej fazie możemy spotkać się również z innymi metodami takimi jak: przewalutowanie, transakcje instrumentami finansowymi czy też zakup ubezpieczeń na życie¹⁴.

4) Faza integracji – jest ostatnim etapem podczas prania brudnych pieniędzy. Jej celem jest umożliwienie przestępcom udokumentowania legalności posiadanego przez nich majątku. Metody stosowane w tej fazie mają za zadanie ulokować te pieniądze w obrocie gospodarczym i umożliwić ich opodatkowanie, co często uważane jest za najlepszy sposób potwierdzenia legalności pochodzenia funduszy.

Najczęściej stosowanymi metodami w celu zalegalizowania posiadanych środków są:

⁹ B. Hołyst, *Kryminalistyka*, Warszawa 2010, s. 385.

¹⁰ J. Grzywacz, *Pranie pieniędzy. Metody, raje podatkowe, zwalczanie*, Warszawa 2011, s. 35 – 36.

¹¹ W. Jarocho, *Przestępczość gospodarcza. Aspekty prawnokarne, kryminologiczne i kryminalistyczne*, Olsztyn 2014, s. 61 – 62.

¹² J. Grzywacz, *Pranie pieniędzy. Metody, raje podatkowe, zwalczanie*, Warszawa 2011, s. 41 – 42.

¹³ K. Buczkowski, M. Wojtaszek, *Pranie pieniędzy*, Warszawa 2001, s. 50.

¹⁴ J. Grzywacz (red.), *Pranie brudnych pieniędzy*, Warszawa 2005, s. 29 – 30.

- Blending - polega na tym, że osoby dokonujące „prania brudnych pieniędzy” bardzo często zakładają działalność usługową, jej specyfika (obróć bezgotówkowy, trudny do określenia przychód, zmienna dynamika) pozwala na wymieszanie funduszy nielegalnych z legalnymi.

- Kolejną najczęściej stosowaną metodą jest obrót środkami trwałymi, które posiadają znaczne ceny, takie jak np. jachty, samoloty, luksusowe samochody. Przestępcy w momencie kupna uiszczają zaniżoną cenę, a brakującą część ceny przekazują kontrahentom nieoficjalnie, po sprzedaniu zakupionego wcześniej jachtu czy też luksusowego samochodu, uzyskane przez nich kwoty stanowią legalny dochód¹⁵.

Osoby „piorące brudne pieniądze”, chcąc ukryć swój nielegalny biznes przekierowują zainteresowanie w branżę, których obrót gotówkowy jest na tyle wysoki aby nie wzbudzać podejrzeń organów ścigania, np. gastronomia (w której można manipulować utargiem) czy tradycyjne kasyna (gdzie nielegalne pieniądze są wymieniane na żetony, a potem znów na pieniądze po przeznaczaniu pewnej części na grę)¹⁶.

3. Raje podatkowe i udział Internetu w praniu brudnych pieniędzy

Definicję raju podatkowego podaje Jerzy Wojciech Wójcik: „Raje podatkowe zwane inaczej oazami podatkowymi są to państwa o uprzywilejowanym systemie podatkowym czyli znacznie korzystniejszym niż w innych państwach”¹⁷. Zaś Departament Skarbu Stanów Zjednoczonych raje podatkowe określa jako: „Państwo, które posiada niską lub zerową stopę podatkową na wszystkie lub wybrane kategorie dochodów, pewien poziom tajemnicy bankowej lub handlowej oraz minimalne lub żadne wymogi rezerw w banku centralnym lub żadne ograniczenia wymiany walut. Większość rajów podatkowych ma nieskomplikowane wymogi licencyjne i regulacyjne dla banków i innych przedsiębiorstw”, należy podkreślić, iż jest to najczęściej stosowana definicja rajów podatkowych¹⁸. Z takiej definicji oazy podatkowej możemy wskazać najważniejszą cechę tego zjawiska, jest nią to, że w danym kraju funkcjonuje znikome obciążenie podatkowe albo wręcz w ogóle nie istnieje jakikolwiek obowiązek podatkowy, lecz dla osób, które posiadają źródła pieniężne z nielegalnych działalności, nie ma to większego znaczenia. Ważniejszą rolę przy procederze „prania pieniędzy” odgrywa tajemnica bankowa umożliwiającą łatwe i anonimowe zakładanie kont bankowych, co pozwala na niezauważalne wykonywanie transakcji pieniężnych. W Polsce prawo podatkowe nie reguluje dokładnie zjawiska oaz podatkowych. Należy jednak wspomnieć, że najbogatsi Polacy posiadający dochód o wiele wyższy niż średnia krajowa, posiadają swoje oficjalne miejsce zamieszkania w europejskich oazach podatkowych np.: w Monaco, jednak jak podaje Narodowy Bank Polski wykorzystywanie oaz podatkowych do legalizacji funduszy pochodzących z przestępstwa nie jest zjawiskiem dotyczącym Polski w tak dużym stopniu jak innych krajów¹⁹.

„Pranie pieniędzy” jest zjawiskiem występującym również w środowisku elektronicznym czyli tzw. cyberprzestrzeni. Cyberprzestrzeń jest to inaczej wirtualna przestrzeń, która pozwala na otwartą komunikację za pomocą sieci komputerowych. Charakteryzuje się ona kilkoma cechami: ma niematerialny charakter, jest płynna, nie posiada całościowego nadzoru, ma numeryczny, nie można określić jej granic, hipertekstowy, jest powszechnie dostępna, interaktywny oraz wirtualny charakter. Często cyberprzestrzeń używamy jako synonim Internetu²⁰.

Przestępcy zaczęli wykorzystywać Internet do „prania brudnych pieniędzy” ze względu na rosnące zainteresowanie bankowością online oraz pewną anonimowością w sieci, co sprawia, że wszystkie nielegalne zabiegi są trudno wykrywalne. Sprawcy do swojego procederu wykorzystują skradzione karty kredytowe lub też same numery tychże kart wykradzione za pomocą oprogramowania szpiegującego²¹. Coraz popularniejsze korzystanie przez przestępców z Sieci, w celu legalizacji funduszy pochodzących z nielegalnych źródeł, zyskało nawet własną nazwę: cyberlaundering. Jest bardzo dużo metod „prania pieniędzy” w Internecie, ale na wszystkie składają się dwie podstawowe zasady:

- anonimowości adresata i nadawcy,
- anonimowości transakcji.

Wskazuje się dwa rodzaje cybertransakcji:

- Przypisane, które wymagają od osoby akceptującej transakcję kontaktu z emitentem pieniądza i tym samym zidentyfikowania osoby płacącej, dla której wymogiem jest posiadanie konta w banku.
- Nieprzypisane, w których nie jest wymagana weryfikacja, a akceptujący internetową transakcję nie ma obowiązku kontaktowania się z emitentem, który musi przyjąć cyberpieniądze. Podczas tej transakcji nie wymagane jest posiadanie konta u emitenta przez osobę posługującą się cyberpieniędzmi²².

¹⁵ J. Grzywacz, *Pranie pieniędzy. Metody, raje podatkowe, zwalczanie*, Warszawa 2011, s. 48 – 49.

¹⁶ A. Buszko, *Finanse przestępczości zorganizowanej*, Toruń 2014, s. 83.

¹⁷ J. W. Wójcik, *Kryminologiczna ocena transakcji w procesie prania pieniędzy*, Warszawa 2001, s. 138.

¹⁸ J. Grzywacz, *Pranie pieniędzy. Metody, raje podatkowe, zwalczanie*, Warszawa 2011, s. 56 – 57.

¹⁹ J. Grzywacz (red.), *Pranie brudnych pieniędzy*, Warszawa 2005, s. 36 – 38.

²⁰ E. W. Pływaczewski, W. Filipkowski, Z. Rau (red.), *Przestępczość w XXI wieku. Zapobieganie i zwalczanie. Problemy technologiczno – informatyczne*, Warszawa 2015, s. 529 – 530.

²¹ J.W. Wójcik, *Pranie pieniędzy. Kryminologiczna i kryminalistyczna ocena transakcji podejrzanych*, Warszawa 2002, s. 112 -113.

²² J. Grzywacz (red.), *Pranie brudnych pieniędzy*, Warszawa 2005, s.43 – 44.

Dużym ułatwieniem dla przestępców było powstanie E-Cash, czyli systemu elektronicznej gotówki. Pieniądze te są cyfrowymi odpowiednikami papierowego banknotu: posiadają nominał, numer seryjny i zabezpieczenia chroniące przed sfałszowaniem, ale między elektroniczną gotówką a tradycyjną jest kilka różnic: dany banknot (cyfrowy) jest zapisywany na dysku komputera oraz może być użyty tylko raz. Korzyści transakcji z wykorzystaniem elektronicznej gotówki za pomocą E-Cash-u są takie, iż użytkownicy są anonimowi i co ważne mają dostęp do pieniędzy przez całą dobę, co daje im w zasadzie nieograniczoną swobodę w korzystaniu ze zgromadzonych środków. Inną metodą pozwalającą na elektroniczny obrót pieniędzmi jest Digital Cash czyli tzw. elektroniczna gotówka, na którą składają się serie niepowtarzalnych numerów, posiadające określoną wartość. Korzystając z tego sposobu osoba płacąca wysyła osobie sprzedającej taki numer. W przeciwieństwie do E-Cash użytkownik nie jest zobowiązany do posiadania konta. Przestępcy w celu „prania pieniędzy” korzystają także z Smart Cards, czyli kart podobnych do kart kredytowych posiadających wbudowany układ mikroprocesorowy. Karty te podobnie jak cybertransakcje możemy podzielić na: przypisane - czyli takie, w których użytkownik posiada konto w banku, w którym karty są ładowane; nieprzypisane – w tym przypadku transakcja nie wymaga pośrednictwa banku, w związku z czym jest ona nie do wykrycia, dlatego jest częściej wykorzystywana przez osoby „piorące brudne pieniądze”. Podczas takiej transakcji przestępca przesyła pieniądze z karty do siebie na komputer, a następnie na inną kartę, w związku z czym pozostaje całkowicie anonimowy²³.

4. Zwalczanie zjawiska prania brudnych pieniędzy

„Pranie pieniędzy” jest w głównej mierze przestępstwem dokonywanym przez grupy zorganizowane. Osoby uczestniczące w tym procederze posiadają bardzo dużą wiedzę na temat transakcji finansowych, przez co wykrycie przestępstwa jest praktycznie niemożliwe. Przestępstwo to wymagało podjęcia odpowiednich działań przez rządy poszczególnych państw, polegających na wprowadzeniu regulacji prawnych dających możliwość ograniczenia występowania tego przestępstwa. Pierwszą regulacją prawną przyjętą w celu zwalczania „prania brudnych pieniędzy” jaką zaakceptowała Unia Europejska, była dyrektywa Rady Wspólnot Europejskich z 10 czerwca 1991 roku w sprawie ochrony systemu finansowego przed wykorzystywaniem go do celów „prania pieniędzy”. W ramach skali wzrostu tego zjawiska, dyrektywa ta ulega ciągłym zmianom, aby zapewniała skuteczność działania. W związku z tym powstaje wiele innych dyrektyw, traktatów i układów, aby zapewnić bezpieczeństwo systemowi finansowemu²⁴.

Istnieją cztery etapy strategii wspierające zwalczanie „prania pieniędzy”, ponieważ kryminalizacja nie jest w stanie sama podołać temu zjawisku.

- Etap pierwszy, powinien polegać na stworzeniu mechanizmu natury prewencyjnej, którego celem jest w jak największym stopniu ograniczyć proceder „prania pieniędzy”. W tym etapie pojawiają się regulacje, których zadaniem jest zwiększenie kontroli władz nad obrotem środkami finansowymi.

- Etap drugi ma na celu opracowanie zasad współpracy banków z organami ścigania przestępców uprawiających proceder „prania brudnych pieniędzy”. Instytucje finansowe powinny spełniać funkcje pomocnicze, gdyż ściganie przestępstw należy do odpowiednich powołanych do tego organów. W tym etapie ważną funkcję pełnią również specjalnie tworzone organy międzyresortowe, analizujące dane przesyłane z zewnątrz, w celu sprawdzenia możliwości popełnienia tego przestępstwa.

- Etap trzeci powiązany jest z przepisami prawa karnego. Jego celem jest kryminalizacja procederu zawierającego działalność kierującą zabiegiem „prania pieniędzy” oraz niedopełnienie zobowiązania rejestracyjnego środków majątkowych.

- Etap czwarty, jest ostatnią częścią strategii, która daje możliwość wprowadzenia przypadku uzyskanego majątku z nielegalnych źródeł na rzecz państwa, aby uniemożliwić przestępcom korzystanie z tych środków oraz oczywiście egzekwowanie innych kar, takich jak chociażby kara pozbawienia wolności, ale w tym przypadku wskazuje się na jej nieskuteczność, gdyż w sytuacji gdy mamy do czynienia z grupą zorganizowaną osadzenie jednego członka nie wpływa na funkcjonowanie całej grupy, taki skutek odnosi dopiero zatrzymanie albo wszystkich uczestników albo co najmniej kierownictwa²⁵.

Ponadto zwalczanie tego typu działalności przestępczej jest utrudnione, gdyż jest ona przestępstwem „bez ofiar”, to znaczy, iż nie ma osoby poszkodowanej, która miała by interes w złożeniu zawiadomienia o takowym zdarzeniu, co warto podkreślić przestępstwo „prania brudnych pieniędzy” jest wtórnym działaniem przestępnym do wcześniej popełnionych czynów będących źródłami nielegalnych funduszy²⁶.

5. Polskie regulacje prawne

²³ J. Grzywacz, *Pranie pieniędzy. Metody, raje podatkowe, zwalczanie*, Warszawa 2011, s. 104 – 105.

²⁴ J. Grzywacz (red.), *Pranie brudnych pieniędzy*, Warszawa 2005, s. 85 – 86.

²⁵ K. Buczkowski, M. Wojtaszek, *Pranie pieniędzy*, Warszawa 2001, s. 59 – 62.

²⁶ E. Gruza (red.), *Wybrane aspekty zwalczania przestępczości zorganizowanej i terroryzmu*, Warszawa 2010, s. 154.

Genezy Polskich regulacji dotyczących prania brudnych pieniędzy powinniśmy doszukiwać się w fali przestępczości jaka ogarnęła Polskę po roku 1989. Wtedy to na terenie naszego kraju swoje pieniądze prały nie tylko nasze rodzime organizacje przestępcze ale także grupy rosyjskie, włoskie czy kolumbijskie. Dużym problemem było też w zasadzie nieograniczone przechodzenie gangsterów z największych polskich grup przestępczych od tzw. bandytki do legalnego biznesu. Liderzy największych grup: Pruszkowskiej i Wołomińskiej inwestowali nielegalnie uzyskane fundusze w akcje, obligacje, nieruchomości, niektórzy posiadali hotele inni dyskoteki. Wszystko to było możliwe dzięki niedziałającym przepisom według których aby wydać postanowienie o przedstawieniu zarzutów przeciwko danej osobie, potrzebne były informacje o kontach bankowych, a informacji tych banki nie mogły udostępnić jeżeli osobie, której dotyczyło postępowanie nie przedstawiono zarzutów, i tak postępowanie utykało w martwym punkcie²⁷.

Penalizacja, a także wyjście z tego błędnego koła przyniósł rok 1997, kiedy to uchwalono nowe prawo bankowe, a także nowy Kodeks Karny, który w swoim rozdziale trzydziestym szóstym zawiera art. 299 dotyczący „prania brudnych pieniędzy”. Przedmiotem jego ochrony jest niewątpliwie prawidłowe funkcjonowanie obrotu gospodarczego ale również wymiar sprawiedliwości, a także mienie²⁸. Czynności sprawcze przestępcy polegają na „przyjęciu”, „posiadaniu” i „używaniu”, chodzi tu o objęcie faktycznego władztwa nad funduszami pochodzącymi z nielegalnego źródła w przypadku przekazania czy też wywozu za granicę, chodzi nie tylko o fizyczne przemieszczenie ale również o np. przelew bankowy²⁹. Przepis ten zawiera cztery typy tego czynu zabronionego, §1 wskazuje na charakter powszechny penalizowanego czynu (ustawodawca użył zwrotu; „kto”), natomiast czyn z paragrafu kolejnego posiada charakter indywidualny, popełnić go mogą: pracownik banku, instytucji finansowej lub kredytowej lub innego podmiotu, na którym na podstawie przepisów prawa ciąży obowiązek rejestracji transakcji i osób dokonujących transakcji (§2)³⁰. Kolejny typ tego czynu z §5 jest to typ kwalifikowany przewidujący dolegliwszą karę za porozumienie osób popełniających czyn w typie podstawowym oraz z §2 z innymi osobami, ma to chronić przed ewentualnym współdziałaniem przestępców dokonujących „prania brudnych pieniędzy” z pracownikami instytucji finansowych. Natomiast w §6 opisano typ kwalifikowany będący przestępstwem skutkowym, gdzie jako skutek ustawodawca wskazał uzyskanie znacznej korzyści majątkowej³¹. Ponadto karane jest przygotowanie co przewiduje §6a wprowadzony do Kodeksu Karnego w 2015 roku. Art. 299 w §8 umożliwia uniknięcie kary przez osobę uczestniczącą w procederze prania brudnych pieniędzy (chyba, że zarzuca się jej któryś typ kwalifikowany) jeżeli dobrowolnie ujawni osoby uczestniczące w popełnieniu tego przestępstwa oraz jeżeli spowoduje to zapobieżenie innym przestępstwom, w przypadku gdy nie doszło do takowego zapobieżenia sąd zastosuje wobec sprawcy nie klauzulę niekaralności ale nadzwyczajne złagodzenie kary³². Przestępstwa zawarte w omawianym artykule można popełnić jedynie umyślnie zarówno w zamiarze bezpośrednim jak i ewentualnym³³.

Zjawisko „prania brudnych pieniędzy” jest przestępstwem niezwykle trudnym do wykrycia. Wynika to z tego, że w zasadzie działalność przestępców mających na celu ukrycie pochodzenia funduszy z nielegalnych źródeł, nie różni się niczym od czynności podejmowanych w obrocie gospodarczym względem funduszy uzyskanych w sposób legalny. Jako przestępstwo „prania brudnych pieniędzy” rozumiemy wszystkie czynności mające na celu legalizację środków pochodzących z nielegalnych procedurów. Aby możliwe było ściganie i karanie wymagana jest skuteczna kontrola ze strony organów państwa, jednakże Najwyższa Izba Kontroli negatywnie oceniła nadzór dokonywany przez polskie instytucje³⁴. Aby skutecznie wykrywać omówione przestępstwo, przepisy prawa powinny nadążać za ciągle zmieniającymi się sposobami i metodami „prania brudnych pieniędzy”.

MONEY LAUNDERING

The following article addresses the topic of money laundering. The first issue that is brought up briefly discusses the history of this phenomenon. The definition of money laundering as well as its phases and methods are also presented. What follows is an analysis of another definition which is connected to money laundering – tax havens. Cyber laundering, which means a legalization of funds that come from illegal sources by using transactions via Internet, is also presented.

²⁷ B. Bieniek, *Pranie pieniędzy w prawie międzynarodowym europejskim oraz polskim*, Warszawa 2010, s. 190 – 192.

²⁸ T. Bojarski (red.), *Kodeks karny – Komentarz*, Warszawa 2013, s. 885.

²⁹ R. A. Stefański (red.), *Kodeks karny – komentarz*, Warszawa 2015, s. 1745.

³⁰ T. Stępień, K. Stępień, *Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu*, Toruń 2001, s. 45.

³¹ K. Nitkowski, *Przestępstwa w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2014, s. 81.

³² A. Marek, V. Konarska – Wrzosek, *Prawo Karne*, Warszawa 2016, s. 616 – 617.

³³ A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny – Komentarz*, Warszawa 2014, s. 1084 – 1085.

³⁴ *Pranie brudnych pieniędzy. NIK negatywnie ocenił skuteczność kontroli* [online], dostęp: 18.12.2016 <http://www.money.pl/gospodarka/wiadomosci/arttykul/pranie-brudnych-pieniedzy-nik-negatywnie,227,0,2140899.html>,

Another issue described in this article are methods of fighting the crime of money laundering. The last issue discussed in the following paper concerns Polish legal regulations on prosecuting this crime.

Paulina Belowska

INSTYTUCJA PRZESZUKANIA W WYPADKACH NIECIERPIĄCYCH ZWŁOKI

Wstęp

Przeszukiwanie jest wykrywczą czynnością dowodową, charakterystyczną dla procedury karnej i mocno w niej zakorzenioną. Jednakże zarówno Kodeks postępowania karnego z 1969¹ r. jak i kodeks obecny², nie zawierają materialnoprawnej definicji tej instytucji³. Wypracowanie precyzyjnych granic tego pojęcia zostało pozostawione doktrynie i orzecznictwu, jednak wszystkie proponowane definicje zawierają istotne różnice. Źródłem tych różnic jest przeznaczenie pojęcia przeszukiwania na potrzeby określonej nauki. Definicje opracowane przez kryminalistów zawierają bowiem inne elementy niż te, które są eksponowane przez procesualistów prawa karnego na podstawie zasad ostrożnej wykładni gramatycznej i celowościowej⁴. Według Pawła Horoszowskiego „celem rewizji jest odnalezienie i zatrzymanie przedmiotów, które pozostają w ścisłym związku z przestępstwem”⁵. Włodzimierz Gutekunst ujmuje przeszukiwanie jako pomocniczą czynność dowodową „której cel stanowi uzyskanie i zabezpieczenie źródeł dowodu”⁶. Według Zbigniewa Czeczota i Mieczysława Czubalskiego przeszukiwanie jest „czynnością procesową mającą na celu znalezienie przedmiotów mogących stanowić określony rzeczowy środek dowodowy”⁷. Brunon Hołyst podaje iż, jest to „czynność zmierzająca do uzyskania rzeczowego materiału dowodowego, której cele wykraczają poza zadania osiągnięte w drodze oględzin miejsca przestępstwa”⁸. Jest to definicja nietrafna, ponieważ nie każde przeszukiwanie daje się porównać z oględzinami miejsca przestępstwa⁹. Według Tadeusza Hanauska przeszukiwanie jest to „określona przez kodeks postępowania karnego czynność kryminalistyczna, nastawiona na znalezienie przedmiotów lub osób”¹⁰. Na szczególną uwagę zasługuje jednak definicja Tomasza Grzegorzcyka: „przeszukiwanie to wykrywczą czynność dowodowa, będąca jednocześnie środkiem przymusu pozwalającym na legalne wkroczenie w sferę konstytucyjnie gwarantowanych praw i wolności osobistych w postaci nietykalności osobistej (art. 41 ust. 1 Konstytucji¹¹) i nienaruszalności mieszkania (art. 50 Konstytucji)”¹². Definicja ta oddaje istotę instytucji przeszukiwania, stanowi ona bowiem legalną ingerencję w sferę praw i wolności obywateli, która wymaga ustanowienia precyzyjnej regulacji ustawowej. Jednakże w przypadku przeszukiwania o charakterze szczególnym, a więc przeszukiwania w wypadkach niecierpiących zwłoki określonego w art. 220 § 3 Kodeksu postępowania karnego, problematyka regulacji ustawowej okazuje się zawiła i trudno jest wypracować jednolite stanowisko w tej kwestii. Celem niniejszego artykułu jest zatem omówienie instytucji przeszukiwania w wypadkach niecierpiących zwłoki, analiza regulacji tej instytucji i jej wadliwości, wskazanie problematyki związanej z granicą konieczności ingerencji w prawa i wolności obywateli, a także omówienie zasady proporcjonalności jako obligatoryjnego kryterium wskazanej ingerencji.

Specyfika regulacji przeszukiwania w wypadkach niecierpiących zwłoki

Instytucja przeszukiwania w wypadkach niecierpiących zwłoki została uregulowana w art. 220 § 3 kp i stanowi czynność legalną warunkowo. Wynika to z faktu, iż co do zasady czynność legalna warunkowo może zostać wykonana wyłącznie przez prokuratora lub sąd. Jednakże w szczególnych okolicznościach czynność ta może zostać przeprowadzona przez Policję lub inny uprawniony organ. Legalność tej czynności uzależniona jest od ziszczenia się warunku rozwiązującego, którym jest niezatwierdzenie czynności przez prokuratora lub sąd. W razie niezatwierdzenia czynności ustają jej skutki prawne, czego konsekwencją jest utrata wartości dowodowej uzyskanych informacji i środków dowodowych¹³.

Ta szczególna instytucja umożliwia Policji lub innym uprawnionym organom w wypadkach niecierpiących zwłoki podjęcie swobodnej decyzji o nagłym przeszukaniu, nieuzależnionej od postanowienia prokuratora lub sądu. Uprawniony

¹ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks postępowania karnego, Dz.U. 1969 nr 13 poz. 96.

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego, Dz.U. 1997 nr 89 poz. 555.

³ A. Kaznowski, Problematyka przeszukiwania mieszkania, Prokuratura i Prawo 4, 2010, 64.

⁴ Z. Uniszewski, Przeszukiwanie. Problematyka kryminalistyczna, Warszawa 2000, s. 43.

⁵ P. Horoszowski, Kryminalistyka, Warszawa 1958, s. 236.

⁶ Włodzimierz Gutekunst, Kryminalistyka. Zarys systematycznego wykładu, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1965, s. 149.

⁷ Z. Czeczot, M. Czubalski, Zarys kryminalistyki, Warszawa 1972, s. 116.

⁸ B. Hołyst, Kryminalistyka, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 1996, s. 364.

⁹ Z. Uniszewski, Przeszukiwanie, op. cit., s. 42.

¹⁰ T. Hanausek, Kryminalistyka. Zarys wykładu, Kraków 2005, s. 115.

¹¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483.

¹² T. Grzegorzcyk, J. Tylman, Polskie postępowanie karne, Warszawa 2014, s. 539.

¹³ J. Skorupka, Czynności legalne warunkowo w postępowaniu karnym, Prokuratura i Prawo 1-2, 2015, s. 68.

organ jest obowiązany jedynie do okazania nakazu kierownika jednostki Policji lub legitymacji służbowej. Duży margines oceny pozostawiony dla funkcjonariuszy Policji lub innego uprawnionego organu skutkuje wzmożoną ingerencją w prawa i wolności obywateli, która niekiedy przekracza granice konieczności oraz nie spełnia wymogów kryterium proporcjonalności. Z tego powodu organ dokonujący przeszukania ma obowiązek niezwłocznie zwrócić się do sądu lub prokuratora o zatwierdzenie tej czynności. Osobie, u której dokonano przeszukania należy doręczyć postanowienie sądu lub prokuratora w przedmiocie zatwierdzenia przeszukania w terminie 7 dni od daty czynności, jeżeli osoba ta zgłosiła do protokołu żądanie jego doręczenia (art. 220 § 3 kpk). Organ sporządzający protokół z dokonanego przeszukania zobowiązany jest pouczyć osobę, u której przeprowadzono tę czynność o przysługującym jej uprawnieniu. Protokół przeszukania powinien zawierać zapis o żądaniu uprawnionej osoby, a także wzmiankę, iż osoba ta została poinformowana o możliwości wystąpienia z wnioskiem o doręczenie jej postanowienia w przedmiocie zatwierdzenia przeszukania¹⁴. W przypadku gdy osoba, u której przeprowadzono przeszukanie nie zostanie poinformowana o przysługującym jej uprawnieniu może ona wystąpić z wnioskiem w każdym czasie¹⁵. Wynika to z zasady prawa do informacji w postępowaniu karnym. Art. 16 § 1 kpk stanowi, iż brak pouczenia lub mylne pouczenie o ciążących obowiązkach i o przysługujących uprawnieniach nie może wywoływać ujemnych skutków procesowych dla uczestnika postępowania lub innej osoby, której to dotyczy. Prokurator podejmując decyzję w przedmiocie zatwierdzenia zatrzymania rzeczy lub przeszukania ustala: czy dokonanie przeszukania i zatrzymania rzeczy na podstawie nakazu kierownika właściwej jednostki Policji lub legitymacji służbowej funkcjonariusza było uzasadnione; czy postanowienie o zarządzeniu przeszukania nie mogło zostać uprzednio wydane; czy czynności te zostały przeprowadzone i udokumentowane zgodnie z przepisami kpk (§ 129 Regulaminu wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury)¹⁶.

Czynność przeszukania stanowi ingerencję w sferę konstytucyjnie chronionych praw i wolności osobistych w postaci nietykalności osobistej, nienaruszalności mieszkania oraz prawa do życia prywatnego. Gwarancję ochrony tych praw stanowi także Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹⁷. Organ dokonujący przeszukania powinien respektować godność ludzką i stać na straży praw człowieka. Powinien on także cechować się znajomością praw człowieka co określa Deklaracja o Policji¹⁸: „Funkcjonariusz Policji powinien uzyskać wszechstronne wykształcenie ogólne, odbyć szkolenie zawodowe oraz praktykę w zawodzie, a także zdobyć niezbędną wiedzę o problemach społecznych, wolnościach demokratycznych, prawach człowieka i w tym w szczególności z zakresu Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności”. Art. 14 ust. 3 ustawy o Policji¹⁹ stanowi iż: „Policjanci w toku wykonywania czynności służbowych mają obowiązek respektowania godności ludzkiej oraz przestrzegania i ochrony praw człowieka”. W przypadku czynności przeszukania w wypadkach niecierpiących zwłoki ingerencja w sferę prawnie chronionych dóbr osobistych obywateli jest wyjątkowo wzmożona i uciążliwa. Przykładem wzmożonej uciążliwości jest chociażby dopuszczalność „najścia” mieszkania oraz innych zamieszkałych pomieszczeń o każdej porze. Przeszukanie w trybie zwyczajnym może zostać przeprowadzone jedynie w godzinach między 6 a 22 (art. 221 § 1 kpk). Brak ograniczeń czasowych w wypadkach niecierpiących zwłoki wynika z możliwości wywołania poważnych następstw w przypadku odłożenia czynności przeszukania do godzin porannych²⁰.

Klauzula niedookreślona jako podstawa dokonania przeszukania

Instytucja przeszukania w wypadkach niecierpiących zwłoki, która stanowi wzmożoną ingerencję w prawa i wolności obywateli, wymaga ustanowienia precyzyjnej regulacji ustawowej. Należy jednak pamiętać, że przeszukanie często łączy się z niepewnością sytuacji ingerencyjnej, co uzasadnia zastosowanie klauzuli niedookreślonej²¹. Z praktyki prokuratorskiej wynika, że instytucję przeszukania stosuje się na wyrost lub w sposób niezasadny głównie w przypadkach stosowania instytucji przeszukania w wypadkach niecierpiących zwłoki²². Jest to wystarczający powód, by podjąć próbę zacieśnienia zakresu wykorzystywania tej instytucji²³.

Cele oraz ogólne podstawy przeszukania zostały uregulowane w art. 219 kpk. Przepis ten dotyczy zatem wszystkich wypadków przeprowadzenia przeszukania. Do instytucji przeszukania w wypadkach niecierpiących zwłoki stosuje się

¹⁴ T. Boratyńska [w:] A. Sakowicz, Kodeks postępowania karnego, Komentarz, Warszawa 2016, s.567.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 27 sierpnia 2007 r. regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek prokuratury, Dz.U. 2007 nr 169 poz. 1189.

¹⁷ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284.

¹⁸ Rezolucja nr 690 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z dnia 8 maja 1979 r.

¹⁹ Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, Dz.U. 1990 nr 30 poz. 179.

²⁰ Z. Uniszewski, Przeszukanie..., op. cit., s. 182.

²¹ R. Koper, Przeszukanie w wypadkach niecierpiących zwłoki, Prokuratura i Prawo 11-12, 2004, s. 17.

²² B. Myrna, Standard ochrony prawa do wolności i osobistego bezpieczeństwa przy zajęciu rzeczy oraz przeszukaniu osób i pomieszczeń w praktyce prokuratorskiej z polskiej perspektywy, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2008, t. XXII, s. 131.

²³ R. Koper, op. cit., s. 17.

ogólną regulację zawartą w wyżej wymienionym przepisie oraz przesłanki wymienione w art. 220 § 3 kpk. Zgodnie z art. 219 kpk warunkiem dopuszczalności przeprowadzenia przeszukania jest istnienie uzasadnionych podstaw do przypuszczenia, że osoba podejrzana, rzeczy mogące stanowić dowód w sprawie lub rzeczy podlegające zajęciu w postępowaniu karnym tam się znajdują. Zwrot językowy określający podstawę dokonania przeszukania ma charakter nieostry i ogólny²⁴. „Przypuszczenie” oznacza „minimalny zasób stosownych informacji”, jest zatem o wiele słabsze od „podejrzenia”. Uzasadnione przypuszczenie może być konsekwencją zdobycia niesprawdzonych informacji, domysłów lub plotek²⁵. Należy zauważyć, iż oprócz przypuszczenia wymagane jest istnienie uzasadnionych podstaw. Fakt ten odróżnia przypuszczenie wymagane przy przeszukaniu od przypuszczenia przewidzianego w art. 307 kpk. Przepis ten określa instytucję pozaprocesową zwaną czynnościami sprawdzającymi, w której wymagane jest istnienie jedynie przypuszczenia, że popełniono przestępstwo. Instytucja przeszukania w wypadkach niecierpiących zwłoki jest natomiast instytucją o charakterze procesowym, dlatego zakres informacji powinien być szerszy niż ten, który wystarczy do wywołania samego uzasadnionego przypuszczenia. Chcąc zapobiec nadużyciom w postaci stosowania instytucji przeszukania na wyrost lub w sposób niezasadny należy zacieśnić ramy dla stosowania tego środka. W doktrynie pojawiła się konfrontacja „uzasadnionego przypuszczenia” z „uzasadnionym podejrzeniem”. Z jednej strony wydaje się, że „uzasadnione podejrzenie” wprowadza zbyt rygorystyczny wymóg posiadania obszernej bazy danych, jaka jest wymagana do wszczęcia postępowania karnego. Mając to na uwadze można przyjąć, iż kategoria „uzasadnionych podstaw do przypuszczenia” jest kategorią pośrednią pomiędzy „uzasadnionym przypuszczeniem” a „uzasadnionym podejrzeniem”²⁶. Jednakże należy spojrzeć na to zagadnienie z innej perspektywy, biorąc pod uwagę wykładnię językową art. 219 kpk. Art. ten stanowi, iż „można dokonać przeszukania pomieszczeń i innych miejsc, jeżeli istnieją uzasadnione podstawy do przypuszczenia, że osoba podejrzana lub wymienione rzeczy tam się znajdują”. Analizując ten przepis odnosi się wrażenie, że zwrot językowy „uzasadnione podstawy do przypuszczenia” sygnalizuje istnienie jedynie prawdopodobieństwa tego, że wymienione rzeczy mogą się tam znajdować. Przepis ten powinien wówczas stanowić, iż „można dokonać przeszukania pomieszczeń i innych miejsc, jeżeli istnieją uzasadnione podstawy do przypuszczenia, że osoba podejrzana lub wymienione rzeczy mogą się tam znajdować”. W przypadku instytucji przeszukania w wypadkach niecierpiących zwłoki, gdy ingerencja w prawa i wolności obywatela jest często nadmierna i bezpodstawa, wykładnia językowa przepisu skłania do zastąpienia wyrażenia „uzasadnione podstawy do przypuszczenia” wyrażeniem „uzasadnione podejrzenie”. Jak już zostało wcześniej wspomniane pogląd ten jest krytykowany ze względu na fakt, iż obszerny zbiór danych jaki jest wymagany do zaistnienia „uzasadnionego podejrzenia” jest podstawą do wszczęcia postępowania karnego. Należy jednak spojrzeć na to zagadnienie nie z perspektywy podstaw do wszczęcia procesu karnego, a analizując całościowo instytucję przeszukania z uwzględnieniem różnic jej odmian. Zamiana przesłanki „uzasadnionych podstaw do przypuszczenia” na „uzasadnione podejrzenie” wprowadzi bardziej rygorystyczny wymóg stosowania tej instytucji. Postulowane wyrażenie „uzasadnione podejrzenie” w dalszym ciągu pozostawia sporą dozę elastyczności, a organy zachowują luz decyzyjny. Zwrot ten nie oznacza bowiem pewności ani dużego stopnia prawdopodobieństwa, a jedynie pozwala na zawężenie zakresu przeprowadzania przeszukania, co stanowić będzie ochronę praw i wolności jednostek przed nadmiernymi nadużyciami.

Aby dokonać przeszukania określonego w art. 219 kpk organ oprócz posiadania uzasadnionych podstaw do przypuszczenia, że określone rzeczy znajdują się w miejscu objętym zamiarem przeszukania ma obowiązek przedstawić osobie, u której przeszukanie ma być przeprowadzone postanowienie sądu lub prokuratora (art. 220 § 2 kpk). Przeszukanie to jest zatem obwarowane wymogami formalnymi, które nie dotyczą jednak szczególnej formy przeszukania. Z tego względu podstawy do przeprowadzenia tej czynności o charakterze szczególnym powinny być bardziej rygorystyczne, aniżeli te których istnienie jest wymagane do dokonania przeszukania w trybie zwykłym. Prawa i wolności obywateli powinny być chronione w sposób szczególny, gdy są one narażone na liczne nadużycia. Przeszukania o charakterze szczególnym nie można postrzegać w oderwaniu od regulacji dotyczącej przeszukania w trybie zwykłym²⁷. Jednakże właśnie to całościowe postrzeganie dwóch trybów tej instytucji jest powodem błędów w regulacji przeszukania w wypadkach niecierpiących zwłoki. Należy bowiem oddzielić dwa tryby przeszukania, z powodu ich znaczącej odmienności. Przykładem odmiennej regulacji instytucji o charakterze szczególnym jest art. 308 kpk, który określa podstawę przeprowadzenia dochodzenia w niezbędnym zakresie. Ustawodawca odmiennie uregulował faktyczne wszczęcie postępowania karnego, wprowadził bowiem wzmiankę o możliwości działania „w granicach koniecznych dla zabezpieczenia śladów i dowodów przestępstwa, przed ich utratą, zniekształceniem lub zniszczeniem”. Wzmianka ta ukazuje jedynie odmienną podstawę instytucji o charakterze szczególnym. Zastosowanie analogii regulacji w stosunku do instytucji przeszukania w wypadkach niecierpiących zwłoki wydaje się bezcelowe, ponieważ oczywistym jest, że

²⁴ Ibidem, s. 20.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.

²⁷ R. Koper, op. cit., s. 19.

instytucja ta ma zastosowanie właśnie w tych sytuacjach, które zostały wymienione w art. 308 kpk. W celu ochrony praw i wolności obywateli przed nadużyciami należy jednak zawęzić interpretację terminu „wypadek niecierpiący zwłoki”, ponieważ jest to konieczne, by instytucja przeszukania o charakterze szczególnym była zgodna z zasadą proporcjonalności²⁸. Zasada ta została wyrażona w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP: „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”. Zasada proporcjonalności składa się z trzech elementów. Zgodnie z orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego należy odpowiedzieć na trzy pytania: po pierwsze – czy wprowadzona przez ustawodawcę regulacja umożliwia realizację zamierzonego celu; po drugie – czy regulacja ta jest niezbędna do ochrony powiązanego z nią interesu publicznego; po trzecie – czy efekty wprowadzonej regulacji pozostają w odpowiedniej proporcji do uciążliwości nałożonej na obywatela²⁹. Klauzula „wypadki niecierpiące zwłoki” powinna zostać zatem doprecyzowana za pomocą wskazania jakie sytuacje stanowią przypadki o charakterze pilnym. Wskazanie umieszczone w art. 308 § 1 kpk zacieśniające granice możliwości dochodzenia w niezbędnym zakresie jest lepszym rozwiązaniem niż pozostanie na braku konkretyzacji wyrażenia „wypadek niecierpiący zwłoki”. Niedookreśloność omawianego przypadku jest równoznaczna z brakiem przejrzystych reguł, które dotyczą wzmożonej ingerencji w sferę dóbr osobistych obywateli³⁰. Z tego powodu ustawodawca powinien wykazać się szczególną starannością w zakresie precyzowania ustawowych regulacji.

Skutki wadliwie przeprowadzonego przeszukania w wypadkach niecierpiących zwłoki

Ważnym aspektem omawianej regulacji jest kwestia skutków wadliwie przeprowadzonego przeszukania w wypadkach niecierpiących zwłoki. Nie ulega wątpliwości, iż przeszukanie, które zostało dokonane poza ustawowymi warunkami dopuszczalności tej czynności nie prowadzi do legalnego uzyskania dowodu³¹. Uzyskane dowody nie mogą stanowić podstawy do podejmowania jakichkolwiek decyzji w procesie karnym³². Sąd Najwyższy w uchwale siedmiu sędziów stwierdził, iż dowody pozyskane w sposób niezgodny z wymogami ustawy są dowodami uzyskanymi nielegalnie³³. W takim przypadku czynność przeszukania należy uznać za niedopuszczalną. Jednakże jeżeli uchybienia skutkują jedynie wadliwością przeprowadzonej czynności, czynność ta powinna zostać zatwierdzona przez prokuratora lub sąd. W konsekwencji, przedmioty uzyskane z wadliwie dokonanej lecz zgodnej z przepisami ustawy czynności przeszukania powinny uzyskać znaczenie dowodowe³⁴. Art. 220 § 3 kpk stanowi, iż organ dokonujący przeszukania powinien niezwłocznie zwrócić się do sądu lub prokuratora o zatwierdzenie tej czynności. W doktrynie został wyrażony pogląd, iż niedokonanie zatwierdzenia przeszukania w wypadkach niecierpiących zwłoki nie powoduje bezskuteczności przeprowadzonej czynności, a przedmioty uzyskane w toku przeszukania stanowią dowody, które mogą zostać wykorzystane w danej sprawie³⁵. Pogląd ten nie uwzględnia jednak istoty instytucji przeszukania w wypadkach niecierpiących zwłoki. Jest to bowiem czynność legalna warunkowo, której legalność uzależniona jest od się zdarzenia przyszłego i niepewnego, jakim jest zatwierdzenie przeprowadzonej czynności przez prokuratora lub sąd³⁶. Zdarzenie przyszłe i niepewne przybiera w tym przypadku postać warunku rozwiązującego. W razie ziszczenia się warunku, a zatem gdy przeszukanie nie zostanie zatwierdzone, czynność ta nie wywołuje skutków prawnych ze skutkiem wstecznym (*ex tunc*)³⁷. Z tego względu przedmioty uzyskane w wyniku przeprowadzonego przeszukania nie mogą stanowić dowodów i powinny zostać niezwłocznie zwrócone. Czynność przeszukania staje się legalna dopiero po zatwierdzeniu jej przez prokuratora lub sąd. Nie można zatem uznać, iż niedokonanie zatwierdzenia przeszukania w wypadkach niecierpiących zwłoki nie powoduje bezskuteczności tej czynności. Oprócz istnienia wymogów dotyczących legitymacji uprawnionego organu oraz wymogu spełnienia wszystkich pozytywnych przesłanek danej czynności instytucja przeszukania o charakterze szczególnym wymaga bardzo ważnego elementu jakim jest zatwierdzenie przeprowadzonej czynności. Zatwierdzenie czynności stanowi bowiem warunek zgodności przeszukania w wypadkach niecierpiących zwłoki z przepisami ustawy karnej procesowej.

²⁸ A. Sakowicz, Przeszukanie mieszkania a prawa do poszanowania prywatności jednostki. Uwagi na marginesie przepisów Konstytucji RP oraz umów międzynarodowych, [w:] Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu, red. A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger, Lublin 2011, s. 923.

²⁹ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, LEX nr 25538.

³⁰ R. Koper, op. cit., s. 23-24.

³¹ J. Skoczeń, Istota dowodów nielegalnych, Forum prawnicze, s. 44, dostęp: 30.10.2017, <http://www.forumprawnicze.eu/attachments/article/136/Skoczen.pdf>.

³² D. Szumiło-Kulczycka, Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego, Warszawa 2012, s. 367.

³³ Uchwała Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów z dnia 23 marca 2011 r., I KZP 32/10, LEX nr 738186.

³⁴ J. Grochowski, Skutki wadliwego przeprowadzenia przeszukania w celu uzyskania dowodów rzeczowych, Problemy Prawa Karnego 1993, nr 19, s. 84-88.

³⁵ B. Szyprowski, Dochodzenie w niezbędnym zakresie jako faktyczne wszczęcie postępowania przygotowawczego, Prokuratura i Prawo 2006, nr 11, s. 157.

³⁶ J. Skorupka, Czynności..., op. cit., s. 68.

³⁷ Ibidem, s. 69.

Zakończenie

Podsumowując, regulacja instytucji przeszukania w wypadkach niecierpiących zwłoki nie jest do końca doprecyzowana. Mankamenty omawianej regulacji tkwią zarówno w przepisach ogólnych, które dotyczą przeszukania każdego rodzaju, jak i w regulacji przeszukania o charakterze szczególnym. Konsekwencją pozostawienia niedookreślonego zwrotu w postaci „wypadku niecierpiącego zwłoki” jest umniejszenie konstytucyjnie zagwarantowanej ochrony dóbr osobistych obywateli. Regulacja ta umożliwia bowiem zbyt szeroką interpretację w zakresie określania sytuacji o charakterze pilnym. Instytucja ta umożliwia Policji lub innym uprawnionym organom podjęcie swobodnej decyzji w zakresie nagłego przeszukania, nieuzależnionej od postanowienia sądu lub prokuratora. Do dokonania przeszukania wystarczy istnienie „uzasadnionych podstaw do przypuszczenia”, „przypuszczenie” oznacza zaś „minimalny zasób stosownych informacji”. Wymienione argumenty ukazują słabości tkwiące w instytucji przeszukania w wypadkach niecierpiących zwłoki. Należy przyjąć, iż skoro ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie przeszukania o charakterze szczególnym, to w konsekwencji decyzja ta pociąga za sobą wymóg ustanowienia szczególnej ochrony obywateli. Zwiększając uprawnienia nieprokuratorskich organów w zakresie ingerencji w prawa i wolności jednostek, należy także w sposób proporcjonalny zwiększyć ochronę tych praw. Jedynym sposobem na to, aby podtrzymać poziom ochrony praw obywateli jest zatem ustanowienie regulacji przeszukania w wypadkach niecierpiących zwłoki jako instytucji odrębnej od zwykłej formy przeszukania. Odrębna regulacja nie oznacza jednak zupełnego oderwania od pozostałych trybów tej instytucji.

THE INSTITUTION OF SEARCH IN URGENT CASES

This article presents problematic issues of a search conducted in specific cases. Authorizes agencies are eligible to conduct a search in urgent cases in criminal proceedings without approval of court or prosecutor's office. This regulation could leave the door wide open to abuse. The institution of search conducted in specific cases associated with violation of fundamental human rights. Establishment correct regulation of search in urgent cases is significant to prevent numerous violations. This is an indication of how much this problematic is elaborate and specific. Search in urgent case may be used only in exceptional case to underpin the level of protection for fundamental rights of individuals.

LEGAL LIABILITY FOR ABUSING THE RIGHT TO CRITICIZE PUBLIC OFFICIALS

Introduction

The performance of public officials is subject to constant social evaluation, and opinions on their work tend to be unfavorable. According to both doctrine and judicature, the boundaries of criticism concerning the performance in the public sphere are rather indeterminate. Public officials ought to be aware that they may be evaluated, and that opinions expressed in the public debate may frequently be critical. Criticism seems characteristic of their work, as they perform in public, for the benefit of society, and in the public interest.

Nevertheless, by expressing an opinion on the performance of a public official, one may abuse the right to criticize, and become legally liable for it. The person whose rights have been violated is protected by civil law if personal rights were infringed on, and by criminal law if an act is declared legally punishable. However, the issue is not that clear, as the court always has to determine if there were any circumstances that may have excluded the act from being unlawful, even if the expressed opinion was pejorative. Moreover, especially in the case of criticism of public officials, the freedom of expression, guaranteed by the Constitution of the Republic of Poland and international laws, has to be taken into account. These observations are particularly valid to the work of journalists, who actively take part in the public debate, and analyze the performance of public officials. This paper discusses these issues with regard to Article 41 of the Press Law Act that contains regulations for the legal protection of valid press criticism, whose role is to make the performance open to public scrutiny.

Public official – a definition

Although the term “public official” appears in numerous law acts, a concise definition has not been provided yet¹. In Polish legislation, an interpretation of the phrase is included in penal code² (k.k.), which states in Art. 115 (13) that “a public official is a person who is an employee in a state administration, other state authority or local government, except when he performs only service-type work, and also other persons to the extent in which they are authorized to render administrative decisions”. The doctrine emphasizes that although this definition appears to be complete, it creates problems of interpretation in practice³.

The definition of the public official has been discussed also in judicature. In the reasons for judgment of 20th March 2006 case file K17/05, Constitutional Tribunal ruled that the term “public official” cannot be equated with “public figure”⁴. According to the Tribunal, it is impossible to clearly define the circumstances in which a person operating within a public institution can be recognized as a public official. However, the analyzed judgment indicated that being a public official requires performing public services within the decision-making competencies of the person in the public or administrative authority, or other public institution⁵. Then, in the judgment of 28th May 2007 case file 2 K/07, comparing the reviewed term with Art. 60 of the Constitution, the Tribunal ruled that performing public functions involves carrying out public tasks, managing municipal possessions and property of the State Treasury⁶.

Supreme Court has also defined the term “public official” in regard to public functions performed by this person. These functions include such competencies as: an exercise of public authority, management of social overhead capital, and decision-making in the public realm. It can be noted that for Supreme Court, “public official” is a broad term. For instance, in judiciary, such persons were regarded as public officials: university teacher⁷, head of a public health care

¹ Cf. e.g. Art. 61 (1) Constitution of Republic of Poland, Art. 5 (2) Access to Public Information Act of Sept. 6, 2001 (Dz.U. vol. 2001, item 112, poz. 1198, with amendments), Art. 2 Restrictions On Undertaking And Conduct of Business Activities By Persons Performing Public Functions Act of Aug. 21, 1997 (Dz.U. vol. 1997, item 106, poz. 679 with amendments).

² Penal Code Act of June 6, 1997 (Dz.U. vol. 88, item 553 with amendments) uses the term ‘public official’ in Art. 213 (2) subsec. 1, Art. 229 (3-6), 230a (1), 265 (3), and Art. 228 of Penal Code specifies crimes that may be committed in connection with performing public function.

³ J. Majewski, Komentarz do art. 115, [in:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Część II. Komentarz do art. 53-116, Warszawa 2016, Legalis; P. Kardas, Kontrowersje wokół pojęcia „osoba pełniująca funkcję publiczną”. Rzecz o kreatywnej wykładni przyjmowanej w orzecznictwie oraz granicach zakresowych typu czynu zabronionego określonych w ustawie, e-czasopismo prawa karnego i nauk Penalnych No. 18, 2001, p. 2 and n.

⁴ Same position in Resolution of 7 judges, Supreme Court of July 3, 1970, VI KZP 27/70, Lex No. 18106.

⁵ Sentence of Constitutional Tribunal of Mar. 20, 2005, K 17/05, <http://trybunal.gov.pl/s/k-1705/> (access 15.05.2017).

⁶ Ordinance of Constitutional Tribunal of May 28, 2008, K 2/07, OTK ZU 4A/2008, item 75.

⁷ Ordinance of Supreme Court of June 25, 2004, V KK 74/06, http://www.sn.pl/orzecznictwo/SitePages/Baza_orzeczen.aspx (access 02.05.2017).

facility (both of administration and health services)⁸, president of a public company (responsible for managing and representing the company in external relations)⁹, and president of board of a housing cooperative (in charge of management of public finance)¹⁰.

Sources of the right to criticize

Freedom of expression, including criticism, is ensured to everyone, as declared in Art. 54 (1) of the Constitution of the Republic of Poland, "the freedom to express opinions, to acquire and disseminate information shall be ensured to everyone". International law grants this freedom in Art. 10 (1) of European Convention on Human Rights (ECHR), which states, "Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers". A similar clause can be found in Art. 19 (2) of International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).

Nevertheless, in certain situations, these freedoms will interfere with other rights, e.g. the right to legal protection of honor and good reputation, and of private and family life¹¹. Neither from international laws nor from the Constitution, one can infer which of these rights may take precedence and if the protection of one should be greater than of the other¹². E. Nowińska correctly observed that there exists no country where complete and unhampered freedom of expression is possible. Thus, it is indispensable to set the boundaries of this freedom, particularly in regard to the development of means of communication, which does not always ensure that expressed opinions are reliable and have been verified¹³.

Article 31 (3) of the Constitution of the Republic of Poland lists limitations upon the exercise of constitutional freedoms and rights, and states that such constraints may be imposed on a person only by statute, and only when necessary for the protection of e.g. the freedoms and rights of other persons. A similar clause may be found in Art. 19 (2) ICCPR, and it allows certain constraints to be placed on the freedom of expression if it is indispensable to, for instance, respect the rights or reputations of others. Also Art. 10 (2) ECHR specifies formalities, conditions, and restrictions, which alter the freedom of expression for the protection of the reputation or rights of others. Restrictions identified in the clause should be interpreted strictly, and any state interference with the rights guaranteed by Art. 10 has to be claimed necessary in a democratic society.

For journalists, who actively take part in a social debate and often refer to the public sphere, the right to criticize was ensured in the Press Law Act, which specifies operative goals of the institution¹⁴. Art. 1 of the Act states that the Constitution guarantees freedom of expression to the press so that it will be able to provide citizens with accurate information, and make the public life transparent and available to public scrutiny. Controlling functions of the press and voicing social criticism in the media are inherent in the transparency of public life¹⁵. Judgments of European Court of Human Rights endorse this role of the press, often stating that the press acts as a watchdog and is responsible for acquiring and disseminating information concerning public interest¹⁶. It is worth pointing out that due to Art. 41 of the Act, legal protection of press criticism is greater, as it excludes liability for publishing opinions that are valid, true and respect the rules of social coexistence and if they fulfill the role described in the abovementioned Art. 1.

Prerequisite of liability for infringement of personal interests of public officials

Protection of personal interests is covered primarily by the civil code (k.c.)¹⁷. In Art. 23, the legislator lists examples of personal rights of every person and emphasizes that people are protected by civil law independently of protection under other regulations. In the case of public officials, criticism most frequently infringes on their honor, good reputation, and privacy.

Art. 24 k.c. specifies means of protection of personal interests. Among claims available to the person whose rights have been infringed, or threatened to be infringed upon, the clause lists the following:

⁸ Resolution of 7 judges of Supreme Court of June 20, 2001, I KZP 50/01, http://www.sn.pl/orzecznictwo/SitePages/Baza_orzeczen.aspx (access 02.05.2017).

⁹ Resolution of 7 judges of Supreme Court of Oct. 18, 2001, I KZP 9/01, Legalis.

¹⁰ Resolution of 7 judges of Supreme Court of Mar. 28, 2002, I KZP 35/01, Lex No. 51721.

¹¹ Art. 47 grants protection of private and family life, honor and good reputation and right to decide about their life to everybody.

¹² J. Raglewski, Wybrane zagadnienia prawnokarnej ochrony czci w Kodeksie karnym z 1997 r., *Czasopismo prawa karnego i nauk penalnych* No. 2, 2003, pp. 63-64.

¹³ E. Nowińska, *Wolność wypowiedzi prasowej*, Warszawa 2007, p. 17.

¹⁴ Dz.U.1984, vol. 5, item 24.

¹⁵ M. Brzozowska-Pasieka, *Komentarz do art. 1 Prawa prasowego*, [in:] M. Brzozowska-Pasieka, M. Olszyński, J. Pasieka, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2013, p. 25.

¹⁶ Cf. ECHR sentence: of May 20, 1999, 21980/93 *Bladet Tromsø A/S i Stensaas v. Norway*; of Sept. 28, 1999 28114/95 *Dalban v. Romania*, in M.A. Nowicki, *Nowy Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 1999-2004*, Kraków 2005, p. 24; cf. decision of Apr. 26, 1979 *The Sunday Times v. Great Britain*, <http://www.freepress.org.pl/BAP/etpcz40.htm> (access 10.05.2017).

¹⁷ Civil Code Act of Apr. 23, 1964 (Dz.U. 1964, vol. 16, item 94).

- demand that unlawful actions be ceased; claimants may demand the actions be ceased if their personal interests are threatened. According to doctrine, this claim usually proves most effective, as removing the effects of infringement is more difficult and less effective in practice;

- demand that the person committing the infringement perform the actions necessary to remove it; this claim complements the demand to cease unlawful actions;

- demand that the person committing the infringement perform the actions necessary to remove its effects. Art. 24 (1) k.c. lists the following possibilities of such removal: to make a declaration of the appropriate form and substance, to pay monetary recompense or that an appropriate amount of money be paid to a specific public cause, and that financial damage caused by infringement of personal interest be remedied;

- declaratory action; this claim has not been suggested by the legislator as means of protection of personal interests, but in doctrine, this alternative is acceptable¹⁸. However, it is emphasized that declaratory action may cause considerable difficulties in determining the object of the declaration, thus such claims are rarely made¹⁹.

These means of protection are fully available to public officials, whose personal interests have been infringed, or threatened to be infringed upon.

Doctrine stresses that personal interests are protected by mandatory provisions of law, hence any infringement upon them proves unlawful²⁰. Presumption of unlawful infringement has been directly stated by Polish legislator in Art. 24 (1) k.c. It is crucial to note that claims would be unjustified if perpetrator should prove that circumstances excluding the act from being unlawful arose. The scope and validity of such events varies in relation to the protection of certain personal interests. Among such circumstances, doctrine includes the following: acting with the consent of an entitled person and at one's peril, operating within a legal order, executing one's own personal rights, and acting in defense of justified social or private interest²¹. The last of these prerequisites is often referred to during cases of protection of personal interests of public officials. It is stressed that this justification is complemented by Art. 16 (6) and Art. 41 of the Press Law Act, which enable the press to publish information about the private life of a person with their permission, or about public performance of this person²².

Pertaining to the issue, Supreme Court in judgment of 29th November 2016 case file I CSK 715/15 stated that freedom of the press and other means of communication is not an advantage given to journalists or the media, but should serve society by expressing judgment on events of general significance to provide people with detailed information and shape opinions. Hence, it is impossible to agree that society would benefit from such freedom of expression that would result in disseminating false information, distorting reality, or presenting press release in a way that would make it difficult for the reader to distinguish between a fact and an author's opinion.

Such practices are contrary to the role of the press in a democratic society, as they do not exercise the right to information. If freedom of the press would be regarded in this manner, it would approve of constant lowering of cultural standards of public debate, decreasing the level of decency, sensitivity, and responsibility. Moreover, as K. Paczoska correctly observed, "Criticism should be an objective statement, not pointed at the person being criticized"²³.

Judicature stresses that if published information is true, and the criticism is voiced in defense of justified social interest, the unlawfulness of an infringement is excluded. Regardless of whom the published material concerns, journalists are required to speak the truth²⁴.

Criminal liability for defamation or insult of a public official

Infringement on personal interests of a public official may result in more than civil liability, as an offender may be also liable for defamation or insult. The offense of defamation is described in Art. 212 k.k., which states that "whoever imputes to another person, a group of persons, an institution or organizational unit not having the status of a legal person, such conduct, or characteristics that may discredit them in the face of public opinion or result in a loss of confidence necessary for a given position, occupation or type to activity" is responsible before the law. The crime of insult is governed by Art. 216 k.k., which provides that "whoever insults another person in his presence, or though in his absence but in public, or with the intention that the insult shall reach such a person" shall be subject to criminal liability. According to the clause, insulting a person in the mass media is punished even more severely.

¹⁸ J. Sierńczyło-Chlabicz, J. Banasiuk, *Cywilnoprawna ochrona wizerunku osób powszechnie znanych w dobie komercjalizacji dóbr osobistych*, Warszawa 2014, p. 130-131.

¹⁹ I. Dobosz, *Prawo prasowe*, Warszawa 2006, p. 240-241.

²⁰ A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979, p. 156.

²¹ P. Księżak, *Komentarz do art. 24 Kodeksu cywilnego*, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, Warszawa 2014, Lex.

²² J. Sadowski, *Naruszenie dóbr osobistych przez media*, Warszawa 2003, p. 48-49.

²³ K. Paczoska, *Komentarz do art. 41 ustawy Prawo prasowe*, [in:] G. Kuczyński (red.), *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2011, p. 543.

²⁴ Sentence of Supreme Court of Nov. 9, 2016, IV CSK 42816, Legalis.

To address the issue of defamation of public officials, it is essential to analyze Art. 213 (2) k.k., which specifies circumstances that exclude unlawfulness of an act. This clause states that “whoever raises or publicizes a true allegation in defense of a justifiable public interest shall be deemed to have not committed the offence specified in Article 212 § 1 or 2”. This regulation is justified by an assumption that in every democratic country, public officials should be aware of being under public scrutiny, and they ought to expect criticism. A person holding the functions of the state works for the benefit of society, which has the full right to evaluate the performance²⁵. In the judgment of 28th September 2000 case file V KKN 171/98, Supreme Court ruled that performance of a public official is subject to public scrutiny, and such person should be aware of the potential criticism. Criticism is socially useful and desirable, if it is valid, factual, voiced for the public interest, and reaches the social objective without transgressing defined boundaries.

Doctrine stresses that certain details from the private and family life of public officials may be crucial to the evaluation of their performance²⁶. It is widely acknowledged that the scope of protection of private life of public officials is narrower than that of other individuals²⁷. However, it should be pointed out that justification described in Art. 213 (2) k.k. may be constrained, as “the evidence of truth shall only be carried out when it serves to prevent a danger to someone's life or to prevent demoralization of a minor”. The penal code does not include separate regulations on a justification that would concern only journalists, thus it is acknowledged that principles included in Art. 213 (2) k.k. apply also to them. It is emphasized that a journalist should perform his work with particular diligence, regulated by standards imposed on him by Art. 12 (1) of Press Law Act.

The issue of criticism, inherent in the work of journalists, has been repeatedly discussed in judicature. In its judgment of 17th October 2001 case file IV KKN 165/97, Supreme Court ruled that the journalists' right to criticize is not unrestricted and cannot be recognized as a privilege to make unfounded allegations. Moreover, journalist's right to criticize cannot be interpreted as a permission to direct invectives at public officials and slander them. The performance of each institution of the State can be evaluated by journalists, and the public is entitled to be informed about possible irregularities. However, it does not release journalists from being impartial and just. While writing about facts, they should present the truth, and not their biased opinions.

As far as the crime of insult is concerned, there exist no similar regulations on a justification of the offender. In Art. 216 (3) k.k. it is only mentioned that the court can renounce from inflicting a punishment if the insult has been provoked by defiant behavior of the victim, or if victim responds to the insult with violation of bodily integrity of the offender or mutual insult. These circumstances are investigated by the court separately in each case.

Conclusions

In a democratic society, the right to control and criticize public officials cannot be questioned. It is emphasized that social control becomes fully possible only when freedom of speech is exercised. By freedom of speech we recognize the right to express opinions, even those pejorative and critical. Still, it has to be stressed that public officials holding prominent state positions have the right to protect their personal rights, infringed upon by critical opinions. In case of such violation, victims may sue offenders for an infringement of personal interests, defamation, or insult. These cases require the court to take individual approach and determine which of the rights, freedom of expression or protection of personal interests, should take precedence. Analysis of position on this issue of both doctrine and judicature leads to the conclusion that although tolerance of criticism of public officials should be greater, the type of criticism, its aim, and interest which it covers, should also be taken into account by courts.

WARUNKI ODPOWIEDZIALNOŚCI PRAWNEJ ZA PRZEKROCZENIE PRAWA DO KRYTYKI OSÓB PEŁNIĄCYCH FUNKCJĘ PUBLICZNĄ

Przekroczenie granic krytyki osób pełniących funkcję publiczną rodzić może odpowiedzialność cywilną za naruszenie dóbr osobistych, jak również karną – w sytuacji gdy krytyczna wypowiedź zawierała treści znieważające lub zniesławiające. Nie ulega jednak wątpliwości, że krytyka społeczna jest w demokratycznym społeczeństwie niezbędna, umożliwia ona kontrolę społeczną osób sprawujących funkcje publiczne. Istotną rolę w tym zakresie pełnią przedstawiciele mediów, którzy uzyskują i ujawniają informacje dotyczące sfery działalności publicznej. Kolidują prawa do informacji skorelowanego z wolnością wyrażania opinii z prawem do ochrony dobrego imienia dość często stanowi przedmiot rozważań sądów krajowych i trybunałów. Jak dotąd, nie udało się jednak określić w sposób kategori-

²⁵ J. Zgoliński, Komentarz do art. 213 k.k., [in:] V. Konarska-Wrzošek (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, Lex.

²⁶ A. Gaberle, Kwalifikowana postać przestępstwa zniesławienia a Prawo prasowe, Państwo i Prawo No. 11, 2007, p. 32.

²⁷ J. Sieńczyło-Chlabicz, Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę. Analiza cywilnoprawna, Kraków 2006, p. 242.

wyższości którejkolwiek ze wskazanych wartości, wzajemna ich relacja musi być zatem określana przez sądy, z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy.

CZY INSTYTUCJA OSKARŻYCIELA PRYWATNEGO W PROCESIE KARNYM MA SENS? ROZWAŻANIA NAD MATERIALNYM I PROCESOWYM PRAWEM KARNYM

1. Postępowanie w sprawach z oskarżenia prywatnego w ogólności

Postępowanie prywatnoscargowe istniało już w Kodeksie postępowania karnego z 1928r.¹ oraz Kodeksie postępowania karnego z 1969r.². Wówczas nazywane było postępowaniem szczególnym drugiego stopnia, do którego stosowane były przepisy o postępowaniu uproszczonym oraz te zawarte w Rozdziale 52. W aktualnym Kodeksie postępowania karnego (dalej również: k.p.k.)³ nie ma już postępowania uproszczonego, a tryb prywatnoscargowy jest postępowaniem szczególnym pierwszego stopnia. Co do zasady stosuje się w nim przepisy o postępowaniu zwyczajnym, jeśli brak jest uregulowania w Rozdziale 52 k.p.k.. Pokrzywdzony, zgodnie z art. 59 k.p.k. może jako oskarżyciel prywatny wnosić i popierać oskarżenie o przestępstwa ścigane z oskarżenia prywatnego. Dodatkowo, inny pokrzywdzony tym samym czynem może aż do rozpoczęcia przewodu sądowego na rozprawie głównej przyłączyć się do toczącego się postępowania. Katalog przestępstw ściganych z oskarżenia prywatnego jest zamknięty i należą do niego: spowodowanie lekkiego uszczerbku na zdrowiu z art. 157 § 2 Kodeksu karnego (dalej również k.k.)⁴, zniesławienie z art. 212 k.k., zniewaga z art. 216 k.k. oraz naruszenie nietykalności cielesnej z art. 217 k.k.⁵.

Pozytywnymi przesłankami warunkującymi wszczęcie postępowania z oskarżenia prywatnego są: ściganie przestępstwa w trybie prywatnoscargowym, wniesienie i popieranie prywatnego oskarżenia, uiszczenie opłaty - tzw. zryczałtowanej równowartości wydatków. Natomiast do przesłanek negatywnych zalicza się: wstąpienie do procesu prokuratora zgodnie z art. 60 § 1 k.p.k., co powoduje, że postępowanie od tego momentu przybiera postać publicznoscargowego, odstąpienie od oskarżenia prywatnego w sposób wyraźny lub konkludentny - poprzez nieusprawiedliwioną nieobecność oskarżyciela prywatnego na posiedzeniu pojednawczym lub rozprawie głównej, przedawnienie karalności i inne przesłanki negatywne⁶.

Podstawowe różnice między postępowaniem zwyczajnym a prywatnoscargowym dotyczą następujących kwestii: aktu oskarżenia, który w sprawach z oskarżenia prywatnego jest uproszczony, wnosi go pokrzywdzony lub jego pełnomocnik, a zawartość tego pisma procesowego może sprowadzać się jedynie do oznaczenia osoby oskarżonego, czynu, który mu się zarzuca oraz wskazania dowodów, na których opiera się oskarżenie. Wymogi te bezpośrednio wymienia art. 487 k.p.k.. Uprawnienia Policji ograniczają się do przyjęcia ustnej lub pisemnej skargi i przekazania jej do sądu oraz do czynności dowodowych jedynie na polecenie sądu. Ponadto, rozprawę główną w postępowaniu z oskarżenia prywatnego obligatoryjnie poprzedza posiedzenie pojednawcze prowadzone przez sędziego lub referendarza sądowego. W postępowaniu prywatnoscargowym możliwe jest zawarcie ugody oraz pojednanie się oskarżyciela z oskarżonym. Co więcej, oskarżony może wnieść wzajemny akt oskarżenia przeciwko oskarżycielowi prywatnemu⁷.

P. Karlik tłumaczy, że w postępowaniu z oskarżenia prywatnego rozpoznawane są sprawy uznane przez ustawodawcę za mało istotne dla interesu społecznego, więc nie wymagają prowadzenia ich przez państwo. Podkreśla on, że są to głównie "drobne konflikty interpersonalne", do rozwiązywania których nie jest wymagana ingerencja organów wymiaru sprawiedliwości⁸.

Podobnie kwestię tę ujmuje W. Jasiński, który pisze, że "Poza dominującym pierwiastkiem interesu prywatnego można poszukiwać także racji pragmatycznych przemawiających za stworzeniem trybu prywatnoscargowego. Biorąc pod uwagę charakter czynów ściganych z oskarżenia prywatnego i uzależnioną często w istotnym stopniu od kontekstu zaistniałych okoliczności (nierzadko budzących wątpliwości lub trudnych do ustalenia) kwestię oceny ich przestępnej natury, angażowanie organów ścigania w zwalczanie tych czynów mogłoby prowadzić do nieefektywnego wykorzystania ograniczonych środków znajdujących się w rękach państwa."⁹

¹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 1928 nr 33 poz. 313).

² Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 1969 nr 13 poz. 96).

³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 1997 nr 89 poz. 555).

⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz.U. 1997 nr 88 poz. 553).

⁵ K. Marszał, J. Zagrodnik, R. Koper, K. Zgryzek, Proces karny, Warszawa 2017, s. 653.

⁶ Ibidem, s. 654.

⁷ Ibidem, s. 396.

⁸ P. Karlik, Postępowanie konsensualne i szczególne w procesie karnym, Warszawa 2017, s. 76.

⁹ K. T. Boratyńska, Ł. Chojniak, W. Jasiński, Postępowanie karne, Warszawa 2016, s. 535.

Nie sposób nie zwrócić uwagi na fakt, iż w historii procesu karnego ścigane w trybie prywatnoskargowym były również inne przestępstwa, które aktualnie prowadzone są z oskarżenia publicznego – z urzędu lub na wniosek. Do takich przestępstw należą: naruszenie miru domowego z art. 171 Kodeksu karnego z 1969 r., naruszenie tajemnicy korespondencji z art. 172 Kodeksu karnego z 1969 r., przywłaszczenie lub inne naruszenie prawa autorskiego z art. 115 ust. 1-3 prawa autorskiego¹⁰, umyślne albo nieumyślne rozpowszechnianie bez uprawnień cudzego utworu z art. 116 ust. 1-2 i 4 prawa autorskiego i kilka innych, przestępstwo odmowy sprostowania z art. 46 Prawa prasowego¹¹.

Kodeks karny z 1997 r. wyeliminował niektóre przestępstwa ścigane z oskarżenia prywatnego i przekazał je organom państwowym. Jak słusznie zauważa Damian Gil, zmarginalizowanie przestępstw ściganych z oskarżenia prywatnego nie wydaje się rozwiązaniem dobrym¹². Autorka zgadza się z tym stwierdzeniem, gdyż w tej sytuacji należałoby się zastanowić nad całkowitym wyeliminowaniem z procesu karnego tego postępowania szczególnego. Czy jest sens wyróżniania trybu prywatnoskargowego tylko dla czterech przestępstw?

2. Zasadność istnienia instytucji oskarżenia prywatnego w procesie karnym – przemyślenia w świetle aktualnych statystyk ministerstwa sprawiedliwości

	201 6	2015	201 4	201 3	2012	201 1	201 0
ogółem skazanych	289 512	260 034	295 353	353 208	408 107	423 464	432 891
art. 157 § 2	0,88 %	0,93 %	0,88 %	0,71 %	0,62 %	0,58 %	0,45 %
art. 212	0,00 %	0,00 %	0,01 %	0,01 %	0,04 %	0,04 %	0,03 %
art. 216	0,01 %	0,01 %	0,01 %	0,02 %	0,13 %	0,11 %	0,09 %
art. 217	0,03 %	0,02 %	0,05 %	0,04 %	0,15 %	0,13 %	0,11 %
Łącznie	0,91 %	0,97 %	0,95 %	0,78 %	0,95 %	0,86 %	0,68 %

Na podstawie statystyk dostępnych na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości¹³, autorka opracowała zestawienie ukazujące procentową ilość skazań prawomocnych za przestępstwa ścigane z oskarżenia prywatnego względem wszystkich skazań prawomocnych. Jak widać w tabeli, łączny odsetek skazań za cztery przestępstwa prywatnoskargowe na przełomie lat od 2010 do 2016 nie przekroczył nawet 1%. Najwyższy wskaźnik dostrzec można w roku 2015, kiedy to odsetek ten wyniósł 0,97%, najniższy zaś w roku 2010 tylko 0,68%.

Oczywiście należy mieć na uwadze instytucję pojednawczego, której to rolę jest – jak sama nazwa wskazuje – pojednanie oskarżyciela i sprawcy. Ale nawet przy założeniu, że postępowanie zostało umorzone z powodu pojednania w połowie spraw ściganych z oskarżenia prywatnego, wówczas odsetek spraw wszczętych lecz umorzonych i tak nie przekroczyłby 2%. Ponownie pojawia się pytanie, czy racjonalnym jest wyróżnianie trybu prywatnoskargowego, skoro liczba przestępstw w nim ściganych jest tak nieznaczna.

3. Najbardziej dotkliwy termin prekluzyjny, czyli rozważania o przedawnieniu karalności

Przedawnienie to wyłączenie lub ograniczenie reakcji karnej z powodu upływu czasu. Materialnym uzasadnieniem przedawnienia jest to, że w miarę upływu czasu słabnie, a w końcu zanika sens reakcji karnej. Związane jest to z jednym z celów karania, jakim jest zaspokojenie społecznego poczucia sprawiedliwości. Drugorzędny, ale również dyskutowany w doktrynie pogląd, według którego instytucja przedawnienia ma sens, sprowadza się do trudności dowodowych np. niepamięć świadków. Art. 101 k.k. reguluje kwestie przedawnienia karalności przestępstw publiczno-skargowych oraz

¹⁰ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. 1994 nr 24 poz. 83).

¹¹ Ustawa z dnia 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe (Dz.U. 1984 nr 5 poz. 24).

¹² D. Gil, Postępowanie w sprawach z oskarżenia prywatnego w polskim procesie karnym, Warszawa 2011, s. 71-77.

¹³ Strona internetowa Ministerstwa Sprawiedliwości <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/> [dostęp na: 4 grudnia 2017 r.].

prywatnoskargowych, rozróżnia długość terminów przedawnienia w zależności od rodzaju i wysokości kary grożącej za dane przestępstwo oraz właśnie trybu ścigania. W prawie karnym wyróżnia się przedawnienie: ścigania, wyrokowania (te dwa łącznie nazywane są przedawnieniem karalności) oraz wykonania kary. Na potrzeby niniejszego artykułu, autorka odnosić się będzie tylko do przedawnienia karalności, które reguluje art. 101 k.k.¹⁴.

Przedawnienie karalności jest ujemną przesłanką procesową z art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. i jej zaistnienie powoduje niewszczętnie postępowania i umorzenie już wszczętego. Jeśli sąd w trakcie postępowania stwierdzi, iż nastąpiło przedawnienie karalności, nie ma on możliwości wydania wyroku skazującego ani uniewinniającego. Jeśli natomiast przesłanka ta zaistnieje w chwili wydania zaskarżonego orzeczenia lub w trakcie przeprowadzania kontroli odwoławczej, to orzeczenie będzie musiało zostać uchylone¹⁵.

W skróceniu terminu przedawnienia przestępstw ściganych w trybie prywatnoskargowym, można dostrzec pewne pogorszenie sytuacji oskarżyciela prywatnego. Rozróżnienie terminów przedawnienia ze względu na tryb ścigania publiczno- lub prywatnoskargowy, który wprowadza art. 101 § 2 zdaniem autorki nie jest słuszną regulacją. Dlaczego skrócony został dla przestępstw ściganych z oskarżenia prywatnego? Dlaczego stygmatyzowany zostaje oskarżyciel prywatny? Odwołać się w tym miejscu należy do częstego braku wiedzy i doświadczenia pokrzywdzonego, który chce dochodzić na drodze sądowej sprawiedliwości. Dlaczego jego sytuacja traktowana jest jako mniej ważna w stosunku do przestępstw z oskarżenia publicznego, dla których to termin wynosi co najmniej 5 lat za pozostałe występki? Zdaniem autorki marginalizowanie pozycji oskarżyciela prywatnego w tym aspekcie nie jest poprawnym uregulowaniem i znacznie bardziej słuszne byłoby zrównanie go do lat 5 również w stosunku do przestępstw prywatnoskargowych, gdyż jest to adekwatny okres do wyłączenia reakcji karnej, po tym czasie można uznać ściganie za niecelowe.

Uzasadnieniem skrócenia okresu przedawnienia przestępstw prywatnoskargowych zdaje się być, jak przy samym wyróżnianiu tej kategorii przestępstw, ich charakter jako czynów o mniejszej uciążliwości społecznej. Zdaniem autorki jednak jest to kolejny argument za wyeliminowaniem rozróżnienia trybów ścigania na publiczne i prywatne w prawie karnym procesowym.

4. Dyferencjacja statusu oskarżyciela prywatnego i publicznego w różnych stadiach postępowania

4.1. Wymogi stawiane oskarżycielowi prywatnemu na etapie wszczęcia postępowania

Oskarżyciel prywatny może zainicjować postępowanie prywatnoskargowe przez złożenie pisemnej lub ustnej skargi na Policji. Jak wskazuje art. 488 § 1 k.p.k. Policja na żądanie pokrzywdzonego przyjmuje skargę i w razie potrzeby zabezpiecza dowody, po czym przesyła skargę do sądu. Skarga jest pojęciem szerszym i nie aż tak bardzo sformalizowanym jak prywatny akt oskarżenia. Może ona być porównywana do zawiadomienia o przestępstwie, gdyż może nawet odnosić się do anonimowego sprawcy, którego ustaleniem zajmie się Policja. Jeśli skarga pokrzywdzonego jest pisemna, Policja przyjmuje ją, rejestruje w odpowiednim dzienniku korespondencyjnym i przesyła sądowi. W przypadku natomiast skargi ustnej funkcjonariusz przyjmujący ją, zobowiązany jest do sporządzenia protokołu. Skarga ta zastępuje akt oskarżenia¹⁶.

Kolejną możliwością zainicjowania postępowania prywatnoskargowego jest wniesienie bezpośrednio do sądu prywatnego aktu oskarżenia. Wymogi dotyczące go są o wiele mniej restrykcyjne niż dotyczące aktu oskarżenia pochodzącego od oskarżyciela publicznego czy nawet subsydiarnego aktu oskarżenia. Wystarczy bowiem wskazać osobę oskarżonego, zarzucić mu czyn oraz dowody, na których opiera się oskarżenie. Te minimalne wymagania pozwalają oskarżycielowi prywatnemu samodzielnie sporządzić akt, bez fachowej pomocy prawnika. Zwrot „oznaczenie osoby oskarżonego”, a nie podanie jego danych osobowych daje oskarżycielowi prywatnemu swobodę, polegającą na tym, iż zgodnie z panującymi poglądami doktryny w prywatnym akcie oskarżenia podać wystarczy umożliwiające identyfikację oskarżonego dane np. nick na forum internetowym czy numer rejestracyjny samochodu, który wiadomo, że należy do oskarżonego – jeśli imię i nazwisko oskarżonego nie są znane pokrzywdzonemu. Określenie czynu nie wymaga podania konkretnego przepisu prawa, dokładnej normy, którą sprawca naruszył wypełniając znamiona typu czynu zabronionego. Wystarczy wskazać historyczne wydarzenie, które miało miejsce, może ono przybrać formę opisową. Ostatnim elementem prywatnego aktu oskarżenia jest wskazanie dowodów¹⁷.

Oskarżyciel prywatny podczas wnoszenia do sądu prywatnego aktu oskarżenia (i odpowiednio skargi składanej na Policji) zobowiązany jest na podstawie art. 621 k.p.k. uiścić do kasy sądowej zryczałtowaną równowartość wydatków w wysokości 300 zł, która to została ustalona na podstawie rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie wysokości zryczałtowanej równowartości wydatków w sprawach z oskarżenia prywatnego¹⁸. Ryczałt ten nie obejmuje kosztów ewentualnego ogłoszenia w prasie, radiu czy telewizji ani nieopłaconej

¹⁴ J. Warylewski, *Prawo karne część ogólna*, Warszawa 2017, s. 651-652.

¹⁵ R. A. Stefański, *Kodeks karny: komentarz*, Warszawa 2017, s. 658.

¹⁶ Z. Banasiak, *Przyjęcie zawiadomienia o przestępstwie prywatnoskargowym w praktyce policyjnej*, „Prokuratura i Prawo”, nr 7-8, 2010, s. 229.

¹⁷ Op.cit. P. Karlik, *Postępowanie...*, s. 83-84.

¹⁸ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 maja 2003 r. w sprawie wysokości zryczałtowanej równowartości wydatków w sprawach z oskarżenia prywatnego (Dz.U. 2003 nr 104 poz. 980).

pomocy prawnej udzielonej z urzędu, na co wskazuje już art. 621 § 1 k.p.k., wydaje się również, że w kwocie 300 zł nie mieszczą się również koszty opinii biegłego. Drugim obowiązkiem oskarżyciela prywatnego, jest dołączenie odpowiedniej liczby odpisów prywatnego aktu oskarżenia, ich brak, tak samo jak nieuiszczenie zryczałtowanej równowartości wydatków, traktowany jest jako brak formalny¹⁹. Zdaniem autorki wymogi te utrudniają oskarżycielowi prywatnemu drogę do dochodzenia sprawiedliwości.

4.2. “Postępowanie przygotowawcze”

W postępowaniu prywatnoscargowym brak jest postępowania przygotowawczego, ten etap procesu czasami mylnie jest utożsamiany z obowiązkiem Policji dokonywania określonych czynności dowodowych na polecenie sądu i przekazywanie sądowi ich wyników. Do tych czynności zgodnie z art. 488 § 2 k.p.k. odpowiednie zastosowanie znajduje art. 308 k.p.k., jednak dotyczy to zarówno sytuacji wniesienia przez oskarżyciela prywatnego aktu oskarżenia, jak również złożenia przez niego skargi na Policji, zatem czynności te określić można by mianem czynności dochodzeniowych w toku postępowania sądowego, lecz nie postępowaniem przygotowawczym²⁰.

Policja, jak to zostało nadmienione, dokonuje czynności dowodowych wskazanych przez sąd oraz takich, które są konieczne ze względu na zabezpieczenie śladów i dowodów przed ich utratą lub zniszczeniem czy zniekształceniem. Przepis wprost wskazuje, że Policja działa “w razie potrzeby”, oznacza to, że samo przyjęcie skargi pokrzywdzonego nie będzie obligować funkcjonariuszy do zabezpieczania dowodów. Może się bowiem okazać, że w prywatnym akcie oskarżenia wystarczająco wskazano dowody popierające oskarżenie i nie ma potrzeby ich zabezpieczania, wówczas Policja będzie zobowiązana tylko do przekazania skargi sądowi. Podobnie nie należy w tym wypadku rozróżniać pozycji Prokuratora w kwestii przekazania skargi sądowi, jeśli nie będzie dostrzegał interesu w objęciu ściganiem przestępstwa, o którym został zawiadomiony przez pokrzywdzonego²¹.

W tym momencie zdaniem autorki znów sytuacja oskarżyciela prywatnego jest utrudniona, bowiem sam musi on zebrać wszystkie dowody, na których opiera oskarżenie. Policja zajmuje się tym, jak wskazano powyżej, tylko „w razie potrzeby”, co w doktrynie określane jest najczęściej jako ryzyko utraty bądź zniszczenia dowodów. Ponownie odwołać się należy do wiedzy i doświadczenia przeciętnego obywatela. Czyż oskarżyciel publiczny nie zająłby się tym znacznie lepiej, szybciej i bardziej profesjonalnie?

Co więcej, uwagę zwraca możliwość przeprowadzenia quasi-postępowania przygotowawczego, bowiem pokrzywdzony (oskarżyciel prywatny) nie dysponuje takimi możliwościami zbierania dowodów jak organy państwowe. Nie może on przykładowo przesłuchiwać świadków, bo nie ma do tego podstaw prawnych. A przede wszystkim brak mu doświadczenia. Czy bowiem przeciętny obywatel myśli o zabezpieczaniu dowodów od razu po doświadczeniu przykrego incydentu bycia poszkodowanym przestępstwem? Często świadomość, że możliwe jest dochodzenia sprawiedliwości przed sądem karnym pojawia się dopiero po jakimś czasie od zostania ofiarą przestępstwa i np. na obdukcję ciała (przy przestępstwie z art. 157 § 2 k.k.) już za późno.

4.3. Posiedzenie pojednawcze

Zgodnie z art. 489 § 1 k.p.k. rozprawę główną w postępowaniach z oskarżenia prywatnego poprzedza posiedzenie pojednawcze prowadzone przez sędziego lub referendarza sądowego. Instytucja ta ma za zadanie doprowadzić do zażegnania sporu bez konieczności przeprowadzania rozprawy. Dopuszczalne jest na wniosek stron lub za ich zgodą wyznaczenie zamiast posiedzenia pojednawczego – mediacji. Posiedzenie rozpoczyna się od wezwania stron do pojednania, o stanowisku stron wobec niego umieszcza się wzmiankę w protokole, który też zawierać ma całość przebiegu posiedzenia. W przypadku pojednania się stron, postępowanie prywatnoscargowe zostaje umorzone. Możliwe jest również pojednanie się lub zawarcie ugody w innej sprawie z oskarżenia prywatnego toczącej się między tymi samymi stronami. Jeżeli stronom nie udało się porozumieć, sprawę kieruje się na rozprawę główną, jeśli to możliwe od razu wyznacza się jej termin, chyba, że istnieje potrzeba skierowania jej na posiedzenie w celu innego rozstrzygnięcia²².

Regulacja wydaje się na pierwszy rzut oka wspaniałym rozwiązaniem. Nie można jednak zapominać o bardzo ważnej kwestii, która jest z nią immanentnie związana – o skutku niestawiennictwa oskarżyciela prywatnego na posiedzeniu pojednawczym. Nieusprawiedliwiona bowiem absencja uznawana jest jako odstąpienie od oskarżenia, co jest równoznaczne z umorzeniem postępowania ze względu na “brak skargi uprawnionego oskarżyciela”, który to jest negatywną przesłanką procesu karnego wymienioną w art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k.. Konsekwencją nieusprawiedliwionej nieobecności oskarżonego jest tylko od razu przeniesienie sprawy na rozprawę główną.

¹⁹ K. Eichstaedt, D. Świecki, B. Augustyniak, M. Kurowski, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2017, s. 398.

²⁰ K. Dudka, Wybrane problemy dochodzenia w sprawach o przestępstwa prywatnoscargowe, “Prokuratura i Prawo”, nr 6, 2005, s. 33 i n.

²¹ Ibidem, s. 34.

²² C. Kulesza, P. Starzyński, Postępowanie karne, Warszawa 2017, s. 375-376.

Zatem oskarżyciel prywatny stawiany jest w trudnej sytuacji. Przecież nie każdy obywatel posiada wiedzę w tym przedmiocie. Jeśli oskarżyciel, który, jak podkreślam ponownie, nie jest doświadczony tak jak chociażby prokurator, nie dowie się odpowiednio wcześniej o skutkach swojej absencji na posiedzeniu pojednawczym i nie pojawi się na nim, dochodzenie przez niego sprawiedliwości będzie utrudnione. Owszem, może on wnieść ponownie prywatny akt oskarżenia, ale nie można wykluczyć sytuacji, iż w międzyczasie nastąpi przedawnienie karalności i nie będzie już możliwe oskarżenie sprawcy.

4.4. Rozprawa główna

Rozprawa w postępowaniu prywatnoscargowym nie różni się znacząco od tej, która ma miejsce w trybie zwyczajnym. Mają zresztą do niej zastosowanie przepisy o postępowaniu zwyczajnym, jeśli jakaś kwestia nie jest uregulowana szczególnie, na co wskazuje art. 485 k.p.k.. Należy jednak zwrócić uwagę na pewne specyficzne cechy postępowania z oskarżenia prywatnego przed sądem I instancji. Po pierwsze sprawy o znieważenie lub pomówienie na mocy art. 359 pkt 2 k.p.k. co do zasady odbywają się niejawnie, jednak na wniosek pokrzywdzonego można uchylić tę zasadę. Po drugie w tym postępowaniu nie ma miejsca dla oskarżyciela posiłkowego, który może jedynie wstąpić do postępowania w charakterze kolejnego oskarżyciela prywatnego. Kolejną różnicą są czynności dowodowe Policji, które ta wykonuje na polecenie sądu, co zostało już wyżej omówione²³.

Ostatnią różnicą, najważniejszą z punktu widzenia niniejszego artykułu, jest odstąpienie przez oskarżyciela prywatnego od oskarżenia, które skutkuje umorzeniem postępowania. Odstąpienie od oskarżenia w procesie prywatnoscargowym może przybrać dwojaką formę: oświadczenia lub konkludentną. Pierwsza z wymienionych nie pozostawia wątpliwości, oskarżyciel prywatny rezygnuje ze ścigania sprawcy poprzez złożenie stosownego oświadczenia. Zaznaczyć warto, iż do rozpoczęcia przewodu sądowego może zrobić to swobodnie, natomiast po jego rozpoczęciu niezbędna jest zgoda oskarżonego. Konkludentne natomiast odstąpienie od oskarżenia sprowadza się do faktu nieusprawiedliwionego niestawiennictwa oskarżyciela prywatnego (i jego pełnomocnika, jeśli go ustanowił) na rozprawie głównej. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego²⁴ przepis ten rozciąga się na wszystkie fazy rozprawy, nie tylko na pierwszą z nich, choć w doktrynie wciąż panuje spór o zasadność tego poglądu²⁵.

Nie można zapomnieć o art. 60 k.p.k., który to pozwala prokuratorowi na wszczęcie albo wstąpienie do postępowania z oskarżenia prywatnego, jeżeli wymaga tego interes społeczny. Jednak możliwość ta implikuje mnóstwo problemów i wątpliwości, na co wskazuje m.in. P. Czarnecki²⁶. Przede wszystkim pojęcie interesu społecznego jest niedookreślone, brak jest jednoznacznej definicji tego pojęcia, co już na wstępie rodzi liczne problemy związane z zastosowaniem omawianego przepisu. Co więcej, decyzja prokuratora o objęciu lub nie postępowania na podstawie omawianego art. 60 k.p.k. podlega wyłącznie wewnętrznej kontroli przez prokuratora nadzrędnego. Instytucja ta budzi wiele zastrzeżeń i w doktrynie często podnoszone są postulaty jej zmiany na np. kontrolę sądową, jednak szczegółowa analiza tego zagadnienia pozostaje poza przedmiotem niniejszego artykułu.

5. PODSUMOWANIE

Reasumując, oskarżyciel prywatny musi zmierzyć się z mnóstwem utrudnień związanych z dochodzeniem przez niego sprawiedliwości. Instytucja ta w obecnym brzmieniu przepisów prawa karnego na wielu płaszczyznach jest marginalizowana i zdaniem autorki najlepszym rozwiązaniem byłoby całkowite jej wyeliminowanie. Wynika to już z faktu, iż w bieżących statystykach odsetek prawomocnych skazań za przestępstwa prywatnoscargowe jest bardzo mały, w poszczególnych latach nie przekroczył nawet 1%. Czy w takim razie sensowne jest utrzymywanie w Kodeksie postępowania karnego instytucji oskarżyciela prywatnego? Zdaniem autorki skala zastosowania skargi prywatnej jest tak znikoma, że przeniesienie przestępstw ściganych w tym trybie do trybu publiczno-skargowego nie stanowiłoby dużego obciążenia dla organów. A mogłoby przynieść pewne pozytywne skutki dla pokrzywdzonych – oskarżycieli prywatnych.

Ważnym pytaniem, jakie nasuwa się w związku z analizą przedmiotowego problemu jest wątpliwość dlaczego Kodeks karny w aktualnym brzmieniu różnicuje tylko cztery przestępstwa jako prywatnoscargowe? Na jakiej podstawie odbywa się owo różnicowanie? Dlaczego akurat te przestępstwa są jak wskazują pewni przedstawiciele doktryny “mało istotne”? Przykładowo naruszenie miru domowego ściganego obecnie w trybie publiczno-skargowym, w odczuciu autorki, jest porównywalnie dotkliwe dla pokrzywdzonego co zniewaga czy zniesławienie, naruszenie nietykalności cielesnej, czy spowodowanie uszczerbku na zdrowiu trwającego nie dłużej niż 7 dni. Niekiedy ostra zniewaga może być znacznie bardziej dotkliwa niż na przykład kradzież mienia, które to ścigane jest z oskarżenia publicznego. Czym

²³ Op. cit. K. T. Boratyńska i inni, *Postępowanie...*, s. 541.

²⁴ Uchwała SN z dnia 23.09.2008 r. (I KZP 19/08, OSNKW 2008, Nr 10, poz. 77).

²⁵ Op. cit. K. T. Boratyńska i inni, *Postępowanie...*, s. 542-543.

²⁶ P. Czarnecki, „Interes społeczny” jako przesłanka ingerencji prokuratora w postępowanie prywatnoscargowe [w:] A. Świątłowski, *Proces karny we współczesnym społeczeństwie*, Kraków 2014, s. 271-291.

spowodowana jest marginalizacja czterech wymienionych przestępstw? Dlaczego państwo uważa, że nie ma potrzeby zapewnienia ochrony dóbr takich jak dobre imię, nietykalność cielesna i zdrowie, poprzez ściganie tych przestępstw przez organy państwowe? Dlaczego dobra te traktowane są gorzej niż chociażby wymienione wyżej dobra materialne (przestępstwo kradzieży z art. 278 k.k.)? Można odebrać to jako pewną stygmatyzację.

Również podnoszony w artykule problem różnicowania okresu przedawnienia karalności ze względu na tryb postępowania budzi wątpliwości. W opinii autorki jest on zbędny i pogarsza sytuację oskarżyciela prywatnego. Znacznie bardziej racjonalnym byłoby zrównanie tego okresu dla obu trybów ścigania do 5 lat, który to zdaniem autorki jest adekwatnym czasem do zaniechania ścigania sprawy.

Podobnie, pomimo pewnych uproszczeń i mniej rygorystycznego traktowania, oskarżyciel prywatny napotyka jednak pewne przeszkody na drodze do wszczęcia postępowania prywatnoskargowego. Dla osoby nieznającej polskiego prawa karnego procesowego (a zdaniem autorki zasada Ignorancia iuris nocet jest fikcją) może nie być oczywistym fakt, iż musi uiścić opłatę w kwocie nie niskiej (wprawdzie istnieje możliwość zwolnienia się od niej po wykazaniu, iż nie jest możliwe jej uiszczenie ze względu na trudną sytuację materialną, jednak nie zawsze takie zwolnienie będzie mogło nastąpić). Tak samo z wymogiem dołączenia opisów prywatnego aktu oskarżenia. Oczywiście skoro braki te traktowane są jako braki formalne, to na podstawie art. 120 § 1 k.p.k. sąd wezwie oskarżyciela prywatnego do ich uzupełnienia, jednak pamiętać trzeba, że nieuzupełnienie ich w terminie 7 dni powoduje bezskuteczność prywatnego aktu oskarżenia, a w tym czasie nadejść może opisywany wyżej termin przedawnienia karalności czynu. Fundamentalną kwestią jest tu wiedza i doświadczenie oskarżyciela prywatnego, który przecież nie musi mieć profesjonalnego pełnomocnika, nie musi też być wybitnym znawcą w zakresie procesu karnego - a musi znać wymogi wszczęcia postępowania i liczyć się z ewentualnymi skutkami ich nieprzestrzegania. W opinii autorki jest to znaczne utrudnienie dla oskarżyciela prywatnego. Oczywiście możliwość wszczęcia postępowania w trybie prywatnoskargowym jest uprawnieniem pokrzywdzonego, a nie jego obowiązkiem, jednak jeśli chce on dochodzić sprawiedliwości, zobligowany jest do przestrzegania rygorystycznych reguł procesowych.

Wszystkie przytoczone przykłady zdaniem autorki sugerują, że instytucja oskarżyciela prywatnego w procesie karnym aktualnie pozbawiona jest sensu i zasadnym byłoby zastąpienie jej trybem publiczno-skargowym wszczynanym na wniosek pokrzywdzonego. Wiedza i doświadczenie zawodowe jakie posiada prokurator (lub inny organ występujący w charakterze oskarżyciela publicznego) są zazwyczaj nieporównywalne do wiedzy i doświadczenia pokrzywdzonego, który musi wcielić się w rolę oskarżyciela prywatnego. Pogląd ten może być kontrowersyjny, jednak artykuł jest przedstawieniem subiektywnego spojrzenia autorki na problem.

DOES THE PRIVATE PROSECUTOR'S INSTITUTION IN CRIMINAL PROCEDURE MAKE SENSE? CONSIDERATION ON SUBSTANTIVE AND PROCEDURE LAW

This article discusses downplayed problems of the status of private prosecutor, consideration of the sense of existence of this institution. Advantages and disadvantages of this legal solution. The article focuses on three fundamental issues: the analysis of the official conviction statistics; the period of limitation of private and public crimes; and distinguish the status of private and public prosecutor in the perspective of the rights and obligations.

The author argues the rationality of the existence this institution, her opinion comes down to the statement that the private-law procedure should be abolished and the private-law crimes should be prosecuted in the public-appeal mode at the request of the victim. This maybe controversial view comes from the analysis of this institution and the problems which it implies.

WYMIAR SPRAWIEDLIWOŚCI W UJĘCIU ADMINISTRACYJNYM

W państwie polskim wymiar sprawiedliwości sprawowany jest przez Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne i sądy wojskowe. Wyraża to *expressis verbis* art. 175 ustawy zasadniczej¹. Wymiar sprawiedliwości jako ukierunkowana działalność państwa zmierza do rozstrzygania sporów zgodnie z przyjętymi przez ustawodawcę normami prawnymi, który jest związany obowiązkiem zapewnienia istnienia instytucjonalnych gwarancji realizacji zasad i wartości wyrażonych w preambule konstytucji. Zagrożenie dla bezstronności sądu, jak wskazano w wyroku TK nr K 24/98², może wynikać z ustawowego zachwiania niezależności organów sądowych lub z utworzonego systemu powiązań między organami państwowymi, które mogą podważać niezależność organu sądowego. Czy w związku z powyższym administracja wymiaru sprawiedliwości różni się od innych dziedzin administracji publicznej? W końcu oprócz hierarchicznie zorganizowanej administracji sądowej występują tu również organy jurysdykcyjne. Dalsze rozważania wymagają ustalenia co właściwie rozumiemy przez pojęcie wymiaru sprawiedliwości?

Według encyklopedii PWN, wymiarem sprawiedliwości jest „wszelka działalność państwowa realizowana przez niezależne sądy, które w formie procesowej rozstrzygają spory, tudzież konflikty prawne”³. Bardzo podobną definicję przytacza również Jacek Ignaczewski, podkreślając iż wymiar sprawiedliwości to przede wszystkim rozstrzyganie spornych spraw z zakresu prawa cywilnego, karnego i administracyjnego przez niezależnego sędziego w niezależnym sądzie⁴. Wydaje się, iż przytoczone definicje przedmiotowego pojęcia są dość przejrzyste. Jednakże jurydyczne zdefiniowanie "wymiaru sprawiedliwości" w praktyce nastrocza pewne trudności. Zauważyć należy, iż w ustawodawstwie polskim nie występuje legalna definicja tego pojęcia. Nie odnajdziemy również jego literalnego odpowiednika w innych państwach.

W literaturze wyróżnić można różne podejście do zagadnienia wymiaru sprawiedliwości. Kazimierz Piasecki zauważa, że należy na pojęcie sprawiedliwości spojrzeć w węższym zakresie. W sensie technicznym sprawiedliwość jest funkcją: sądenia lub orzekania. Przecież to sędzia wymierza sprawiedliwość, a wymiar sprawiedliwości sprawowany jest przez sędziego. Jednak należy pamiętać, że główną funkcją wymiaru sprawiedliwości jest stosowanie prawa. W związku z powyższym sędzia orzeka na podstawie prawa, a nie na podstawie tzw. sprawiedliwości⁵. Niezawisły sąd kształtuje system uwarunkowań działania sędziów w sposób który tę niezawisłość realnie, efektywnie gwarantuje. „Sąd każdej instancji powinien spełniać warunki niezależności, bezstronności i niezawisłości. Społeczna ocena sądu jako instytucji faktycznie niezawisłej wymaga wymierzania sprawiedliwości w sposób, który usuwa potencjalne zastrzeżenia uczestników postępowania co do bezstronności i niezawisłości sądu. Stanowisko to potwierdza Europejski Trybunał Praw Człowieka wskazując, na wagę postrzegania sprawowania wymiaru sprawiedliwości w sposób bezstronny i niezawisły”⁶.

Stanisław Sagan odróżnił termin "wymiar sprawiedliwości" od terminu "wymierzanie sprawiedliwości". Według niego wymiar sprawiedliwości jest to określony i charakteryzujący się szczególnymi właściwościami kierunek działalności państwa. Pojęcie i zakres omawianego pojęcia przedstawił na płaszczyźnie podmiotowej, przedmiotowej, a także mieszanej. W ujęciu podmiotowym należy wskazać organ sprawujący wymiar sprawiedliwości, a mianowicie sąd. Jest to organ konstytucyjny, powołany do sprawowania wymiaru sprawiedliwości poprzez wyposażenie go w pełne procesowe i ustrojowe gwarancje prawidłowego, niezawisłego orzekania.

Kryterium materialne działalności wymiaru sprawiedliwości polega na rozpatrywaniu sporów wynikających ze stosunków prawnych. Definicja mieszana stanowi połączenie definicji podmiotowej z elementami definicji przedmiotowej, a mianowicie określa wymiar sprawiedliwości jako działalność sądów, które rozstrzygają konflikty z zakresu prawa karnego i cywilnego⁷. Można to ująć jeszcze bardziej precyzyjnie, dodając że jest to wiążące rozstrzygnięcie sporów o prawo, w których przynajmniej jedną ze stron jest jednostka lub inny podmiot podobny⁸.

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz. U. 1997 nr 78 poz. 483), zwana dalej Konstytucja RP.

² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 października 1998 roku w sprawie K 24/98 (Monitor Polski 1998 nr 037 poz. 518).

³ <http://encyklopedia.pwn.pl/haslo/wymiar-sprawiedliwosci;3998886.html> (dostęp: 22.11.2016 r.)

⁴ J. Ignaczewski, Wymiar sprawiedliwości – teraźniejszość i przyszłość, Warszawa 2008, str. 1.

⁵ K. Piasecki, Organizacja wymiaru sprawiedliwości w Polsce, Warszawa 1995, str. 5-6.

⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 2007 roku, SK 7/06 (OTK ZU 2007, nr 9A, poz. 108).

⁷ S. Sagan, Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 2003, str. 186-187.

⁸ I. Lipowicz, R. Mędrzycki, M. Szmigiero, Prawo Administracyjne. Zagadnienia podstawowe., pod red. I. Lipowicz, Warszawa 2015, str. 26.

Sprecyzowania definicji pojęcia „wymiar sprawiedliwości” podjął się również Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu K 11/95⁹, w którym stwierdził że: „wymiar sprawiedliwości stanowi jedną z zasadniczych funkcji każdego państwa i polega na konkretyzowaniu i urzeczywistnianiu ustanowionych, względnie uznanych, przez państwo ustaw i norm prawnych w poszczególnych przypadkach, drogą specjalnych postępowań organów państwowych do tych czynności powołanych. (...) Główną funkcją wymiaru sprawiedliwości jest zatem stosowanie prawa, a o jego cechach decyduje przyjęty w danym państwie model sądowego stosowania prawa. (...) W doktrynie przeważa jednakże pogląd, że pojęcie „wymiar sprawiedliwości” należy raczej rozumieć przedmiotowo, jako czynność polegającą na rozstrzygnięciu konfliktów prawnych, a nie podmiotowo, jako wyłączną właściwość organów sądowych. Faktem jest natomiast, że konstytucja i ustawodawstwo zwykle przyznając sądom i sędziom szczególne uprawnienia i gwarancje, czynią sądy organami najbardziej wiarygodnymi dla sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Z tych też względów przyjmuje się, że jeżeli sądy same nie rozstrzygają konfliktów prawnych, to przynajmniej powinny w sferze wymiaru sprawiedliwości sprawować kontrolę nad orzecznictwem organów quasi-sądowych.”

Administracja już w XIX wieku została określona jako działalność państwa nastawiona na realizację dobra publicznego, która jako wyodrębniona część aparatu państwowego realizuje zadania o charakterze organizacyjnym i władczym, ale w ramach ustaw¹⁰. Administracja publiczna dotyczy podmiotów wykonujących funkcje władcze, a przede wszystkim swym zasięgiem obejmuje organy administracji państwowej i samorządowej¹¹. Organizację administracji publicznej należy łączyć z pojęciem organu administracji publicznej. Jednak, jak słusznie zauważa Jan Łukasiewicz, organy administracji nie są jedynymi podmiotami administracji publicznej. Można tu jeszcze wymienić chociażby szkoły, przedsiębiorstwa państwowe, organizacje społeczne czy czasami osoby prawne¹².

Definicja pojęcia "organ administracji publicznej" składa się z następujących elementów składowych tj. wyodrębnienie organizacyjne, działalność w imieniu państwa i na jego rachunek, prawnie przyznane kompetencje oraz posiadanie upoważnienia do działalności władczej. Trybunał Konstytucyjny w orzecznictwie podkreślał, iż m.in. określanie władczych form działania organów administracji publicznej należy pojmować szczególnie rygorystycznie, w związku z czym występuje obowiązek zamieszenia w ustawie zasadniczych dla danej materii rozstrzygnięć. Ustawa nie może blankietowo odsyłać do uregulowań w rozporządzeniu, ponieważ są to istotne kwestie dla sytuacji danego obywatela¹³.

Należy pamiętać, że przykładowo Minister i Rada Ministrów posiadają odrębność organizacyjną, mimo iż są częściami składowymi całej administracji publicznej¹⁴. Administracja państwowa obejmuje wszelkie przejawy działalności i wszystkie organy, które są państwowe. W jej zakresie znajduje się administracja rządowa, a także wyodrębniona administracja władzy ustawodawczej i wyodrębniona administracja władzy sądowniczej¹⁵. Administracja rządowa jest szczególną częścią administracji publicznej. Tworzą ją bowiem centralne organy władzy państwowej i ich urzędy, a również instytucje ogólnokrajowe i terenowe. Realizuje ona zadania publiczne na rzecz indywidualnych obywateli i podmiotów zbiorowych¹⁶.

W państwie polskim władza ustawodawcza i władza sądownicza to dwa osobne segmenty. Pomimo, iż wymiar sprawiedliwości sprawuje działalność orzeczniczą to jednak administracja zajmuje się wyłącznie normowaniem organizowania i organizowaniem pracy sądów i trybunałów¹⁷. Jest to tzw. "pozytywne" określenie wymienionych powyżej funkcji państwa, a wymiar sprawiedliwości wykonuje prawo ustanowione przez parlament¹⁸.

W literaturze przedmiotu można również spotkać się z definicją negatywną administracji publicznej, inaczej nazywaną quasi-negatywną. Za twórców tej definicji uważa się Otto Mayera, Fritza Fleinera oraz Waltera Jedlinka. Wśród Polaków wymienić można Stanisława Kasznicę oraz Emanuela Iserzona. Według tej teorii administracja to działalność państwa nie będąca ustawodawstwem ani sądownictwem. Administracja zajmuje się trudnym do uchwycenia i niezidentyfikowanym obszarem, po odseparowaniu ustawodawstwa i sądownictwa. W definicji quasi-negatywnej można zauważyć podział na dwa obszary: negatywno-przedmiotowy (działalność państwa) i negatywno-podmiotowy (organy państwa). Wadą tej definicji jest niesprecyzowany obszar oddziaływania administracji, który nie jest opisany (tzw. "wielka reszta"). Podkreślono tylko wyeliminowanie dwóch władz państwowych: ustawodawstwa i sądownictwa¹⁹.

⁹ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 marca 1996 roku, sygn. K 11/95 (Z.U. 1996/2/9).

¹⁰ J. Szreniawski, Wstęp do nauki administracji, Lublin 2000, str. 8.

¹¹ Ibidem, str. 9.

¹² J. Łukasiewicz, Zarys nauki administracji, Warszawa 2007, str. 84.

¹³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 października 2014 roku, K 8/14 (105/9/A/2014).

¹⁴ J. Szreniawski, op. cit., str. 56.

¹⁵ A. Błaś, J. Boć, J. Jeżewski, Administracja publiczna, pod red. J. Boć, Kolonia Limited 2003, str. 48-49.

¹⁶ J. Gąciarz, Organizacja i zasady działania administracji publicznej w Polsce, w: Administracja publiczna, Jerzy Hausner (red.), Warszawa 2005, str. 167.

¹⁷ A. Błaś, op. cit., str. 48-49.

¹⁸ Z. Leoński, Zarys prawa administracyjnego, Warszawa-Poznań 1985, str. 8.

¹⁹ I. Lipowicz, op.cit., str. 28-29.

Administracja wymiaru sprawiedliwości znacznie różni się od innych dziedzin administracji publicznej, ponieważ nakładają się tu dwie strefy. Po pierwsze, są to sądy, które stanowią organy jurysdykcyjne, orzekające. Po drugie jest to hierarchicznie zorganizowana administracja sądowa. Jednak należy podkreślić rozróżnienie tych dwóch sfer. O ile pierwszej sfery nie trzeba omawiać, gdyż jak sama nazwa wskazuje zajmuje się tylko tzw. "wyrokowaniem". Zgodnie z zapisem konstytucyjnym tylko sądy i trybunały mają moc wydawania wyroków w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej²⁰. Jest to dość ogólnikowo stwierdzenie. Oprócz wydawania wyroków można w tej strefie odnaleźć inne czynności sądowe, tj. jawność postępowania sądowego, pomoc sądową czy między-instancyjne przekazywanie spraw²¹. Natomiast druga sfera wymaga dodatkowego opisu. Hierarchicznie zorganizowana administracja wymiaru sprawiedliwości obejmuje czynności związane z polityką kadrowo-płacową instytucji wymiaru sprawiedliwości, gospodarowanie finansami publicznymi, zabezpieczeniem majątku danego sądu, zaopatrzenie sądów w niezbędne materiały, narzędzia a przede wszystkim ogólnie rozumianą organizację wydziałów merytorycznych w sądach za pośrednictwem oddziałów²².

W Rzeczypospolitej Polsce można wyróżnić dualizm władzy sądowniczej, w którego skład wchodzi: sądy i trybunały²³. Można nawet śmiało mówić o monopolu władzy sądowniczej. Nie można tej władzy delegować innym organom²⁴. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że elementami definiującymi ustrój sądów są: ich struktura, organizacja wewnętrzna sądów danej kategorii oraz relacje instancyjne w zakresie nadzoru judykacyjnego między różnymi kategoriami sądów a Sądem Najwyższym.²⁵

Sąd Najwyższy sprawuje nadzór nad działalnością sądów powszechnych i sądów wojskowych w zakresie orzecznictwa²⁶. Sądy powszechne składają się z sądów rejonowych, okręgowych i apelacyjnych. Sąd Rejonowy tworzy się dla jednej lub kilku gmin zamieszkałych przez co najmniej 50.000 mieszkańców, a w wyjątkowych sytuacjach można utworzyć więcej niż jeden sąd rejonowy w obrębie jednej gminy. Ważnym warunkiem jest również aby łączna liczba spraw cywilnych, karnych oraz rodzinnych i nieletnich wpływających do istniejącego sądu rejonowego z obszaru tej gminy lub kilku gmin wynosiła co najmniej 5.000 w ciągu roku kalendarzowego. Ustawodawca przewidział wyjątek, a mianowicie wystarczy spełnić jeden warunek ilości spraw cywilnych, karnych oraz rodzinnych i nieletnich. Liczba tych spraw musi wynosić co najmniej 5.000 w ciągu roku kalendarzowego. Sąd okręgowy tworzy się dla obszaru właściwości co najmniej dwóch sądów rejonowych, natomiast sąd apelacyjny tworzy się dla obszaru właściwości co najmniej dwóch sądów okręgowych. Sądy tworzy i znosi Minister Sprawiedliwości po zasięgnięciu opinii Krajowej Rady Sądownictwa, w drodze rozporządzenia²⁷. Ustala on również ich siedziby oraz obszary właściwości²⁸, a także tworzy i znosi wydziały oraz wydziały i ośrodki zamiejscowe sądów w drodze zarządzenia, mając na względzie potrzebę zapewnienia racjonalnej organizacji sądownictwa, w szczególności przez dostosowanie liczby, rodzaju i wielkości wydziałów do obciążenia wpływem spraw, ekonomię postępowania sądowego oraz konieczność prawidłowego wykonywania czynności nadzorczych, w celu zagwarantowania realizacji prawa obywatela do rozpoznania jego sprawy w rozsądnym terminie.²⁹ Sądy powszechne, zgodnie z Konstytucją RP, sprawują wymiar sprawiedliwości we wszystkich sprawach, z wyjątkiem spraw ustawowo zastrzeżonych dla innych sądów³⁰.

Sądy wojskowe zaś dzielą się na sądy garnizonowe (I instancja) oraz sądy okręgowe (II instancja). Tworzy i znosi sądy wojskowe oraz określa ich siedzibę i obszary właściwości Minister Obrony Narodowej w porozumieniu z Ministrem Sprawiedliwości i po zasięgnięciu opinii Krajowej Rady Sądownictwa, w drodze rozporządzenia³¹. Sądy wojskowe sprawują wymiar sprawiedliwości w Siłach Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej w sprawach karnych w zakresie przewidzianym w ustawach oraz orzekają w innych sprawach, jeżeli zostały one przekazane do ich właściwości. Ustawodawca przewidział również klauzulę, iż w wypadkach przewidzianych w ustawach sądy wojskowe mogą sprawować wymiar sprawiedliwości do osób nienależących do Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej³².

Oddzielną gałęzią władzy sądowniczej są sądy administracyjne. Naczelny Sąd Administracyjny wraz z innymi sądami administracyjnymi (jak stanowi Konstytucja) sprawuje kontrolę nad działalnością administracji publicznej oraz rozstrzyga spory kompetencyjne i o właściwość między organami jednostek samorząd terytorialnego, samorządowymi kolegiami

²⁰ Konstytucja RP, art. 174.

²¹ T. Ereciński, *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Regulamin urzędowania sądów powszechnych*. Wprowadzenie Tadeusz Ereciński, Warszawa 2009, str. 25-26.

²² K. Piasecki, op. cit., str. 23-24.

²³ Konstytucja RP, art. 173-174.

²⁴ S. Sagan, op. cit., str. 190.

²⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 marca 2013 roku, sygn. K 27/12 (29/3/A/2013).

²⁶ Konstytucja RP, art. 183.

²⁷ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 listopada 2014 roku w sprawie utworzenia niektórych sądów rejonowych (Dz. U. 2014, poz. 1683).

²⁸ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 roku - Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. Nr 98, poz. 1070 ze zm.), zwana dalej Ustawa – Pusp.

²⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 marca 2013 roku, sygn. K 27/12 (29/3/A/2013).

³⁰ Konstytucja RP, art. 177.

³¹ Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 17 lutego 2010 r. w sprawie zniesienia niektórych wojskowych sądów garnizonowych oraz zmiany rozporządzenia w sprawie utworzenia sądów wojskowych oraz określenia ich siedzib i obszarów właściwości (Dz. U. 2010 nr 32 poz. 175).

³² Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. - Prawo o ustroju sądów wojskowych (Dz. U. Nr 117, poz. 753 ze zm.), zwana dalej Ustawa Pusw.

odwoławczymi i między tymi organami a organem administracji rządowej³³. Kontrola o której mowa powyżej, sprawowana jest pod względem zgodności z prawem, o ile ustawy nie stanowi inaczej. Obecnie w sądach administracyjnych mamy dwa szczeble sądownictwa, a mianowicie: wojewódzkie sądy administracyjne (I instancja) oraz Naczelny Sąd Administracyjny (II instancja). Naczelny Sąd Administracyjny sprawuje nadzór nad działalnością wojewódzkich sądów administracyjnych w zakresie orzekania w trybie określonym ustawami; a także rozpoznaje środki odwoławcze od orzeczeń w/w sądów i podejmuje uchwały wyjaśniające zagadnienia prawne oraz rozpoznaje inne sprawy należące do właściwości Naczelnego Sądu Administracyjnego na mocy innych ustaw³⁴. Orzecznictwo wskazuje, iż podstawową funkcją sądownictwa administracyjnego i toczącego się przed nim postępowania jest sprawowanie wymiaru sprawiedliwości poprzez działalność kontrolną polegającą na zbadaniu, czy organ administracji publicznej nie naruszył prawa w stopniu mogącym mieć wpływ na wynik sprawy. W tym zakresie mieści się ocena, czy zaskarżone rozstrzygnięcie odpowiada prawu i czy postępowanie prowadzące do jego wydania nie jest obciążone wadami uzasadniającymi jego uchylenie³⁵.

Ustawodawcy założyli powstanie dwóch autonomicznych pionów sądowych. Pierwszy pion, w skład którego wchodzi sądy powszechne i wojskowe, podporządkowany jest Sądowi Najwyższemu. Natomiast pion drugi, w skład którego wchodzi sądy administracyjne podporządkowany jest Naczelnemu Sądowi Administracyjnemu. Warto podkreślić, iż Sąd Najwyższy oraz Naczelny Sąd Administracyjny mogą korzystać z uprawnienia do wydawania uchwał w sprawach pytań i wątpliwości prawnych³⁶.

Tematyka niniejszego opracowania wymaga szerszego omówienia struktury sądów powszechnych. W okresie międzywojennym tworzenie i znoszenie sądów powszechnych oraz ustalanie ich siedzib i granic okręgów następowało w drodze ustawy. Po drugiej wojnie światowej materia ta została przekazana do uregulowania w drodze rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości na mocy upoważnienia ustawowego. Trybunał Konstytucyjny podkreśla, że sposób tworzenia i znoszenia sądów powszechnych wprowadzony po drugiej wojnie światowej został co do zasady zaakceptowany przez demokratycznego ustawodawcę³⁷. Jak zostało wskazane wcześniej struktura organizacyjna sądów powszechnych przewiduje trzy kategorie sądów: rejonowe, okręgowe i apelacyjne. Sądy rejonowe, jako sądy I instancji, rozpatrują sprawy w zakresie prawa cywilnego, prawa karnego, prawa rodzinnego i nieletniego, prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, prawa gospodarczego a także sprawy związane z prowadzeniem ksiąg wieczystych. Sądy okręgowe są zaś sądami I instancji w cięższych gatunkowo sprawach wskazanych przez ustawy procesowe, a w sprawach rozpatrywanych przez sądy rejonowe rozpoznają środki odwoławcze od orzeczeń – są sądami II instancji. Natomiast sądy apelacyjne są tylko sądami II instancji, czyli sądami odwoławczymi i rozpatrują środki zaskarżenia od orzeczeń wydawanych przez sądy okręgowe³⁸.

W państwie polskim nadzór nad administracją wymiaru sprawiedliwości należy do Ministra Sprawiedliwości³⁹, czyli do organu władzy wykonawczej. Zgodnie z art. 8 ustawy – Pusp, do działalności administracyjnej sądów należy zapewnienie odpowiednich warunków techniczno-organizacyjnych oraz majątkowych funkcjonowania sądów a także zapewnieniu właściwego toku wewnętrznego urzędowania sądów⁴⁰. Nadzór nad sądami powszechnymi można podzielić na nadzór wewnętrzny i zewnętrzny. Nadzór zewnętrzny sprawują sędziowie delegowani do Ministerstwa Sprawiedliwości, natomiast nadzór wewnętrzny sprawują prezesi sądów⁴¹.

Szczegółowy tryb sprawowania nadzoru administracyjnego nad działalnością administracyjną sądów powszechnych, sposób dokumentowania czynności nadzorczych oraz sposób sporządzania informacji rocznej o działalności sądów na obszarze apelacji określa Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 20 grudnia 2012 roku w sprawie nadzoru administracyjnego nad działalnością administracyjną sądów powszechnych⁴².

Nadzór zewnętrzny sprawują sędziowie delegowani do Ministerstwa Sprawiedliwości. Sędzia może zostać delegowany do pełnienia czynności administracyjnych w innym sądzie równorzędnym lub niższym, a w wyjątkowych sytuacjach w wyższym, w Ministerstwie Sprawiedliwości lub innej jednostce organizacyjnej podległej lub nadzorowanej przez Ministra Sprawiedliwości, w Sądzie Najwyższym lub w sądzie administracyjnym, na czas określony nie dłuższy niż dwa lata albo na czas nieokreślony. Sędzia może też zostać delegowany do pełnienia czynności administracyjnych w biurze Krajowej Rady Sądownictwa, w międzynarodowej sędziowskiej organizacji pozarządowej czy do prowadzenia

³³ Konstytucja RP, art. 184.

³⁴ Ustawa z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz. U. Nr 153, poz. 1269), art. 2-3, zwana dalej Ustawa – Pusa

³⁵ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 24 października 2014 roku w sprawie V SA/Wa 1769/13.

³⁶ S. Sagan, op. cit., str. 191.

³⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 marca 2013 roku, K 27/12 (29/3/A/2013).

³⁸ T. Ereciński, op. cit., str. 13-14.

³⁹ Ustawa – Pusp, art. 9.

⁴⁰ K. Piasecki, op. cit., str. 24-25.

⁴¹ Ustawa – Pusp, art. 9a.

⁴² Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 20 grudnia 2012 roku w sprawie nadzoru administracyjnego nad działalnością administracyjną sądów powszechnych (Dz. U. 2013, poz. 69), zwany dalej Rozporządzenie w sprawie nadzoru.

szkoleń w Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury. W tych trzech przypadkach ustawa nie wskazuje terminów delegacji. Minister Sprawiedliwości może również delegować sędziego do pełnienia określonej funkcji poza granicami państwa polskiego, za jego zgodą, na czas określony, nie przekraczający czterech lat. Delegację można ponownie przedłużyć na kolejny okres, również nie przekraczający czterech lat⁴³.

Minister Sprawiedliwości co najmniej raz w roku zwołuje naradę z prezesami sądów apelacyjnych w celu omówienia zagadnień związanych ze sprawowaniem nadzoru. Ogólne kierunki wewnętrznego nadzoru, ustala się, uwzględniając w szczególności wyniki analizy informacji rocznych. Mogą one obejmować także odrębne zalecenia odnoszące się do działalności sądów na obszarze poszczególnych apelacji lub okręgów sądowych. Rozpatrzenie złożonej informacji rocznej następuje nie później niż do końca września każdego roku. Minister Sprawiedliwości może zarządzić uzupełnienie informacji rocznej lub złożenie pisemnych wyjaśnień do przedstawionej informacji rocznej. O przyjęciu informacji rocznej albo odmowie jej przyjęcia oraz przyczynach odmowy zawiadamia się niezwłocznie prezesa sądu apelacyjnego. W ramach kontroli wykonywania obowiązków nadzorczych przez prezesów sądów apelacyjnych Minister Sprawiedliwości może żądać od prezesa sądu apelacyjnego przedstawienia, w określonym terminie, informacji lub dokumentów dotyczących wykonywania tych obowiązków, a w uzasadnionych przypadkach – także akt spraw sądowych⁴⁴. Warto podkreślić, iż Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu orzeczenia stwierdził, iż w obecnym stanie prawnym Minister Sprawiedliwości dysponuje wystarczającymi narzędziami umożliwiającymi efektywne sprawowanie nadzoru nad sprawowaniem wewnętrznego nadzoru administracyjnego przez prezesów sądów⁴⁵.

Obecnie nadzór administracyjny wewnętrzny nad działalnością sądów powszechnych sprawują prezesi sądów. Czynności powierzone sędziom w zakresie sprawowania nadzoru nad działalnością sądów powszechnych nie mogą wkraczać w dziedzinę, w której wspomniani sędziowie są niezawisli⁴⁶. Kierunki nadzoru ustala prezes sądu apelacyjnego uwzględniając ogólne kierunki wewnętrznego nadzoru. Następnie przedstawia je prezesom sądów działających na obszarze apelacji. Prezes sądu apelacyjnego sporządza plan nadzorczy działalności sądu apelacyjnego oraz plany nadzorcze działalności sądów okręgowych działających na obszarze apelacji, a prezes sądu okręgowego – plany nadzorcze działalności sądów rejonowych działających w okręgu sądowym. W razie potrzeby prezes sądu apelacyjnego może zaplanować także czynności nadzorcze, które powinny zostać przeprowadzone w sądach rejonowych działających na obszarze apelacji. W takim przypadku przekazuje prezesom sądów okręgowych informacje o zaplanowanych czynnościach. Prezes sądu okręgowego przedstawia prezesowi przełożonego sądu apelacyjnego plany nadzorcze działalności sądów rejonowych. Prezes sądu apelacyjnego w terminie czternastu dni może wnieść do planów wiążące uwagi. Plany nadzorcze obejmują przeprowadzenie wizytacji, a w razie potrzeby plany nadzorcze mogą obejmować również przeprowadzenie lustracji. W planach nadzorczych wskazuje się terminy przeprowadzenia poszczególnych czynności nadzorczych oraz prezesa sądu odpowiedzialnego za ich przeprowadzenie, a w przypadku lustracji – także ich zakres⁴⁷.

Mimo to w sądach zostały powołane następujące organy: w sądach rejonowych – prezes sądu i dyrektor sądu; a w sądach okręgowych i apelacyjnych – prezes sądu, kolegium sądu i dyrektor sądu⁴⁸. Pojęcie "organu" odgrywa ważną rolę w sferze organizacyjnej nie tylko sądów powszechnych, ale także całej administracji publicznej. Podstawowymi elementami składowymi, które wyróżniają organ od jednostek organizacyjnych są wyodrębnienie organizacyjne, działanie w imieniu i na rachunek państwa, unormowane prawnie upoważnienie do posługiwania się środkami władczymi oraz koordynowane działania w zakresie swoich kompetencji określonych prawnie⁴⁹.

Prezes sądu nie może łączyć swojego stanowiska z orzekaniem. W związku z kilkuletnimi zarzutami co do pełnienia funkcji wewnętrznego nadzoru administracyjnego sądów przez prezesów powołano na funkcje kierowniczą sądów – dyrektorów sądów, którzy wspierają działalność nadzorczą prezesów sądów. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, iż cała administracja sądowa ma za zadanie stworzyć właściwe warunki do sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez niezawisłe sądy. Organizacja pracy w sądach nie ma nic wspólnego z ingerencją w sprawowanie wymiaru sprawiedliwości. Pełni ona tylko i wyłącznie rolę służebną wobec sędziów⁵⁰.

Należy podkreślić, iż nie ma administracji bez aparatu wykonawczego, gdyż wykonywanie administracji publicznej połączone jest z funkcjonowaniem organów czy jednostek tworzonych dla określonych działań unormowanych prawnie⁵¹. Dokładny podział czynności pomiędzy organami sądu powszechnego został omówiony w rozporządzeniu

⁴³ Ustawa – Pusp, art. 77.

⁴⁴ Rozporządzenie w sprawie nadzoru, §§ 17-20.

⁴⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 14 października 2015 roku, Kp 1/15, (OTK ZU 9A/2015 poz. 147).

⁴⁶ Ustawa – Pusp, art. 9a i 9b.

⁴⁷ Rozporządzenie w sprawie nadzoru, §§ 4-6.

⁴⁸ Ustawa – Pusp, art. 21.

⁴⁹ J. Szreniewski, op. cit., str. 56.

⁵⁰ J. Ignaczewski, op. cit., str. 68.

⁵¹ J. Szreniewski, op. cit., str. 55.

Minister Sprawiedliwości z dnia 23 grudnia 2015 roku "Regulamin sądów powszechnych"⁵². Prezes sądu powszechnego wykonując czynności w zakresie działalności administracyjnej sądów odpowiada m. in. Za działania dotyczące obsady wolnych stanowisk sędziowskich i asesorskich, stanowisk referendarzy sądowych, asystentów sądowych a także kierowników opiniodawczego zespołu sądowych specjalistów; nadzór w przypadku zmiany obszaru właściwości sądu nad organizacją przekazywania akt sądowych, pism oraz innych dokumentów czy przyjmowanie interesantów w sprawach skarg i wniosków dotyczących pracy sądu⁵³.

Powyższy katalog czynności prezesa sądu nie jest katalogiem zamkniętym. Podobna sytuacja dotyczy czynności dyrektora sądu. Jak słusznie zauważył J. Ignaczewski, oddzielenie funkcji orzeczniczych sądu od administracyjnych otworzyło drogę do nowej jakości w zarządzaniu sądem. Prezes sądu jako dyrektor zaplecza organizacyjno-administracyjnego władzy sądowniczej jest odpowiedzialny za organizację procesów sądowych⁵⁴. Prześledzenia wymagają także czynności dyrektora sądu wynikające z regulaminu urzędowania sądów powszechnych. Dyrektor przede wszystkim odpowiada za nadzorowanie oraz koordynowanie działalności komórek organizacyjnych sądu niezwiązanych bezpośrednio z działalnością sądu; zapewnienie przestrzegania przez podległych pracowników zasad BHP i przepisów przeciwpożarowych (podległych dyrektorowi, tj. innych pracowników sądów) oraz zapewnienie ochrony i bezpieczeństwa obiektów sądowych w zakresie nie powierzonych prezesowi sądu, w razie potrzeby zarządza ewakuację sądu⁵⁵.

Istnienie tzw. „dwuwładzy”, mimo iż niezależnej od siebie w znacznym stopniu, w jednej jednostce organizacyjnej powoduje nie tylko zakłócenia w bieżącej działalności sądu, ale także, jak zauważył Sąd Najwyższy, stwarza konflikty kompetencyjne w zakresie reprezentacji, mimo iż ustawodawca starał się jednoznacznie określić granice oddzielające oba organy. W razie wątpliwości ustanowił nawet klauzulę domniemania kompetencji prezesa, która uzasadnia rolę prezesa jako kierownika sądu. W związku z wspomnianą klauzulą, uprawnienia dyrektora mają charakter wyjątkowy i dopełniający⁵⁶.

Rozważając nad konstytucyjnymi zasadami organizacji i funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości należy podkreślić, że, jak sama Konstytucja stanowi, sądy powszechne wraz z całym wymiarem sprawiedliwości, opierają się między innymi na zasadzie właściwości. Sądy powinny być fachowe w doborze obsady personalnej i nie chodzi tu tylko o kompetencje rzeczowe ale przede wszystkim o umiejętności organizacji pracy sędziów⁵⁷. Nadzór nad działalnością administracyjną sądów jest bardzo istotny, tak samo jak i rozdzielenie obowiązków pomiędzy dwoma odrębnymi organami sądowymi w osobach prezesa i dyrektora. Prawidłowe rozgraniczenie obowiązków, a przede wszystkim współpraca pomiędzy nimi decyduje o sprawności postępowań sądowych i skutecznym usuwaniu nieprawidłowości w administracyjnej działalności sądów. Ma to ogromny wpływ na wizerunek sądu w powszechnym odczuciu społecznym⁵⁸. Ustawodawca podkreślił jednak silniejszą pozycję prezesa sądu, wskazując, że to on jest zwierzchnikiem służbowym dyrektora sądu. Wykonuje w stosunku do niego czynności z zakresu prawa pracy, ustępując tylko czynnościom zastrzeżonym dla Ministra Sprawiedliwości. To prezes sądu co najmniej raz w roku określa potrzeby sądu konieczne dla zapewnienia warunków prawidłowego funkcjonowania i sprawnego wykonywania przez sąd zadań ustawowych⁵⁹. Warto zauważyć, iż prezes sądu nie może wydawać dyrektorowi poleceń służbowych w zakresie:

- ✓ wykonywania czynności związanych z kierowaniem działalnością administracyjną sądu;
- ✓ wykonywania zadań należących do kompetencji kierownika jednostki w zakresie finansowym, gospodarczym, kontroli finansowej, gospodarowania mieniem Skarbu Państwa oraz audytu wewnętrznego;
- ✓ wykonywania czynności z zakresu prawa pracy oraz reprezentacji sądu wobec pracowników sądu (z wyłączeniem sędziów, asesorów sądowych, referendarzy sądowych, kuratorów zawodowych, asystentów sędziów i aplikantów aplikacji sędziowskiej).

Wyjątkiem są również sprawy finansowe. Dyrektor przy wykonywaniu zadań i kompetencji dysponowania budżetem sądów na obszarze podległej apelacji, a także sprawowaniu kontroli nad gospodarką finansową i gospodarowaniem mieniem Skarbu Państwa podlega dyrektor sądu apelacyjnego – bezpośrednio Ministrowi Sprawiedliwości, natomiast dyrektor sądu okręgowego lub rejonowego – dyrektorowi przełożonego sądu apelacyjnego⁶⁰.

Reasumując, wymiar sprawiedliwości jest to ukierunkowana działalność państwa, sprawowana przez sądy, zmierzająca do rozstrzygania sporów pomiędzy stronami z zachowaniem niezawisłości, bezstronności oraz zgodnie z

⁵² Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 grudnia 2015 r. - Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz. U. 2015, poz. 2316), zwany dalej Regulamin sądów powszechnych.

⁵³ Ibidem, § 34.

⁵⁴ J. Ignaczewski, op. cit., str. 71.

⁵⁵ Regulamin sądów powszechnych, § 35.

⁵⁶ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 10 października 2013 roku w sprawie III CZP 49/13.

⁵⁷ S. Sagan, op. cit., str. 189.

⁵⁸ T. Ereciński, op. cit., 22.

⁵⁹ Ustawa – Pusp, art. 21 § 3.

⁶⁰ Ibidem, art. 177.

przyjętymi przez ustawodawcę normami prawnymi. Administracja wymiaru sprawiedliwości znacznie różni się od innych dziedzin administracji publicznej. Oprócz hierarchicznie zorganizowanej administracji sądowej występują tu również organy jurysdykcyjne – orzekające. Przykładem takiego organu jest sąd powszechny, gdzie zazębiają się dwa kierownicze stanowiska: prezesa sądu i dyrektora sądu. Aby dobrze funkcjonował sąd oba organy muszą działać w symbiozie. Nie ma możliwości aby jeden organ wykonywał dobrze swoje obowiązki bez aprobaty drugiego organu. Nad całością działań obu organów czuwa Minister Sprawiedliwości. Tak stworzony aparat wykonawczy sprawuje nadzór nad działalnością administracyjną sądów powszechnych oraz dba o dobre imię sądu na płaszczyźnie obywatelskiej.

JUSTICE IN ADMINISTRATIVE TERMS

The administration of justice is a targeted activity of the state, which is exercised by Supreme Court, common courts, administrative courts and military courts. Its main purpose is to resolve disputes between the parties with respect to independence, impartiality and in accordance with the legal norms adopted by the legislator. An important element of the structure of public authority in Poland is the structure of the justice system. In the Republic of Poland, one can distinguish the duality of the judiciary, which includes: courts and tribunals. You can even boldly talk about the monopoly of the judiciary because you can not delegate this authority to other authorities. For example, the structure of common courts shows the interlocking of two managerial positions: the director and the president. It is also worth emphasizing that supervision over the administrative activities of common courts is both internal and external.

DYPLMATYCZNE METODY ROZWIĄZYWANIA SPORÓW MIĘDZYNARODOWYCH

Dążenie do zachowania pokoju między narodami było głównym celem Ligi Narodów oraz Organizacji Narodów Zjednoczonych. Aby cel ten był prostszy do osiągnięcia sporządzono międzynarodowe porozumienie, zwane Kartą Narodów Zjednoczonych¹. Z kolei regulowanie oraz rozwiązywanie konfliktów jest jedną z podstawowych, a zarazem najważniejszych funkcji prawa międzynarodowego². Nawiązywanie stosunków międzynarodowych niestety zawsze wiąże się z powstawaniem sporów. Są one następstwem przede wszystkim rozbieżnych interesów państw, ale także zróżnicowanych sposobów prowadzenia polityki wewnętrznej oraz zagranicznej, czy też przeciwnych opinii na dany temat³. Podmiotami prawa międzynarodowego są podmioty suwerenne⁴. Oznacza to, iż podejmują one decyzje całkowicie samodzielnie i niezależnie od jakiegokolwiek innego podmiotu. Spory mają one rozmaity charakter. Jedne z nich mogą zagrozić międzynarodowemu pokojowi i bezpieczeństwu. Inne z kolei wpływają negatywnie jedynie na stosunki międzypaństwowe i nie niosą ryzyka konfliktu na skalę światową. Prawo międzynarodowe wprowadziło obowiązek pokojowego rozwiązywania sporów. Państwa w określonych sytuacjach są zobowiązane do poddania się zdeterminowanemu sposobowi rozwiązania go⁵.

Kluczowe pojęcia dotyczące sporów

Karta Narodów Zjednoczonych już w artykule 1 stanowi, że celem Organizacji jest między innymi „łagodzenie lub załatwianie pokojowymi sposobami sporów lub sytuacji mogących prowadzić do naruszenia pokoju.”⁶. Warto bliżej przyjrzeć się samej definicji słowa „spór”, które w Karcie Narodów Zjednoczonych wielokrotnie pojawia się nierozdzielnie ze słowem „sytuacja”. Dostrzeżenie różnicy pomiędzy tymi pojęciami jest istotne. Sytuacja jest pojęciem znacznie szerszym i oznacza stan napięcia międzynarodowych relacji, który może doprowadzić do sporu⁷. Główną cechą takiego splotu stosunków międzypaństwowych jest obustronne niezadowolenie⁸. Sytuacja przekształca się w spór (*dispute*), gdy strony określą odmienne żądania. Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej zdefiniował go w jednym z orzeczeń, jako „nieporozumienie w przedmiocie prawa lub faktu, sprzeczność stanowisk prawnych lub interesów między dwoma stronami”⁹. Państwa mogą toczyć go między innymi o własność danego terytorium, granicę państwową, naruszenie przestrzeni powietrznej, dostęp do szelfu kontynentalnego¹⁰. Spór międzynarodowy w niektórych przypadkach może przybrać formę kwalifikowaną i stać się konfliktem¹¹. Niesie on ze sobą wysokie prawdopodobieństwo użycia sił zbrojnych (konflikt zbrojny)¹². Charakteryzuje się także bardzo dużym napięciem pomiędzy państwami¹³. Poprzez napięcie rozumie się stan relacji międzypaństwowych, wyróżniający się wzajemną niechęcią, antypatią państw względem siebie. Przedmiot takiego stanu nie jest do końca określony, lub nie wysuwa się na plan pierwszy. Stosunek tego typu może w przyszłości przerodzić się w spór¹⁴.

Klasyfikacja sporów

Podstawową klasyfikacją sporów międzynarodowych jest podział na spory prawne i polityczne¹⁵. Karta Narodów Zjednoczonych wprowadza pojęcie sporu prawnego, zaś nie podaje terminu sporu politycznego. Przy tego typu systematyzacji należy zwrócić uwagę na fakt, iż spory tworzą się w wyniku konkretnej sytuacji polityczno-gospodarczej,

¹ C. Riziki Majinge, *Emergence of new states in Africa and territorial dispute resolution: the role of the international court of justice*, Melbourne 2012, s. 463.

² J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Toruń 2007, s. 369.

³ W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2013, s. 331.

⁴ J. Białocerkiewicz, *Prawo...*, dz. cyt., s. 369.

⁵ W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo...*, dz. cyt., s. 331.

⁶ R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2004, s. 337.

⁷ J. Karlikowski, *Pokojowe załatwianie sporów międzynarodowych*, [w:] *Prawo międzynarodowe publiczne; Repetytorium*, red. J. Horodyński, Warszawa 2008, s. 143.

⁸ J. Białocerkiewicz, *Prawo...*, dz. cyt., s. 369.

⁹ Orzeczenie STSM z 1924r. w sprawie *Mavrommatisa*, PCIJ Publ., seria A, Nr 2, s. 11.

¹⁰ A. Łazowski, A. Zawidzka, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2003, s. 248.

¹¹ J. Białocerkiewicz, *Prawo...*, dz. cyt., s. 370.

¹² J. Karlikowski, *Pokojowe...*, dz. cyt., s. 144.

¹³ J. Sutor, *Pokojowe załatwianie sporów międzynarodowych*, Wrocław 1979, s. 47.

¹⁴ J. Karlikowski, *Pokojowe...*, dz. cyt., s. 143.

¹⁵ M. Iwanejko, *Spory międzynarodowe; studium prawno-polityczne*, Warszawa 1976, s. 34.

nie są więc wynikiem hipotetycznej odmienności przekonań. Zatem można przyjąć, iż każdy spór prawny jest zarazem sporem politycznym, lecz nie zawsze odwrotne założenie jest poprawne¹⁶.

Ze sporami stricte politycznymi mamy do czynienia gdy dotyczą godności lub interesów państwa, gdy istnieją wątpliwości co do otrzymania zgody państwa na skierowanie sprawy do sądu lub gdy nie ma prawnych zasad do wydania orzeczenia w sporze¹⁷. W sporze politycznym państwa będące stronami zwaśnionymi sprzeciwiają się roszczeniom. Przedmiot ich sporu nie może mieć podłoża prawnego¹⁸.

O sporach prawnych co do zasady mówimy, kiedy przeciwne strony budują swe roszczenia na jurydycznych przesłankach¹⁹. Artykuł 36 ustęp 3 Karty Narodów Zjednoczonych stanowi „(...) że spory o charakterze prawnym strony powinny w zasadzie wnosić do Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, stosownie do postanowień jego Statusu.”²⁰. Przy tego rodzaju sporach sąd ma prawo wydać orzeczenie w oparciu o przepisy prawa, podczas gdy przedmiotem polemiki mogą być normy zarówno krajowe jak i międzynarodowe²¹. Spory natury prawnej zgodnie z art. 36 ust. 2 lit. a-d Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości dotyczą: „(...) wykładni traktatu, każdej kwestii prawa międzynarodowego, rzeczywistości każdego faktu, który, o ile by został stwierdzony, stanowi pogwałcenie zobowiązania międzynarodowego, rodzaju lub wysokości odszkodowania należnego za zerwanie zobowiązania międzynarodowego.”²².

Zasada pokojowego rozwiązywania sporów międzynarodowych

Zasadę pokojowego rozwiązywania sporów międzynarodowych odnaleźć można w artykule 2 pkt. 3 Karty Narodów Zjednoczonych: „Wszyscy członkowie załatwiać będą swe spory międzynarodowe środkami pokojowymi w taki sposób, aby nie dopuścić do zagrożenia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa oraz sprawiedliwości.”²³. Nakaz ten jest surowy. Nie przewidziano wyjątków od reguły²⁴. Rozwiązywanie sporów bez użycia argumentu siły jest szczególnie istotne w czasie gdy państwa opierają się na przeróżnych i niezwykle odmiennych ustrojach społeczno-politycznych²⁵. Strony są także zobowiązane do powstrzymania się od kroków, które mogłyby zaburzyć międzypaństwowe stosunki. Przy rozwiązywaniu sporów istnieje także zasada poszukiwania sprawiedliwego rozstrzygnięcia w duchu kooperacji i dobrej wierze²⁶. Strony mają obowiązek załatwiania sporów kwalifikowanych, a więc takich, które zagrażają pokojowi i bezpieczeństwu na arenie międzynarodowej²⁷. W przypadku tego rodzaju sporów zgodnie z art. 36 ust. 1 Karty Narodów Zjednoczonych „w każdym stadium sporu o charakterze określonym w artykule 33²⁸ lub sytuacji o podobnym charakterze Rada Bezpieczeństwa może zalecić odpowiednią procedurę lub sposób załagodzenia.”²⁹. Jednakże zalecenie Rady Bezpieczeństwa nie jest dla państw żadnym zobowiązaniem³⁰.

Sposób a środki

Przez lata ukształtowało się wiele pokojowych środków i sposobów (metod) rozwiązywania sporów międzynarodowych. Sposób obejmuje swoim znaczeniem różne środki. Środki dzielą się na metody dyplomatyczne (niesądowe) i sądowe, oraz metody stosowane przez organizacje międzynarodowe, na przykład ONZ. Główną różnicą pomiędzy sposobami sądowymi a niesądowymi jest fakt, iż postępowanie sądowe jest finalizowane wydaniem wyroku, który obowiązuje obie strony sporu. Z kolei postępowanie dyplomatyczne kończy się, gdy przeciwnicy zgodzą się na sugerowaną formę jego zakończenia. Nie zostaje wydany prawomocny wyrok, który wiązałby obie strony. To do nich należy decydujące postanowienie³¹. Karta Narodów Zjednoczonych w żaden sposób nie narzuca państwom wyboru określonego sposobu rozstrzygnięcia sporu. Jego strony mają swobodę wyboru metody, za pomocą której rozstrzygną kwestie sporne. Jednakże wszystkie ich działania muszą być podejmowane w dobrej wierze, z wolą współpracy oraz

¹⁶ W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo...*, dz. cyt., s. 332.

¹⁷ J. Karlikowski, *Pokojowe...*, dz. cyt., s. 144.

¹⁸ A. C. Grimberg, *Specific features of the settlement of disputes among states within international economic organizations. Legal means of peaceful settlement of disputes*, Bukareszt 2015, s. 25.

¹⁹ J. Karlikowski, *Pokojowe...*, dz. cyt., s. 144.

²⁰ Karta Narodów Zjednoczonych.

²¹ W. Czapliński, A. Wyrzumska, *Prawo międzynarodowe publiczne; zagadnienia systemowe*, Warszawa 2004, s. 625.

²² Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (Dz.U.1947.23.90).

²³ Karta Narodów Zjednoczonych.

²⁴ L. Antonowicz, *Podręcznik prawa międzynarodowego*, Warszawa 2003, s. 215.

²⁵ W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo...*, dz. cyt., s. 333.

²⁶ W. Czapliński, A. Wyrzumska, *Prawo...*, Warszawa 2004, s. 626.

²⁷ J. Karlikowski, *Pokojowe...*, dz. cyt., s. 144-145.

²⁸ Karta Narodów Zjednoczonych, art. 33 ust. 1. Strony w sporze, którego dalsze trwanie może zagrażać utrzymaniu międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, będą przede wszystkim szukały rozwiązania w drodze rokowań, badań, pośrednictwa, pojednania, arbitrażu, rozstrzygnięcia sądowego, odwołania się do organizacji lub układów regionalnych albo w drodze innych środków pokojowych według własnego wyboru.

²⁹ Karta Narodów Zjednoczonych.

³⁰ W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo...*, dz. cyt., s. 333.

³¹ J. Sutor, *Pokojowe...*, dz. cyt., s. 56-57.

zgodnie z procedurami pokojowego rozstrzygnięcia sporów³². Zdarzają się sytuacje, kiedy to strony wykorzystują kolejne środki w celu rozwiązania tej samej sprawy. Warto zauważyć, iż państwa uciekają się do metod sądowych co do zasady w ostateczności³³.

Środki niesądowe

Dyplomatyczne środki rozwiązywania sporów międzynarodowych dzielimy na takie, w których uczestniczą osoby trzecie (mediacja, dobre usługi, conciliacja, komisje badań) oraz na takie, w których partycypują jedynie państwa, których spór dotyczy (negocjacje)³⁴.

Rokowania dyplomatyczne, zwane również dwustronnymi bezpośrednimi, a także negocjacjami, są cyklem w trakcie którego strony dążą do wyeliminowania odmiennych poglądów w trybie bezpośredniej wymiany zdań³⁵. Jest to sposób najstarszy a jednocześnie najprostszy oraz najbardziej powszechny³⁶. Wzmianki o negocjacjach jako metodzie rozwiązywania sporów pojawiają się w wielu dokumentach międzynarodowych, między innymi w art. 36 Karty Narodów Zjednoczonych, Deklaracji z Manili o pokojowym załatwianiu sporów międzynarodowych czy też w orzeczeniach Trybunału Haskiego. Najistotniejsza uwaga dotycząca tego sposobu zamieszczona została w decyzji w sprawie łowisk islandzkich. Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości zadecydował, iż rokowania są najbardziej trafną metodą rozwiązania sporu, jeśli w stosunku do danej materii pojawiają się odmienne interesy lub przywileje państw. MTS argumentował swe orzeczenie faktem, iż negocjacje umożliwiają zbilansowane i bezstronne rozstrzygnięcie wszelkich punktów spornych³⁷. Metoda ta jest efektywna, jeżeli strony dążą do znalezienia kompromisu w swoich poglądach oraz określenia jednakowego zachowania w przyszłości. Wagę negocjacji podkreśla fakt, iż jest to jedna z funkcji misji dyplomatycznej. Szef misji zobligowany jest do prowadzenia rokowań z rządem państwa przyjmującego.³⁸ Gwarantuje to art. 3 Konwencji Wiedeńskiej o stosunkach dyplomatycznych z 1961r³⁹. Negocjacje posiadają szereg zalet. Państwa nie doznają przymusu, gdyż każde z nich aprobeuje żądania pozostałych dobrowolnie. Proces rokowań może być niejawnym. Co do zasady negocjacje pomagają ustabilizować sytuację pomiędzy państwami i stwarzają dobre warunki do podzielenia się swoimi przekonaniem, a także do odnalezienia konsensusu. Niestety wyróżnić możemy również kilka wad omawianego sposobu rozwiązywania sporów międzynarodowych. Negocjacje zawsze powodują, iż strony zmuszone są iść na kompromis. Czasem zdarza się, że rokowania zostają rozwiązane lub po napotkaniu trudności nie są kontynuowane. Państwo silniejsze może wywierać wpływ na państwo słabsze poprzez oddziaływanie na jego ekonomię, politykę⁴⁰. Ponieważ kontrakty międzynarodowe w przypadku zrodzenia się sporu obligują państwa do wszczęcia negocjacji. Ma to na celu uspokojenie sytuacji między nimi. Warto zauważyć, iż Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej orzekł, że obowiązek ten nie jest równoznaczny z obowiązkiem zawarcia zgody⁴¹. W ramach negocjacji państwa mają prawo dosadnie przedstawić swoje stanowisko, reagować bezpośrednio na prezentowane poglądy i propozycje strony przeciwnej, przekształcać granicę kompromisu wobec państwa, podjąć rozstrzygający werdykt w sporze. Negocjacje trwają dopóki państwa nie przystaną na swoje rozwiązania⁴². Zdarza się, iż rokowania nie przynoszą zamierzonych efektów w rozsądnym terminie lub państwa decydują się podjąć inny sposób rozstrzygnięcia swojego sporu⁴³.

Kolejną metodą niesądowego rozwiązywania sporów międzynarodowych są **dobre usługi oraz pośrednictwo**⁴⁴. Ich celem jest pomoc, która ostatecznie ma doprowadzić strony sporu do rozstrzygnięcia go w formie negocjacji. Zdarza się, iż strony sporu zrywają jakiejkolwiek relacje i są zwaśnione do tego stopnia, że aprobata przeprowadzenia negocjacji na terytorium jednego z tych państw mogłaby być zrozumiana jako akt poddania się. W takich sytuacjach z przyjaznym gestem wychodzą państwa trzecie, które nie uczestniczą w sporze⁴⁵. Oferują dobre usługi stronom sporu i pomagają im dojść do porozumienia. Zapewniają miejsce negocjacji, a także ich obsługę techniczną⁴⁶. Nie partycypują jednak w samym

³² R. A. Petraru, *Peaceful settlement of international disputes - a fundamental principle of public international law*, *Analele Universității "Constantin Brâncuși" din Târgu Jiu, Seria Științe Juridice*, Nr 3/2013, s. 98.

³³ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo...*, Warszawa 2004, s. 626.

³⁴ J. Karlikowski, *Pokojowe...*, dz. cyt., s. 145.

³⁵ R. Bierzanek, *Załatwianie sporów międzynarodowych 1945-1973*, Warszawa 1974, s. 97.

³⁶ M. Iwanek, *Spory międzynarodowe...*, Warszawa 1976, s. 137.

³⁷ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo...*, Warszawa 2004, s. 626-627.

³⁸ W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo...*, dz. cyt., s. 334-335.

³⁹ Art. 3. ust. 1. Funkcje misji dyplomatycznej obejmują między innymi: (a) reprezentowanie państwa wysyłającego w państwie przyjmującym; (b) ochronę w państwie przyjmującym interesów państwa wysyłającego i jego obywateli, w granicach ustalonych przez prawo międzynarodowe; (c) prowadzenie rokowań z rządem państwa przyjmującego; (d) zaznajamianie się wszelkimi legalnymi sposobami z warunkami panującymi w państwie przyjmującym i z rozwojem zachodzącym w nim wydarzeń oraz rozwijanie pomiędzy nimi stosunków gospodarczych, kulturalnych i naukowych.

⁴⁰ J. Karlikowski, *Pokojowe...*, dz. cyt., s. 145-146.

⁴¹ W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo...*, dz. cyt., s. 335.

⁴² J. Białocerkiewicz, *Prawo...*, dz. cyt., s. 373.

⁴³ T. Kamiński, K. Myszona-Kostrzewa, *Prawo międzynarodowe publiczne w pytaniach i odpowiedziach*, Warszawa 2012, s. 368.

⁴⁴ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo...*, Warszawa 2004, s. 629.

⁴⁵ J. Białocerkiewicz, *Prawo...*, dz. cyt., s. 373.

⁴⁶ J. Białocerkiewicz, *Prawo...*, dz. cyt., s. 373.

procesie rokowań, co ma miejsce w przypadku pośrednictwa, zwanego również mediacjami. Przy postępowaniu mediacyjnym państwo trzecie ma prawo udzielania sugestii stronom sporu celem rozwiązania go⁴⁷. Nie w każdym przypadku granica pomiędzy dobrymi usługami a pośrednictwem jest klarowna. Dobre usługi nierzadko mylone są z pośrednictwem, gdyż środki te są dość podobne⁴⁸. Państwo trzecie może najpierw zorganizować negocjacje pomiędzy zwaśnionymi państwami (dobre usługi), po czym może w nich uczestniczyć (pośrednictwo)⁴⁹. W art. 33 Karty Narodów Zjednoczonych mamy do czynienia z katalogiem sposobów rozstrzygania sporów międzynarodowych. Nie pojawiają się w nim dobre usługi, jednakże uważa się, iż termin mediacji obejmuje swoim znaczeniem również i je⁵⁰. Z kolei pierwsza konwencja haska z 1907r. w art. 8 (tzw. artykule sekundantów) przedstawia ciekawą formę mediacji; „(...) W razie poważnego sporu zagrażającego pokojowi, Państwa będące w sporze wybierają każde oddzielnie jedno Mocarstwo, któremu powierzają misję wejścia w bezpośrednie stosunki z Mocarstwem wybranym przez drugą stronę, a to celem uniknięcia zerwania stosunków pokojowych. Podczas trwania takiego mandatu, którego termin, o ile inaczej nie postanowiono, nie może przekraczać 30 dni, Państwa będące w sporze przestają porozumiewać się bezpośrednio w przedmiocie sporu, który odtąd jest przekazany wyłącznie Mocarstwu pośredniczącym. Te Mocarstwa winny podjąć wszelkie wysiłki celem załatwienia sporu. W razie zerwania faktycznego stosunków pokojowych, Mocarstwa te mają sobie powierzoną w dalszym ciągu wspólną misję korzystania z każdej sposobności, aby przywrócić pokój.”⁵¹. Zgodnie z przytoczonym artykułem państwa sporu wybierają swych pośredników spośród państw trzecich. Ci z kolei mają trzydzieści dni na rozwiązanie sporu⁵². Konwencja stanowi ponadto, iż poprzez instytucję mediacji i dobrych usług rozwiązywać można także konflikty zbrojne⁵³. Inicjatorem omawianych metod mogą być oprócz państw nie uwikłanych w spór również jego strony, międzynarodowe organizacje oraz jednostki. Mediatorami z kolei poza wyżej wymienionymi mogą być także osoby fizyczne. Pełnią oni rolę bezstronnych konsultantów⁵⁴. Mają prawo sugerowania form rozstrzygnięcia sporu, lecz ich argumenty muszą być klarowne i zrozumiałe, aby żadna ze stron nie poczuła się faworyzowana. W sytuacji gdy oferta mediatora spotka się z dezaprobatą wszystkich stron sporu lub on sam zdecyduje, że rozwiązanie go jest niemożliwe, jego misja kończy się⁵⁵. Wskazuje na to artykuł 5 Konwencji Haskiej, stanowiący, iż „Czynności pośrednika ustają z chwilą stwierdzenia, czy to przez jedną ze Stron wiodących spór, czy przez samego pośrednika, że środki pogodzenia przez niego zaproponowane nie zostały przyjęte.”⁵⁶.

Jeśli w negocjacjach między stronami sporu zachodzi różnica zdań dotycząca stanu faktycznego, możliwe jest powołanie **komisji śledczej**. Pomaga ona rozstrzygnąć przedmiot sporu⁵⁷. Jeżeli jednak dotyczy on godności lub żywotnych interesów państwa, komisja nie może zostać powołana⁵⁸. Powoływanie komisji, obszar działania, formę obrad, sposób podejmowania decyzji a także wiele innych istotnych kwestii określa Konwencja haska z 1907 r. w artykułach 9-36⁵⁹. Komisja badań ustanowiona może zostać wyłącznie fakultatywnie, za zgodą stron, po wykorzystaniu poprzednich metod dyplomatycznych. Powołanie omawianej komisji jest więc kolejnym krokiem, jeżeli sporu nie udało się załagodzić ani poprzez instytucję negocjacji, dobrych usług lub mediacji. Państwa będące stronami sporu dokładnie precyzują fakt, który chcą aby zbadała komisja. Procedura dokonywana przez komisje cechuje się kontradiktoryjnością. Decyzje ustanawianie są większością głosów osób powołanych w jej skład.⁶⁰ Powołana komisja nie ma uprawnień do wydawania orzeczeń ani sugerowania sposobu rozwiązania sporu⁶¹. Postępowanie komisji śledczej dobiega końca poprzez wydanie sprawozdania. Sprawozdanie to stwierdza stan faktyczny co do którego strony pozostawały w sporze. Nie jest ono w żaden sposób zobowiązujące dla stron, nie ma więc mocy wiążącej. Strony same decydują w sposób swobodny czy wyniosą z niego jakiegokolwiek konkluzję⁶². Zasada ta znajduje odzwierciedlenie w art. 35 Konwencji Haskiej z 1907r., który stanowi, iż „Sprawozdanie Komisji, ograniczone do stwierdzenia faktów, nie ma bynajmniej charakteru wyroku arbitrażowego. Pozostawia on Stronom zupełną swobodę co do skutków, jakie zechcą nadać temu stwierdzeniu.”⁶³. Metoda ta nie ma charakteru ostatecznego. Jeżeli strony nie odnajdą konsensusu przy pomocy komisji badań, mają prawo skorzystać z

⁴⁷ W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo...*, dz. cyt., s. 335.

⁴⁸ J. Barcik, T. Srogosz, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2014, s. 519.

⁴⁹ W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo...*, dz. cyt., s. 335.

⁵⁰ J. Karlikowski, *Pokojowe...*, dz. cyt., s. 146.

⁵¹ Konwencja o pokojowym załatwianiu sporów międzynarodowych (Dz. U. R. P. z 1929 r. Nr. 25, poz. 256).

⁵² J. Karlikowski, *Pokojowe...*, dz. cyt., s. 146.

⁵³ W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo...*, dz. cyt., s. 335.

⁵⁴ J. Karlikowski, *Pokojowe...*, dz. cyt., s. 146.

⁵⁵ J. Białocerkiewicz, *Prawo...*, dz. cyt., s. 374.

⁵⁶ Konwencja o pokojowym załatwianiu sporów międzynarodowych (Dz. U. R. P. z 1929 r. Nr. 25, poz. 256).

⁵⁷ R. Bierzane, *Załatwianie sporów...*, Warszawa 1974, s. 128.

⁵⁸ J. Białocerkiewicz, *Prawo...*, dz. cyt., s. 374.

⁵⁹ W. Czapliński, A. Wyrzumska, *Prawo...*, Warszawa 2004, s. 632-633.

⁶⁰ W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo...*, dz. cyt., s. 336-337.

⁶¹ J. Sutor, *Pokojowe...*, dz. cyt., s. 95.

⁶² W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo...*, dz. cyt., s. 336-337.

⁶³ Konwencja o pokojowym załatwianiu sporów międzynarodowych (Dz. U. R. P. z 1929 r. Nr. 25, poz. 256).

innego dowolnego środka rozwiązywania sporów międzynarodowych⁶⁴. Omawiany rodzaj rozwiązywania sporów międzynarodowych nie jest często stosowany⁶⁵. W oparciu o Konwencję Haską państwa będące stronami sporu mają szereg obowiązków w związku z postępowaniem komisyjnym. Są zobowiązani do udzielenia komisji wiadomości, objaśnień i środków niezbędnych do stwierdzenia stanu faktycznego konkretnego sporu. Ponadto mają obowiązek zagwarantować zgłoszenie się np. wezwanych świadków przebywających na terytorium państwa-strony sporu. Gdy stawienie się ich byłoby niemożliwe, państwo zobligowane jest do przesłuchania tychże świadków według procedur krajowych⁶⁶. Komisja przesłuchuje świadków w towarzystwie przedstawicieli stron sporu. Państwo powinno wyrazić zgodę na przeprowadzenie przez komisję badań na jego terytorium. Wszystkie śledztwa i badania powinny być przeprowadzane pod nadzorem przedstawicieli stron sporu. Komisja ma także uprawnienie polegające na wezwaniu stron do przedstawienia wszelkich objaśnień jakie byłyby konieczne do przeprowadzenia badań. W Konwencji Haskiej nie odnajdziemy informacji o czasie trwania postępowania komisyjnego. Jednakże inne akty prawa międzynarodowego ustanowiły dla komisji badań okres piętnastu dni, np. porozumienie w sprawie „Tavignano” i „Comouna”. Czas ten liczył się od chwili pierwszego posiedzenia. Terminy przeprowadzania prac komisji śledczej są mimo wszystko zróżnicowane ze względu na charakter działania, jakie komisja musi wykonać⁶⁷. Państwa będące stronami sporu w niektórych sytuacjach nadawały komisji szerszy zakres uprawnień i żądały od niej sugestii dotyczących pokojowego załatwienia sporu. Dzięki takiej praktyce w XX wieku rozwinęła się kolejna dyplomatyczna metoda rozwiązywania sporów międzynarodowych, tj. procedura pojednawcza⁶⁸.

Postępowanie to, zwane również **koncyliacją** polega na przedstawieniu zwaśnionym państwom sugestii rozwiązania sporu przez obiektywną komisję concyliacyjną⁶⁹. Propozycja podjęcia określonego sposobu rozstrzygnięcia sporu pojawia się po przeanalizowaniu stanu faktycznego. Koncyliacja jest sposobem pośrednim między metodami sądowymi a niesądowymi. Procedura pojednawcza pojawia się w licznych umowach bilateralnych z czasów dwudziestolecia międzywojennego. Określane są one mianem traktatów arbitrażowo-koncylacyjnych. Rolą komisji concyliacyjnej jest doprowadzenie do porozumienia państw będących stronami sporu. Może mieć ona charakter stały lub być powołana w konkretnym sporze. Aby wypełnić swoje zadanie musi zinterpretować punkt sporny. Z takim zamiarem przeprowadza śledztwo celem zebrania niezbędnych informacji. Aby wszcząć działalność komisji concyliacyjnej, wszystkie państwa, których spór dotyczy muszą przedstawić jego istotę. Niekiedy dopuszcza się rozpoczęcie procedury pojednawczej z inicjatywy jednego państwa. Podobnie jak w przypadku postępowania prowadzonego przez komisję badań, tak i przy koncylacjach procedura ma charakter kontradyktoryjny.⁷⁰ Dodatkowo postępowanie jest poufne, a dokumentacja utworzona w czasie jego trwania nie może zostać wykorzystana w kolejnych etapach rozwiązywania sporu bez aprobaty stron. Procedura pojednawcza jest o wiele bardziej urzędowa niż metoda pośrednictwa. Ponadto wykazuje podobieństwo do arbitrażu, ponieważ komisja opracowuje jeden rodzaj sprawozdania i jedną sugestię rozwiązania sporu⁷¹. Metoda ta dobrze realizuje się w spokojnych sporach o naturze prawnej, jeśli państwa będące stronami sporu nie zerwały wszelkich kontaktów i wykazują chęć porozumienia się. Postępowanie to posiada tylko jedną wadę. Aby je wszcząć potrzebna jest co do zasady zgoda obydwu stron. Zaletą z kolei jest fakt, iż koncyliacja pozwala na elastyczne spojrzenie na spór i kreatywną analizę przepisów, co może skutkować zrodzeniem się nowych norm. Dodatkowo metoda ta umożliwia państwom trzecim sugerowanie swoich pomysłów na rozwiązanie sporu⁷². Ważną zaletą jest także fakt, iż państwa będące stronami sporu mają możliwość monitorowania stanu rzeczy i wpływania na rezultaty przeprowadzanej procedury⁷³.

Od zarania dziejów ludy rozstrzygały wszelkie spory i konflikty od razu stosując agresję. Stan pokoju był krótki i przejściowy pomiędzy kolejnymi wojnami. Wojna była jedynym znanym sposobem dowiedzenia swoich racji. Jednak przez lata wykształciło się wiele skutecznych i zarazem prostych metod osiągnięcia pokoju międzynarodowego, jako iż spory międzynarodowe są nieodłącznym elementem międzypaństwowych relacji. Nie trzeba uciekać się do argumentów siły i wkraczać na ścieżkę wojenną, aby osiągnąć swój cel i zmusić stronę przeciwną do podporządkowania się. Negocjacje, dobre usługi, pośrednictwo, komisje badań i koncylacje jako niesądowe metody rozstrzygania sporów, pomagają uniknąć konfliktów na skalę światową. Mimo wszystko, stosowanie wymienionych metod moim zdaniem nadal nie jest wystarczające. W dzisiejszym świecie wciąż spotykamy się z aktami przemocy, terroru i agresji. Wojna nie jest stuprocentowo usunięta z międzynarodowych relacji. Uważam, iż wprowadzone Kartą Narodów Zjednoczonych środki są dobre i przydatne, aczkolwiek nigdy nie wykluczą agresji pomiędzy państwami. Cel utrzymania pokoju i

⁶⁴ J. L. Stern, *Alternative dispute settlement procedure*, 1968, s. 1104.

⁶⁵ W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo...*, dz. cyt., s. 337.

⁶⁶ J. Sutor, *Pokojowe...*, dz. cyt., s. 100.

⁶⁷ Ibidem, s. 101-103.

⁶⁸ R. Bierzanek, *Załatwianie sporów...*, Warszawa 1974, s. 129.

⁶⁹ J. Karlikowski, *Pokojowe...*, dz. cyt., s. 147.

⁷⁰ W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo...*, dz. cyt., s. 337.

⁷¹ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo...*, Warszawa 2004, s. 635.

⁷² J. Karlikowski, *Pokojowe...*, dz. cyt., s. 147.

⁷³ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo...*, Warszawa 2004, s. 635.

bezpieczeństwa na arenie międzynarodowej niestety nigdy nie zostanie całkowicie osiągnięty. Dyplomatyczne sposoby rozstrzygania sporów pomagają łagodzić konflikty i utrzymać dobre relacje międzypaństwowe, lecz prędzej czy później dojeżdżie do międzynarodowej agresji choćby na niewielką skalę.

DIPLOMATIC METHODS OF INTERNATIONAL DISPUTES SETTLEMENT

Every country ever existing in the world has experienced a dispute with another country. The world is full of conflicts and they cannot be avoided. However, there are several methods of peaceful settlement of international disputes. Using them helps to avoid conflicts and wars on a global scale. Maintaining international peace has become a goal and achieving it has become simpler when the Charter of United Nations was signed in 1945. International disputes are legal or political. And there are two ways of peaceful settlements of international disputes: diplomatic and judicial. For example negotiation, mediation, conciliation, and good offices are the great diplomatic ways to maintain good relations with other states and achieve goals by compromise.

RECEPCJA PRAWA FRANCUSKIEGO W KSIĘSTWIE WARSZAWSKIM

1. Powstanie Księstwa Warszawskiego

Zobrazowanie procesu recypowania prawa francuskiego na obszarach dawnego Księstwa Warszawskiego należy rozpocząć od nakreślenia zarysu historycznego Księstwa, który odnosi się do istotnych wydarzeń, dzięki którym zaczęło ono istnieć na obszarach dzisiejszej Polski w okresie zaborów. Księstwo Warszawskie stanowiło rezultat klęski militarnej Prus w wojnie z Francją w 1806 roku¹. Utworzono je w 1807 roku z woli Cesarza Francuzów, a zatem stanowić miało integralną część francuskiego imperium². Było w istocie kontynuacją Polski na części dawnego terytorium zdobytego przez Francuzów w wojnach z Prusami i Rosją w latach 1806/1807, a następnie z Austrią w 1809 r. Centralne ziemie polskie stały się w ten sposób wysuniętą najdalej na wschód ekspozyturą francuskich wpływów politycznych w napoleońskiej Europie³. Wymienione ziemie polskie stały się tym samym obiektem wpływów napoleońskich struktur jurystycznych. Zasadniczym celem niniejszego artykułu jest analiza historyczno-prawna francuskiego modelu prawa w odniesieniu do okoliczności funkcjonowania Księstwa Warszawskiego. Celem ukazania istoty wpływu francuskich unormowań prawnych jest uwzględnienie okoliczności przyjęcia wszystkich praw, które przyjęte były na mocy powstającego Kodeksu Napoleona i wraz z nim rozpowszechnianego na obejmowanych obszarach prawa francuskiego. Wykreowane z mocy francuskiej inicjatywy okoliczności funkcjonowania również Księstwa Warszawskiego dawały możliwość kontynuacji polskich struktur prawnych i państwowych na jego obszarze. Kontynuacja państwa polskiego na wspomnianych obszarach wynikała już z ubocznych wzmianek w samej konstytucji i w ustawodawstwie szczegółowym, a przede wszystkim z praktycznej działalności władz administracyjnych, jak również sądów.

2. Konstytucja Księstwa Warszawskiego

Napoleon Bonaparte osobiście nadał Księstwu Warszawskiemu konstytucję⁴, której przepisy wzorowano na konstytucji francuskiej. Oznaczało to nie tylko dominację polityczną Francji w Księstwie, ale także unifikację jego prawodawstwa i struktury państwowej, zgodnej z francuskim pierwowzorem⁵. Jednocześnie unikano bezpośredniego i imiennego nawiązywania do państwowości przedrozbiorowej, zarówno jeśli chodzi o osobę samego Napoleona przy tworzeniu Księstwa, jak i instytucji władzy królewsko-księżęcej, która formalnie stanowiła najwyższą władzę w Księstwie⁶.

Należy zauważyć, iż administrację Księstwa Warszawskiego skopiowano co do zasad organizacyjnych z modelu francuskiego⁷. Jednym z kluczowych wyzwań był obowiązek stosowania przez administrację i sądownictwo przepisów francuskich. Prawo to, choć pociągało za sobą gruntowne przeobrażenia ustroju politycznego i struktur społecznych, wprowadzane było szybko i bez przygotowania zaplecza organizacyjnego czy szerszego dostosowania do warunków polskich⁸. Wymiar sprawiedliwości Księstwa kształtowany był przede wszystkim w oparciu o zasady zamieszczone w konstytucji. Z tego aktu wprowadzono m.in. gwarancję niezależności oraz niezawisłości sądów⁹. Do praw politycznych zaliczono prawo udziału w wyborach oraz prawo piastowania funkcji publicznych, uzależniając je od cenzusu majątkowego, wykształcenia lub zasług wojskowych. Pojęcie obywatelstwa w znaczeniu przynależności państwowej określił dekret królewski z 19 grudnia 1807 r.¹⁰, łącząc z nim używanie praw cywilnych oraz korzystanie z praw wolnościowych i ochrony sądowej. Oficjalna nazwa przynależności państwowej była określana jako Polak z Księstwa Warszawskiego¹¹. Cały kraj Księstwa Warszawskiego dzielił się na czterdzieści zgromadzeń gminnych, odpowiednio

¹ A. Oniszczyk, *Doświadczenia Księstwa Warszawskiego w zakresie edukacji prawniczej*, „Krytyka Prawa” 2016, nr 3, s. 69.

² G. Smyk, *Francuskie prawo i instytucje ustrojowe w Księstwie Warszawskim*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 2007, Nr LXII, s. 35.

³ Ibidem, s. 35.

⁴ Ustawa Konstytucyjna Księstwa Warszawskiego z dnia 22 lipca 1807 r.: tekst dostępny: <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/kpol/1807spis.html>, [data dostępu: 3 grudnia 2017 r.].

⁵ G. Smyk, *Francuskie...*, op. cit., s. 35.

⁶ W. Sobociński, *Księstwo Warszawskie a Cesarstwo Francuskie: zależność faktyczna i prawno-międzynarodowa: rezultaty przeobrażeń wewnętrznych*, „Przegląd Historyczny” 1965, nr 56/1, s. 46.

⁷ P. Cichoń, *Wpływy francuskie w administracji Księstwa Warszawskiego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2013, z. 1, s. 2.

⁸ A. Oniszczyk, *Doświadczenia...*, op. cit., s. 72.

⁹ L. Krzyżanowski, *Historia ustroju i prawa w Polsce*, Wydawnictwo Od.Nowa, Toruń 2013, s. 112.

¹⁰ Dekret księcia warszawskiego Fryderyka Augusta z 19 grudnia 1807 r. o tymczasowym podziale departamentów na powiaty i zgromadzenia gminne; zob. P. Ławniczak, *Sekretariat Stanu Księstwa Warszawskiego*, „Archiwa-Kancelarie-Zbiory” 2013, Nr 4(6), s. 33 i nast.

¹¹ G. Smyk, *Francuskie...*, op. cit., s. 37.

osiem w Warszawie, a 32 na resztę księstwa, a każde zgromadzenie gminne powinno liczyć przynajmniej 600 obywateli mających prawo do głosowania, o czym mówiła szczegółowo sama konstytucja Księstwa Warszawskiego. Urzędy w Księstwie obsadzono zresztą, zgodnie z konstytucją, przeważnie Polakami. Stanowił o tym art. 83, zgodnie z którym „*nikt, kto nie jest obywatelem Księstwa Warszawskiego, nie może sprawować urzędów bądź duchownych, bądź cywilnych, bądź też sądowych*”. Na stanowiskach wyższych znaleźli się na ogół znani działacze sprzed rozbiorów i z okresu walki o niepodległość. Natomiast na liczne posady urzędnicze, nawet czysto miejskie w małych miasteczkach, powołano głównie drobną lub zdeklasowaną szlachtę, w minimalnej tylko części wykształconą już zawodowo w służbie zaborców, a przesiąkniętą raczej dawnymi polskimi nawykami prawnymi i urzędowymi¹². Obszar Księstwa Warszawskiego podzielono zaś na departamenty i powiaty. Zaakceptowano w ten sposób dawną, pruską strukturę tego terytorium¹³. Według konstytucji Księstwa uwzględniono również prawa obywatelskie ogółu ludności, które stanowiły wolność osobistą w znaczeniu swobodnego przenoszenia się z miejsca na miejsce, równość wobec prawa i sądu, czyli podleganie wszystkim jednolitemu prawodawstwu i systemowi sądowemu oraz wolność wyznania. W przypadku praw politycznych były to: prawo piastowania urzędów, czynne i bierne prawo wyborcze do sejmu, prawo wyboru na obieralne urzędy samorządowe i sądowe¹⁴. Dbałość o interesy mieszczaństwa polskiego jaką gwarantował Kodeks Napoleona odbiła się znacząco na ludności żydowskiej, która została wyłączona spod praw obywatelskich. Bazując na Konstytucji Księstwa Warszawskiego i Kodeksie Napoleona sytuacja chłopów uległa znaczącemu udogodnieniu. Został zniesiony stosunek poddańczy chłopów i zapewniono im wolność osobistą, jak i równość wobec prawa¹⁵. Siła zbrojna zaś miała składać się z 30 000 ludzi wszelkiego rodzaju żołnierza¹⁶.

W sferze działań monarchy Konstytucja Księstwa Warszawskiego ukształtowała zapis art. 6, zgodnie z którym „*Rząd jest w osobie króla. On sprawuje w całej swojej zupełności urzędowania władzy wykonawczej. Przy nim jest praw początkowanie*”. Władza króla obejmowała zatem wszystkie funkcje państwowe, z wyjątkiem ustawodawstwa zastrzeżonego dla sejmu oraz wymiaru sprawiedliwości. W praktyce oznaczało to, iż wszystkie organy Księstwa, oprócz Sejmu i sądów, miały tylko charakter organów królewskich. Paweł Cichoń podkreśla, że były to *par excellence* organy państwowe¹⁷. Mogły samodzielnie dysponować częścią imperium państwowego, ale jedynie w zakresie przekazanym im przez monarchę. Król obsadzał też wszystkie stanowiska w aparacie administracyjnym osobiście lub udzielał upoważnienia do nominowania niższych urzędników¹⁸. Król, wicekról – o ile został przez króla powołany – albo mianowany przez króla prezes to osoby, które mogły stać na czele Rady Stanu¹⁹. Do kompetencji Rady Stanu należało nadto przygotowanie projektów ustaw oraz dekrétów królewskich. Projekty przedstawiał każdy minister zasiadający w Radzie Stanu w zakresie spraw należących do jego wydziału²⁰. Istotnym organem funkcjonującym w Księstwie z francuskiego nadania był rezydent francuski. Funkcje rezydentów francuskich w Księstwie obejmowały stosunki gospodarcze, zwłaszcza gdy trzeba było dopilnować wykonania rozkazów Napoleona i umów zawartych przez nie z królem saskim na rachunek Księstwa Warszawskiego²¹. Z racji konkretnej dziedziny politycznej w jakiej się obracał, rezydent zajmował się poszczególnymi problemami codziennego funkcjonowania politycznego Księstwa, jak obronność w przypadku ataków zewnętrznych, dysponował przydziałem etatów, organizował pracę wywiadu i policji, jak również sprawował nadzór nad cenzurą wydawanych pism. Stanowiąc jednocześnie funkcję rezydenta był też swego dozorcą w sprawach rządowych Księstwa Warszawskiego, a więc w praktyce funkcjonowania Księstwa w relacji z napoleońską Francją miał więc on duże znaczenie, szczególnie w początkach wdrażania Kodeksu Napoleona w Księstwie kiedy jego nadrzędnym celem było dopilnowanie jego prawidłowego rozumienia i egzekwowania wśród społeczeństwa i określonej władzy danego obszaru jego obowiązywania.

3. Kodeks Napoleona a Księstwo Warszawskie

W dniu 21 marca 1804 roku, po zakończeniu prac legislacyjnych, we Francji wszedł w życie *Code civil des Français*, zwany następnie Kodeksem Napoleona, a po upadku cesarza – *Code Civil*²². Francuski model prawny ukształtowany przez Napoleona Bonapartego był przenoszony do wielu innych krajów znajdujących się w orbicie politycznej Wielkiego

¹² W. Sobociński, *Księstwo...*, op. cit., s. 46.

¹³ L. Krzyżanowski *Historia...*, op. cit., s. 112.

¹⁴ J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, *Historia ustroju i prawa polskiego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 379.

¹⁵ Ibidem, s. 380.

¹⁶ L. Grochowski, A. Misiuk, *Historia państwa i prawa Polski*, Wybór źródeł X-XX wiek, Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, Olsztyn 2003, s. 103.

¹⁷ P. Cichoń, *Wpływy...*, op. cit., s. 4.

¹⁸ Ibidem, s. 4.

¹⁹ L. Krzyżanowski *Historia...*, op. cit., s. 111.

²⁰ Ibidem, s. 112.

²¹ W. Sobociński, *Księstwo...*, op. cit., s. 58.

²² Code Civil, Dziennik Praw Księstwa Warszawskiego, t. I; tekst dostępny: www.pwsz.lgnica.edu.pl/~siejam/ustawy/kodeks_napoleona, [data dostępu: 3 grudnia 2017 r.]; zob. także W. Wołodkiewicz, *200 lat Kodeksu Napoleona w Polsce – od nienawiści do miłości*, „Palestra” 2008, Nr 1-2.

Cesarstwa²³. Ideą Napoleona było bowiem względne zunifikowanie prawne państw należących do systemu politycznego francuskiego, zdecydowanie bardziej postępowych rozwiązań prawnych, które uwzględniały potrzeby nowoczesnego obrotu prawnego²⁴. W efekcie powyższej idei Kodeks Napoleona zaczął obowiązywać także i w Księstwie Warszawskim. Stało się to wraz z dniem 1 maja 1808 r., kiedy wprowadzono do konstytucji Księstwa Warszawskiego zapis art. 69 o brzmieniu: „*Kodeks Napoleona będzie prawem cywilnym Księstwa Warszawskiego*”.

Wprowadzenie Kodeksu Napoleona w Księstwie Warszawskim spotkało się z silną opozycją²⁵. Początkowo stanowczo przeciwną siłę stanowił Kościół katolicki, jak również średnia szlachta. Jednak zanim się to ukształtowało, odwołując się do porewolucyjnych działań Napoleona, po jego stronie opowiedzieli się przywódcy Sejmu Czteroletniego ze Stanisławem Małachowskim na czele. Postawa wspomnianych osobistości szlacheckich poprzedzona była również zdeklarowanym sprzeciwem. Jeszcze przed rokiem 1808 sfery ziemiańskie i duchowieństwo sprzeciwiały się przyjęciu Kodeksu Napoleona, czego przykładem jest stanowisko oraz prymasa Ignacego Raczyńskiego oraz pierwotna postawa wspomnianego Stanisława Małachowskiego, członka Komisji Rządzącej, który ostatecznie je zmienił. Szlachta obawiała się zapowiedzi nowego prawa w kontekście art. 4 Konstytucji Księstwa Warszawskiego, który mówił: „*Znosi się niewola. Wszyscy obywatele są równi przed obliczem prawa. Stan osób zostaje pod opieką trybunałów*”. Mogło to doprowadzić do zniesienia pańszczyzny i uwłaszczenia chłopów²⁶. Początkowo dla sfery szlacheckiej system napoleoński stanowił jeden z przejawów historycznych dążeń do stworzenia organizacji międzynarodowej, czy raczej ponadpaństwowej, który okazał się przedwczesny jak wiele innych, poprzednich i późniejszych imperialistycznych zamierzeń i projektów w tym zakresie, np. antynapoleoński projekt związku państw pod egidą Rosji i Wielkiej Brytanii z 1804 r. pochodzący od Adama Czartoryskiego i Aleksandra I. W realizacji tego w wyniku początkowych działań opozycyjnych szlachty wobec wprowadzonego systemu przez Napoleona mieszały się idee z faktami oraz ich prawnym uregulowaniem²⁷, jednak ostatecznie proces recepcji Kodeksu Napoleona spotkał się ze zmianą postaw i akceptacją, jak i uznaniem danej grupy społecznej Księstwa Warszawskiego.

Kodeks Napoleona był bardzo obszernym aktem prawnym, składającym się z 2281 artykułów usystematyzowanych w trzech księgach:

- 1) Księga I: O osobach (*Des personnes*),
- 2) Księga II: O majątkach i różnych rodzajach własności (*Des biens et des différentes modifications de la propriété*),
- 3) Księga III: O różnych sposobach nabywania własności (*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*).

Powyższy podział był wzorowany na prawie rzymskim²⁸. Oparty na systematyce justyniańskiej Kodeks Napoleona otworzył drogę dla nowoczesnych kodyfikacji. Jego największe i nieprzemijające wartości wynikały z jasności rozwiązań normatywnych, użycia prostego i zrozumiałego języka prawnego, a przede wszystkim zawartości merytorycznej²⁹. Do praw stosowanych wcześniej, które uznawano w nowym porządku prawnym, zaliczano przede wszystkim prawo polskie, lecz tylko te normy, które zamieszczano w zbiorze *Volumina Legum*. Do prawa, które zachowano w odniesieniu do dawnych stosunków prawnych zaliczało się także prawo pruskie oraz prawo austriackie z okresu jego obowiązywania na terenach włączonych do księstwa³⁰. Tworząc ten Kodeks hołdowano zasadzie, iż stanowi on twór prawie idealny, rozstrzygający bez żadnych wątpliwości wszelkie stosunki społeczne, czyli uważano go za kodeks zupełny³¹, co skłoniło do późniejszej aprobaty i uznania Kodeksu wśród początkowych jego opozycjonistów z Księstwa Warszawskiego, gdyż jego zupełność i kompletność doskonale przeniosła się na strefę funkcjonowania prawnego, politycznego i społecznego Księstwa Warszawskiego w dobie właśnie recepcji Kodeksu na tymże obszarze.

Ówczesne prawo cywilne, oparte na ideach prawa natury, oznaczało przede wszystkim wprowadzenie zasady równości i powszechności praw prywatnych, przysługujących jednostce, pełną laicyzację instytucji małżeństwa, likwidację własności podzielonej, swobodę kontraktowania i testowania³². W zakresie prawa zobowiązań wprowadzono zasadę swobody umów, co doprowadziło do zerwania z dawnymi ograniczeniami stanowymi, np. do nabywania dóbr ziemskich. Wiele kontrowersji dostarczyły natomiast uregulowania prawa rodzinnego, które zostało podporządkowane ideom zapewnienia trwałości i nienaruszalności rodziny legalnej oraz utrzymania silnej, patriarchalnej władzy ojca w rodzinie³³. Jako dyskryminację kobiet wskazuje się przepisy dotyczące rozwodu z przyczyn cudzołóstwa, bowiem mąż

²³P. Cichoń, *Wpływy...*, op. cit., s. 1.

²⁴D. Makłta, *Historia prawa w Polsce*, Wydawnictwo naukowe PWN, Warszawa 2008, s. 356.

²⁵T. Maciejewski, *Historia prawa sądowego Polski*, Wydawnictwo Miscellanea, Koszalin 1998, s. 127.

²⁶T. M. Królasik, *Poglądy Franciszka Ksawerego Szaniawskiego na temat uregulowania rozwodów w Kodeksie Napoleona*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2014, t. XIII, z. 2, s. 93.

²⁷W. Sobociński, *Księstwo...*, op. cit., s. 54.

²⁸L. Krzyżanowski, *Repetitorium, Historia...*, op. cit., s. 109.

²⁹T. Maciejewski *Historia powszechna ustroju i prawa*, Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2015, s. 618.

³⁰D. Makłta, *Historia...*, op. cit., s. 357.

³¹T. Maciejewski *Historia...*, op. cit., s. 618.

³²G. Smyk, *Francuskie...*, op. cit., s. 47.

³³A. Korzeniewska, *Prawo rodzinne w Kodeksie Napoleona*, „Studia Warmińskie” 2002, Nr XXXIX, s. 298.

zawsze mógł żądać rozwodu, kiedy to żona dopuszczała się zdrady, podczas gdy żonie prawo to przysługiwało jedynie kiedy mąż „trzymał nałożnicę w domu wspólnym”³⁴. Kontrowersje wzbudzał też fakt, że w świetle Kodeksu Napoleona małżeństwo było jedynie umową zawartą na mocy prawa świeckiego, co w obecnych czasach było dla zdecydowanej większości katolickiego społeczeństwa nie do przyjęcia.

Konstytucja z 1807 r. przewidywała wprowadzenie w Księstwie Warszawskim jedynie Kodeksu Napoleona, regulującego prawo cywilne materialne, jednakże ówczesny minister sprawiedliwości Księstwa, Feliks Łubieński, uznał, że stosowanie prawa materialnego nie jest możliwe bez jednoczesnego zastosowania przepisów francuskiej procedury cywilnej i francuskiego prawa handlowego, które łącznie składać się miały na kompletny system prawa cywilnego³⁵. Należy jednak podkreślić, że początkowo stosowano dawne prawo polskie. Jak wskazuje Lech Krzyżanowski³⁶, utworzenie z inicjatywy Napoleona Księstwa Warszawskiego nie oznaczało automatycznego wprowadzenia na jego teren francuskich przepisów prawa. Zwłaszcza, że ustawodawstwo francuskie recypowane w Księstwie Warszawskim nie było publikowane w „Dzienniku Praw”. Bez względu na ten fakt, francuskie prawo na ziemiach polskich rzeczywiście obowiązywało. Do prawa Księstwa Warszawskiego wprowadzono francuskie prawo cywilne procesowe i francuskie prawo handlowe, jak również francuskie przepisy notarialne. Przepisy przechodnie dla Kodeksu Napoleona dopuszczały też możliwość stosowania w pewnych wypadkach dawnego polskiego prawa prywatnego³⁷. Stosowano także francuskie prawo karne. Mając wybór, sądy dawały pierwszeństwo prawu zaborcy jako co prawda surowszemu, ale równocześnie bardziej precyzyjnemu. Z czasem z obu systemów zaczęto wybierać przepisy łagodniejsze³⁸. W pewnym stopniu jednak i na terenie Księstwa Warszawskiego, jaki stanowił obszar dawnej pruskiej i austriackiej części, panował dualizm prawny, szczególnie widoczny na gruncie postępowania karnego. Oba systemy utrzymywały charakter inkwizycyjny, charakterystyczny dla poprzednich epok³⁹. Ostatecznie jednak wdrażając Kodeks Napoleona w proces funkcjonowania prawnego Księstwa Warszawskiego uregulowano również i tę zbieżność.

4. Wnioski

Egzystencja Księstwa Warszawskiego była krótka, gdyż nie przekroczyła nawet siedmiu lat. Odpowiadała chronologicznie największemu wzniesieniu osobistej kariery Napoleona. Rozwiązania francuskie początkowo spotkały się na ziemiach polskich z silną opozycją, jednak ostatecznie proces recepcji zaakceptowano. W ekspansywnym systemie napoleońskiej Francji Księstwu Warszawskiemu przypadła rola państwa o ograniczonej suwerenności, stanowiącego najbardziej na wschód wysunięty bastion skupionych wokół Francji i uzależnionych przez nią państw określonych mianem Wielkiego Cesarstwa⁴⁰. Rozwiązania Napoleona Bonaparte nie eliminowały jednak całkowicie dotychczasowych postanowień prawnych i administracyjnych, wobec czego nie należy mówić o recepcji prostej ustawodawstwa francuskiego, lecz o jego adaptacji. Niemniej wkrótce po klęsce Napoleona i likwidacji Księstwa Warszawskiego sprawa zmiany ustawodawstwa cywilnego w Królestwie Polskim stała się przedmiotem ponownego dyskursu politycznego⁴¹. Prawo i związane z nim przemiany w sferze prawnej dawnego Księstwa Warszawskiego nadały bieg konieczności ustalenia nowych unormowań, które również czerpały poszczególne elementy z wcześniej wprowadzonego, francuskiego prawa. Pomimo faktu sprzeciwu na obszarach objętych napoleońskimi wpływami prawo francuskie w swej istocie po odpowiedniej analizie poszczególnych jurystów w owych państwach, w tym także na ziemiach polskich było z racji swej znakomitej budowy elementarnej zdecydowanie recypowane.

RECEPTION OF FRENCH LAW IN THE DUCHY OF WARSAW

This article is about the reception of French law in the areas of the Duchy of Warsaw. The period of existence of the Duchy of Warsaw is also the best period of Napoleon Bonaparte's career. Napoleon introduced law in the conquered lands following the example of French legislation. Napoleon gave the Duchy of Warsaw a constitution whose rules were modeled on the French constitution. On the other hand, the French constitution introduced into the legal system of the Napoleon Code in force in Poland.

³⁴ Art. 230 Kodeksu Napoleona.

³⁵ Ibidem, s. 41.

³⁶ L. Krzyżanowski, *Repetitorium, Historia..., op. cit.*, s. 111.

³⁷ A. Korobowicz, W. Witkowski, *Historia ustroju i prawa polskiego (1772-1918)*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 55.

³⁸ L. Krzyżanowski, *Repetitorium, Historia..., op. cit.*, s. 111.

³⁹ Ibidem, s. 112.

⁴⁰ J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak *Historia..., op. cit.*, s. 376.

⁴¹ A. Zarzycka, *Próby zmian prawa rzeczowego z Kodeksu Napoleona w Królestwie Polskim w latach 1815-1818*, <http://www.ejournals.eu/sj/index.php/KSzHPiP/article/viewFile/1854/1869>, [on line: 23 listopada 2017 r.], s. 175.

PRZESZUKANIE OSOBY

Wstęp

Przeszukiwanie osoby następuje w trybie i w przypadkach określonych w przepisach Kodeksu postępowania karnego oraz innych ustaw. Przeszukiwanie jest dokonywane w związku z istniejącym procesem karnym, a więc jest powiązane z konkretną sprawą i dotyczy konkretnego przestępstwa. Organem uprawnionym do przeprowadzenia przeszukania osoby jest policja. Policjant jako funkcjonariusz publiczny, którego podstawowymi zadaniami są: ochrona porządku publicznego, ściganie osób poszukiwanych, wykrywanie i walka z przestępczością, podczas wykonywania swoich zadań służbowych bardzo często dokonuje zatrzymań sprawców przestępstw¹. Z racji tego, iż zatrzymani mogą posiadać przedmioty będące dowodami w sprawie, broń, czy inne przedmioty niebezpieczne, policjant podczas wykonywania swoich obowiązków zmagają się z wyborem pomiędzy przeszukaniem osoby, sprawdzeniem osoby, a przeprowadzeniem kontroli osobistej². W niniejszym artykule przedstawiona zostanie czynność służbowa policjanta jaką jest przeszukiwanie osoby. Przybliżony zostanie tryb, przebieg i zastosowanie czynności przeszukania oraz podstawę prawną dającą możliwość przeprowadzania tejże czynności przez policję.

Przeszukiwanie

Przeszukiwanie jest to procesowa czynność polegająca na dokładnym obejrzeniu osoby, pomieszczenia lub rzeczy. Celem przeszukania jest ujawnienie przedmiotów mogących stanowić dowód w sprawie karnej. Z racji, iż jest to czynność procesowa wymaga spisania protokołu. Przeszukiwanie powinno być dokonane zgodnie z celem tej czynności, z zachowaniem godności osób, u których czynność ta jest przeprowadzana, z zachowaniem umiaru oraz bez wyrządzania niepotrzebnych dolegliwości i szkód³. W polskim postępowaniu karnym wyróżniamy trzy rodzaje przeszukania: przeszukiwanie miejsca (w tym pojazdu), przeszukiwanie rzeczy (tj. plecak, torba), przeszukiwanie osób (w tym jej odzieży)⁴. Przesłanką do przeprowadzenia przeszukania jest istnienie uzasadnionych podstaw do przypuszczenia, że poszukiwana osoba albo poszukiwane przedmioty znajdują się w danym miejscu lub w posiadaniu danej osoby. Podstawy te muszą być prawdopodobne i być poparte w dotychczas zebranych informacjach.

Przeszukiwanie zgodnie z art. 219 k.p.k. dokonywane jest w celu:

- 1) wykrycia, zatrzymania albo przymusowego doprowadzenia osoby podejrzanej, a także podejrzanego i oskarżonego,
- 2) znalezienia rzeczy mogących stanowić dowód w sprawie.
- 3) znalezienia rzeczy podlegających zajęciu w postępowaniu karnym⁵.

Organami uprawnionymi do przeprowadzenia przeszukania zgodnie z art. 220 k.p.k. jest: prokurator, policja na polecenie sądu lub prokuratora, a w wypadkach wskazanych w ustawie inny organ⁶.

Przeszukiwanie osoby na podstawie postanowienia prokuratora

Wyłaniającą się na etapie postępowania przygotowawczego konieczność dokonania przeszukania jest często występującym zjawiskiem. Przeszukiwanie może zostać dokonane z własnej inicjatywy dowodowej prokuratora lub organów ścigania, a także rozpatrzonego pozytywnie przez prokuratora wniosku dowodowego jednej ze stron postępowania przygotowawczego⁷.

Postanowienie o przeszukaniu osoby wydaje prokurator w postępowaniu przygotowawczym. Polecenie przeszukania może zostać skierowane do Policji albo innego uprawnionego organu, a także prokurator może zadecydować o wykonaniu przeszukania osobiście⁸.

Poza wymogami określonymi w art. 94 k.p.k. postanowienie powinno zawierać także dodatkowe elementy. Ustawa nie wymienia ich wprost, zostały one jednak wskazane w §161 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia

¹G. Babieracki, *Kontrola osobista*, Wydawnictwo Szkoły Policji w Słupsku, Słupsk 2010, wyd. II, s.11.

²Z. Czeczot, M. Czubalski, *Zarys kryminalistyki*, Wyd. UW., Warszawa 1972, s. 116.

³K. Zgryzek, *Przeszukiwanie jako czynność procesowa i kryminalistyczna*, Pal. Kraków 1977, nr 2, s. 44–45

⁴Z. Czeczot, M. Czubalski, *Zarys kryminalistyki*, Wyd. UW., Warszawa 1972, s. 118.

⁵Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., *Kodeks postępowania karnego* (Dz.U. 1997 nr 89 poz. 555) art. 219

⁶Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., *Kodeks postępowania karnego* (Dz.U. 1997 nr 89 poz. 555) art. 220.

⁷T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, LexisNexis, Warszawa 2003, s. 513.

⁸J. Grochowski, *Podstawy dowodowe przeszukania w kodeksie postępowania karnego*, PKK, Warszawa 1992, nr 18, s. 47

2016 r. Regulaminu wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury⁹. Przy przeszukaniu osoby, powinna być ona wskazana z imienia i nazwiska, określony powinien być cel dokonywanej czynności, a także podmiot, któremu zlecone zostało dokonanie przeszukania¹⁰.

Prokurator ma obowiązek sporządzić uzasadnienie postanowienia. W uzasadnieniu prokurator powinien powołać się na dowody i okoliczności na podstawie których uznaje, iż istnieje uzasadniona podstawa do przypuszczenia, że poszukiwane rzeczy znajdują się u przeszukiwanej osoby. Należy wprost powołać się na okoliczności i dowody w konkretnej sprawie, uzasadniające takie przypuszczenie. Tylko tak sformułowane uzasadnienie pozwoli na weryfikację zasadności dokonywanej czynności, bowiem nie wystarczy sytuacja, gdy zachodzi uzasadniona podstawa do przypuszczenia¹¹.

Po wydaniu postanowienia o przeszukaniu prokurator przekazuje je Policji lub innemu organowi uprawnionemu, który w treści postanowienia został wskazany jako dokonujący czynności przeszukania osoby. Prokurator może zdecydować o przeprowadzeniu przeszukania osobiście. Jednakże nawet w tym przypadku prokurator przeprowadzać będzie czynność przeszukania w asyście Policji lub innego uprawnionego organu. Podkreślić należy, iż przeprowadzenie przeszukania osobiście przez prokuratora ma charakter wyjątkowy¹².

Ustawa stanowi o okazaniu postanowienia prokuratora osobie, u której ma zostać przeprowadzona czynność przeszukania. W rzeczywistości chodzi o doręczenie danej osobie postanowienia prokuratora jeszcze przed dokonaniem czynności przeszukania oraz uzyskania potwierdzenia otrzymania postanowienia następującego poprzez pokwitowanie¹³.

Przed rozpoczęciem czynności przeszukania, a po doręczeniu postanowienia należy osobę, która ma zostać przeszukana, zawiadomić o celu przeszukania i wezwać do wydania poszukiwanych przedmiotów. Dobrowolne wydanie poszukiwanych przedmiotów przez osobę, u której ma zostać przeprowadzona czynność przeszukania, powinno zakończyć czynność w przypadku, gdy osoba wyda wszystkie przedmioty zawarte w postanowieniu. Należy przyjąć za niewłaściwe kontynuowanie czynności przeszukania, mimo iż wszystkie przedmioty wymienione w postanowieniu zostały wydane. Nie przerwanie czynności przeszukania w celu znalezienia „innych przedmiotów pochodzących z przestępstwa”, które daje faktycznie prawo do nieograniczonego prowadzenia przeszukania jest niedopuszczalne. Nie oznacza to oczywiście, iż nie można w ogóle zatrzymać innych przedmiotów poza wskazanymi w postanowieniu. Jest to jak najbardziej uzasadnione, jeżeli zostały one ujawnione w toku przeszukania niejako przy okazji¹⁴. Niedopuszczalnym jest natomiast poszukiwanie na ślepo przedmiotów podlegających zatrzymaniu w toku postępowania.

Organ przeprowadzający czynność przeszukania w celu zabezpieczenia dla potrzeb postępowania karnego, dokonuje oględzin, sporządza spis i opis przedmiotów, a następnie te przedmioty zabiera i przechowuje. Można również oddać je na przechowanie osobie godnej zaufania, jednakże z zaznaczeniem obowiązku przedstawienia na każde żądanie organu prowadzącego postępowanie. Oczywiście jest fakt, iż stosuje się to tylko wówczas, gdy przedmioty te znalazły się w faktycznym władaniu osób dokonujących czynności procesowych¹⁵.

Przeszukanie osoby na podstawie postanowienia sądu

Sytuacją stosunkowo rzadką, jednak prawnie dopuszczalną i możliwą jest konieczność dokonania przeszukania zachodząca już na etapie postępowania sądowego. Przeszukanie następuje w przypadku pozytywnie rozpatrzonego przez sąd wniosku dowodowego wniesionego przez jedną ze stron postępowania sądowego lub z własnej inicjatywy dowodowej sądu¹⁶.

Postanowienie o przeszukaniu osoby wydaje sąd w postępowaniu sądowym. Sąd nie jest organem wykonującym przeszukanie, z oczywistych względów. W praktyce postanowienie kierowane jest do Policji albo innego uprawnionego organu¹⁷. Postanowienie poza elementami zawartymi w art. 94 k.p.k., powinno zawierać dodatkowe elementy. Nie są one wprost wymienione, jednakże przyjąć należy, iż powinny być one analogiczne wobec postanowienia wydawanego w postępowaniu przygotowawczym przez prokuratora. Przede wszystkim w przypadku przeszukania osoby powinna być określona z imienia i nazwiska osoba, która ma zostać przeszukana, cel dokonywanej czynności, a także podmiot dokonujący czynności przeszukania. Sąd ma obowiązek sporządzenia uzasadnienia postanowienia, powołując się na

⁹Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r., *Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury* (Dz.U. 2016 poz. 508) §161

¹⁰J. Grajewski, L. Paprzycki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, (red. nauk.), S. Steinborn, wydawnictwo: Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 1276.

¹¹B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. (red. Nauk.) D. Świecki, wydawnictwo: Wolters Kluwer SA, Warszawa 2015, wyd. II, Tom I, s. 872.

¹²T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, LexisNexis, Warszawa 2003, s. 543.

¹³B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. (red. Nauk.) D. Świecki, wydawnictwo: Wolters Kluwer SA, Warszawa 2015, wyd. II, Tom I, s. 634.

¹⁴Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., *Kodeks postępowania karnego* (Dz.U. 1997 nr 89 poz. 555) art. 228 § 2

¹⁵J. Grajewski, L. Paprzycki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, (red. nauk.), S. Steinborn, wydawnictwo: Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 1231.

¹⁶K. Zgryzek, *Przeszukanie jako czynność procesowa i kryminalistyczna*, Pal., Kraków 1977, nr 2, s. 44–45

¹⁷P. Hofmański, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2004, t. I, s. 933

okoliczności i dowody istotne przy jego wydawaniu. Należy wprost powołać się na okoliczności i dowody w konkretnej sprawie, nie wystarczy bowiem określenie, iż „zachodzi uzasadniona podstawa do przypuszczenia”¹⁸.

Po wydaniu postanowienia o przeszukaniu sąd przekazuje je policji lub innemu upoważnionemu organowi, wskazanemu jako dokonujący czynności przeszukania osoby. Ustawa stanowi o obowiązku okazania postanowienia sądu osobie, co do której ma się odbyć czynność przeszukania¹⁹.

Przed rozpoczęciem czynności przeszukania, a po doręczeniu postanowienia należy osobę, która ma zostać przeszukana, zawiadomić o celu przeszukania i wezwać do wydania poszukiwanych przedmiotów. Dobrowolne wydanie poszukiwanych przedmiotów przez osobę, u której ma zostać przeprowadzona czynność przeszukania, powinno zakończyć czynność w przypadku, gdy osoba wyda wszystkie przedmioty zawarte w postanowieniu²⁰.

Na postanowienie sądu dotyczącego przeszukania osoby, w przypadku naruszenia jej praw przysługuje tej osobie zażalenie. Przysługujące zażalenie dotyczyć może nie tylko postanowienia sądu, ale także na inne czynności związane z przeprowadzonym przeszukaniem, w tym także na czynności o charakterze faktycznym dokonanych przez organ wykonujący przeszukanie (np. policji)²¹.

Przeszukanie osoby – przebieg czynności

Przeszukanie daje policji największe uprawnienia. Sposób dokonywania czynności oraz zakres zależą od konkretnego celu tej czynności. Przy przeszukaniu osoby może ono obejmować oględziny zewnętrzne ciała człowieka, dokonanie prześwietlenia ultrasonograficznego czy polegać na podaniu środków przeczyszczających²².

Jeżeli chodzi o prawne podstawy przeszukania w odniesieniu do sprawców przestępstw, regulowane one są przez Kodeks postępowania karnego²³. Artykuł 219 k.p.k. odnosi się do przeszukania osoby, pomieszczeń i innych miejsc w celu wykrycia, zatrzymania albo przymusowego doprowadzenia osoby podejrzanej, a także w celu znalezienia rzeczy, które mogą stanowić dowód w sprawie lub podlegających zajęciu w postępowaniu karnym. Aby można było dokonać przeszukania, muszą istnieć uzasadnione podstawy do przypuszczenia, że osoba podejrzana lub wymienione rzeczy się tam znajdują. W celu znalezienia rzeczy mogących stanowić dowód w sprawie lub podlegających zajęciu w postępowaniu karnym, jeśli tylko istnieją uzasadnione podstawy do przypuszczenia, że posiada je określona osoba, można dokonać także przeszukania osoby, jej odzieży i podręcznych przedmiotów, np. przeszukania torebki²⁴.

Przeszukanie osoby określone w przepisach kodeksu postępowania karnego należy odróżnić od tzw. kontroli osobistej oraz przeglądania bagażu i ładunku w portach, na dworcach i w środkach transportu lądowego, powietrznego i wodnego, czyli pozaprocesowe instytucje przewidziane przez ustawy szczególne. Materiałną przesłanką dokonania kontroli osobistej przez wskazane organy jest istnienie uzasadnionego podejrzenia popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary. Na gruncie kodeksu postępowania karnego istnienie uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa stanowi podstawę wszczęcia postępowania przygotowawczego. Wobec tego, jeśli takie podejrzenie faktycznie występuje, należy wszcząć postępowanie karne albo postępowanie w niezbędnym zakresie i wówczas dokonywać czynności procesowych wskazanych w kodeksie, w tym również przeszukania. W rzeczywistości kontrola osobista jest to przeszukanie, tylko dokonywane poza procesem karnym i nieunormowane w kodeksie postępowania karnego. Wszystkie te informacje potwierdzają, iż przeszukanie daje policji największe możliwości w stosunku do sprawcy.²⁵

Czynności przeszukania dokonuje głównie Policja, zarówno w toku postępowania sądowego, jak i przygotowawczego. Przeszukanie osoby, co do zasady powinno być zrealizowane na podstawie postanowienia prokuratora lub sądu. Jeżeli zaś postanowienie prokuratora lub sądu nie mogło zostać wydane a jest to wypadek niecierpiący zwłoki, organ dokonujący przeszukania okazuje swoją legitymację służbową, zwracając się następnie niezwłocznie do prokuratora lub sądu o zatwierdzenie przeszukania. Postanowienie organu o zatwierdzeniu czynności przeszukania doręcza się osobie, u której została przeprowadzona czynność przeszukania, w terminie 7 dni od daty czynności na zgłoszone do protokołu żądanie tej osoby. Oczywiście o prawie zgłoszenia takiego żądania należy ją pouczyć²⁶.

Jeżeli przeszukanie nastąpiło bez uprzedniego polecenia prokuratora lub sądu, a w ciągu 7 dni od dnia wykonania czynności przeszukania nie nastąpiło jej zatwierdzenie, należy niezwłocznie zwrócić zatrzymane rzeczy osobie

¹⁸J. Grajewski, L. Paprzycki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, (red. nauk.), S. Steinborn, wydawnictwo: Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 1231

¹⁹K. Zgryzek, *Przeszukanie jako czynność procesowa i kryminalistyczna*, Pal., Kraków 1977, nr 2, s. 46.

²⁰T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, LexisNexis, Warszawa 2003, s. 513.

²¹K. Dudka, *Ochrona prawa do prywatności i jej ograniczenia w polskim prawie karnym – część I*, CzPKiNP, Kraków 2000, nr 2, s. 91

²²G. Babieracki, *Kontrola osobista*, Wydawnictwo Szkoły Policji w Słupsku, Słupsk 2010, wyd. II, s.14.

²³Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., *Kodeks postępowania karnego* (Dz.U. 1997 nr 89 poz. 555).

²⁴B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, (red. Nauk.) D. Świecki, wydawnictwo: Wolters Kluwer SA, Warszawa 2015, wyd. II, Tom I, s. 872.

²⁵K. Zgryzek, *Przeszukanie jako czynność procesowa i kryminalistyczna*, Pal., Kraków 1977, nr 2, s. 48.

²⁶K. Dudka, *Ochrona prawa do prywatności i jej ograniczenia w polskim prawie karnym – część I*, CzPKiNP Kraków 2000, nr 2, s. 88

uprawnionej, chyba, że nastąpiło dobrowolne wydanie, a osoba ta nie złożyła wniosku o doręczenie takiego zatwierdzenia przez organ procesowy²⁷.

Policjanci dokonujący bezpośrednich zatrzymań osób będą działali najczęściej na podstawie sytuacji nie cierpiącej zwłoki i na podstawie okazania legitymacji służbowej. Istotna jest również treść art. 223 k.p.k. ukazująca prawo osoby, u której ma zostać przeprowadzona czynność przeszukania, brzmiąca następująco: „Przeszukania osoby i odzieży na niej należy dokonać w miarę możliwości przez osobę tej samej płci.” Przepis wprowadza tylko pewne ograniczenia, jednakże nie przewidując normy zakazującej obecności osoby płci odmiennej niż ta, która ma zostać przeszukana, wynika to właśnie z uzasadnienia wypadku nie cierpiącego zwłoki²⁸.

Prawną podstawą przeszukania w związku z zatrzymaniem sprawcy wykroczenia jest kodeks postępowania w sprawach wykroczenia²⁹. Art. 44 ustawy stanowi, iż przeszukanie może być dokonane w celu znalezienia oraz zatrzymania przedmiotów podlegających oględzinom lub przedmiotom mogącym stanowić dowód rzeczowy. Dowód taki bowiem nie zawsze jest przedmiotem oględzin, za to przedmiot oględzin zawsze musi zostać zaliczony w poczet dowodów rzeczowych. Oprócz dowodów rzeczowych w postępowaniu w sprawach o wykroczenia poszukuje się jednak również rzeczy mogących posłużyć zabezpieczeniu wykonania środka karnego w postaci przepadku przedmiotów³⁰.

Przeszukanie może być dokonane w toku postępowania o każde wykroczenie. Celem przeszukania w sprawie o wykroczenie, w przeciwieństwie do postępowania karnego nie może być znalezienie obwinionego. Argumenty przemawiające za wprowadzeniem tego typu ograniczenia, nie wydają się przekonujące, gdyż policja jest organem zobowiązanym poszukiwać oraz doprowadzić sprawcę na zarządzenie sądu.³¹

Przeszukanie można prowadzić zarówno u osoby podejrzanego o wykroczenie, jak i również u każdego, u kogo organ procesowy spodziewa się znaleźć poszukiwany przedmiot. Przeszukanie nie może być jednak stosowane w celu znalezienia podejrzanego lub obwinionego. Przeszukanie celem znalezienia rzeczy niewiele różni się od poszukiwania osoby, gdyż równie głęboko wkracza w konstytucyjne prawa osób, których dotyczy. Przeszukanie osoby skierowane jest do określonej osoby - odzieży na niej lub podręcznych przedmiotów³².

Podsumowanie

Reasumując, stwierdzić należy, iż przeszukanie osoby jest czynnością dającą Policji największy zakres możliwości w stosunku do sprawcy przestępstw oraz wykroczeń. Jednakże pamiętać należy, że jest to czynność procesowa, której przeprowadzenie należy do dość skomplikowanych. Do przeprowadzenia przeszukania, niezbędne jest bowiem postanowienie sądu lub prokuratora, które musi być uzasadnione. Po uzasadnieniu jeszcze doręczone do osoby, która ma być przeszukana. Oczywiście w przypadku wystąpienia uzasadnionej sytuacji niecierpiącej zwłoki, policjant może przeprowadzić przeszukanie bez uprzedniego postanowienia sądu czy prokuratora, ale wszelkie działania i tak w etapie późniejszym, muszą być zatwierdzone przez odpowiednie organy. Wszelkie te kroki, które trzeba zachować utwierdzają tylko w przekonaniu, że nie jest to nieskomplikowana czynność, porównując chociażby do kontroli osobistej czy sprawdzenia osoby. Policjanci realizujący codzienne czynności w ramach służby patrolowo-interwencyjnej, dzielnicowi oraz policjanci pionów dochodzeniowo - śledczych czy kryminalnych, dokonując zatrzymań sprawców przestępstw oraz wykroczeń, powinni początkowo ocenić charakter czynu, jego znamiona i okoliczności popełnienia, a następnie rozważyć zajście potrzeby i podstaw do przeszukania osoby.

SEARCH OF A PERSON

A procedural action which is to search a person is presented in this article along with the purpose of such activity, its process and the legal basis for the use of this action. This article contains explanation of an operation to search a person based on following situations: the prosecutor's decision, decision of the court, actions in urgent situations by authorized bodies and the ratio of search activity to criminals and offenders.

²⁷A. Skowron, *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz*. Wyd. II. Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 131.

²⁸T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz*. Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 324.

²⁹Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia* (Dz.U. 2001 nr 106 poz. 1148) art. 44.

³⁰T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz*. Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 321.

³¹A. Skowron, *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz*. Wolters Kluwer, Warszawa 2010, wyd. II, s. 311.

³²T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz*. Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 322.

Aleksandra Kojadyńska

NADUŻYCIE UPRAWNIEN I OCHRONA PRAWNA FUNKCJONARIUSZA PUBLICZNEGO

Wstęp

W niniejszym artykule ujęte zostały najbardziej charakterystyczne przestępstwa urzędnicze, negujące zarówno w autorytet, jak i zaufanie społeczne do władz i instytucji, jak również w konkretne interesy publiczne oraz prywatne, zagrożone bądź naruszone przestępnym zachowaniem. Ma on w polskim prawie karnym długą, dobrze ukształtowaną tradycję. Kodeks karny z 1932 r. reguluje to przestępstwo w art. 286. Tutaj należałoby zauważyć, iż podmiotem czynu zabronionego jest „urzędnik” a nie „funkcjonariusz publiczny”, a zachowanie sprawcy polegało na „przekroczeniu władzy”, a nie, jak obecnie, „przekroczeniu uprawnień”. Natomiast kodeks karny z 1969 r. umieścił komentowany przepis w art. 246. Różnica między tymi przepisami odnosi się przede wszystkim do zdecydowanie innego ujęcia klauzuli subsydiarności, a także zakresu podmiotowego niniejszego przepisu, wynikającego z innego aniżeli w kodeksie karnym z 1969 r. zdefiniowania pojęcia „funkcjonariusza publicznego”¹.

Nadużycie uprawnień przez funkcjonariusza publicznego (art. 231 kodeksu karnego)

O obrazie funkcjonowania instytucji państwowych bądź samorządu terytorialnego decydują w głównej mierze zachowania funkcjonariuszy tychże organów, a w szczególności od tego, czy prawidłowo wykonują swoje obowiązki. Nadużycie przez nich uprawnień lub niedopełnienie obowiązków negatywnie wpływa na reputację danej instytucji. W art. 231 kk (1997 r.) ustawodawca dokonał penalizacji przekroczenia uprawnień, czy też niedopełnienia obowiązków przez funkcjonariusza publicznego². Przestępstwo to należy niewątpliwie do grupy przestępstw służbowych tzw. ogólnego typu³.

Przedmiot ochrony

Głównym przedmiotem ochrony jest prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowej oraz samorządu terytorialnego i związany z tym autorytet władzy publicznej. Natomiast dobrem ubocznym jest jakiegokolwiek dobro prawne należące do sfery publicznej lub sfery prywatnej. Tutaj należy dodać, iż czyn zabroniony określony w art. 231 kk zaliczany jest do tzw. przestępstw chroniących działalność instytucji przed zamachami „od wewnątrz”⁴.

Strona przedmiotowa

Czynność sprawcza polega na przekroczeniu uprawnień albo niedopełnieniu obowiązków. Przekroczenie takie może zachodzić jedynie w dziedzinie tej działalności służbowej oraz obejmować wyłącznie te czynności, które posiadają charakter służbowy i tyczą się osób bądź dóbr, wobec których sprawca pełni rolę funkcjonariusza publicznego⁵. Zaś niedopełnienie obowiązków obejmuje swym zakresem nie tylko zaniechanie podjęcia przez funkcjonariusza obowiązku, ale i niewłaściwe jego wykonanie⁶. Słusznie wskazał Sąd Najwyższy, iż „okoliczność, że działanie oskarżonego znalazło wyraz swój równocześnie i w przekroczeniu władzy i w niedopełnieniu obowiązków, nie pozbawiała czynu oskarżonego charakteru jednego przestępstwa”⁷. Uprawnienia, czy też obowiązki muszą wynikać bądź to z ustawy, bądź innego aktu prawnego, np. statutu, regulaminu, instrukcji. Przepisy mogą odnosić się do wszystkich funkcjonariuszy publicznych, a także do poszczególnych podmiotów. Obowiązki funkcjonariusza mogą pochodzić także już z samej istoty urzędowania oraz charakteru zajmowanego stanowiska⁸. W przypadku obowiązków wynikających z istoty pełnionej funkcji, to dotyczą one tych, które mają charakter pierwotny⁹.

Poprzez pojęcie „przekroczenie uprawnień” należy rozumieć podejmowanie czynności nieobjętej kompetencjami. Obejmuje złamanie prawa bądź odmówienie prawa, czyli:

¹ J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 755.

² R. A. Stefański (red.), *Prawo karne materialne. Część szczególna*, Warszawa 2009, s. 354.

³ O. Górniok, [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 80

⁴ A. Barczak-Oplustil, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, Warszawa 2013, s. 1204.

⁵ O. Górniok, [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s.89.

⁶ J. Giezek (red.), op. cit., s. 759.

⁷ Wyrok SN z dnia 23 maja 1935 r., I K 395/35, OSN (K) 1936, Nr 1, poz. 23.

⁸ D. Mocarska, *Przestępne nadużycie władzy przez funkcjonariuszy Policji w ujęciu prawnokarnym i kryminologicznym*, Szczytno 2013, s. 1521.

⁹ J. Duży, *Przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków jako znamię przestępstwa działania na szkodę spółki*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 12, s. 73.

- podjęcie czynności przekraczające uprawnienia lub też przedsięwzięcia czynności w zakresie uprawnień, lecz bezprawnych,
- dokonanie czynności, która nie należy do zakresu uprawnień funkcjonariusza publicznego,
- spełnienie czynności, w stosunku do której w danym przypadku nie istniała podstawa prawna lub faktyczna,
- czynność leżącą poza obszarem uprawnień, lecz pozostającą z formalnym bądź merytorycznym związku z czynnością urzędową,
- wykonywanie czynności w ramach uprawnień, ale niezgodne z prawnymi warunkami czynności funkcjonariusza publicznego czy też nieleżące w ramach jego uprawnień, zaś pozostające w związku z wykonywaną funkcją,
- czynności przekraczające uprawnienia funkcjonariusza bądź mieszczące się w ramach jego uprawnień lecz podjęte bez podstawy faktycznej albo prawnej lub realizacja czynności z pogwałceniem przepisanej trybu¹⁰.

Podsumowując, przekroczenie uprawnień wymaga wykazania, iż podjęte przez sprawcę działanie wychodziło poza zakres jego kompetencji lub było wykonywane w ramach uprawnień, lecz niezgodnie z przepisami prawa, statutem lub ciążącymi na funkcjonariuszu publicznym obowiązkami. Ponadto samo przekroczenie uprawnień nie wypełnia znamion czynu zabronionego z art. 231 kk. Do jego zaistnienia konieczne jest jeszcze działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, a co ważniejsze nie może to być szkoda iluzoryczna. Zatem, aby można było przypisać sprawcy popełnienie tego przestępstwa, niezbędne jest także ustalenie strony podmiotowej w stosunku do całości zachowania sprawcy, a więc jego zamiar musi obejmować nie tylko przekroczenie uprawnień bądź niedopełnienie obowiązków, ale i to, że działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego¹¹. W tym miejscu należy podkreślić, iż w doktrynie pojawiają się kontrowersje, czy działanie na szkodę przedstawia charakterystykę samego zachowania sprawcy, czy może jednak wywołanego nim skutku, tj. narażenia na niebezpieczeństwo wystąpienia szkody¹².

W celu ustalenia, czy doszło do przekroczenia uprawnień, czy też niedopełnienia obowiązków, dokonuje się analizy przepisów regulujących działalność wskazanego funkcjonariusza. Słuszny jest zatem pogląd Sądu Najwyższego, iż „Niewykonywanie nakazu przewidzianego w art. 304 § 2 k.p.k. może stanowić przestępstwo stypizowane w art. 231 § 1 lub 2 kk wówczas, gdy funkcjonariusz publiczny zobowiązany na podstawie tego przepisu do denuncjacji nie zawiadamia o przestępstwie ściganym z urzędu, pomimo świadomości tego, że je popełniono oraz gdy sam ma świadomość tego, iż przekracza uprawnienia lub nie dopełnia obowiązków, i przez to działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego”¹³.

Poprzez „działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego” należy rozumieć poważne oraz konkretne prawdopodobieństwo (niebezpieczeństwo) wystąpienia szkody w chronionych prawem dobrach społecznych albo dobrach jednostki. Słusznie podkreśla się w orzecznictwie, iż „Podmiotowo-przedmiotowe znamiona czynu z art. 231 § 1 kk z uwagi, na swoje ogólne i blankietowe określenie w ustawie każdorazowo podlegają ocenie Sądu orzekającego wedle kryteriów o charakterze modalnym. Sąd musi w pierwszej kolejności rozstrzygnąć, czy waga i stopień przekroczenia lub niedopełnienia obowiązków służbowych przez funkcjonariusza publicznego i wynikające z niego zagrożenie dla interesu publicznego lub prywatnego – uzasadnia w ogóle odpowiedzialność karną”¹⁴.

Interes publiczny to dobra ogółu, zaś interes prywatny to dobra określonej osoby bądź grupy osób. W literaturze wskazuje się, iż ma to być przede wszystkim interes bazujący na prawie materialnym. Nie może to być jedynie interes dla samej właściwej procedury, gdyż wtedy to każde przekroczenie uprawnień bądź niedopełnienie obowiązków należałoby łączyć z działaniem na szkodę interesu publicznego lub prywatnego¹⁵. „Interesem” niewątpliwie jest istniejące lub przyszłe dobro materialne bądź osobiste, a także dobro idealne, mające związek z organizacją życia zbiorowego oraz prawidłowością jej funkcjonowania. Natomiast „publicznym” jest interes zbiorowy organizacji społecznej, państwa, bądź samorządu, czy też w ogóle życia społecznego. Z kolei, „prywatnym” jest interes danej jednostki¹⁶. Nie jest wymagane wyrządzenie przez sprawcę konkretnej szkody, wystarczy aby zachowanie funkcjonariusza mogło spowodować szkodę, zatem chodzi o możliwość jej wystąpienia. Działanie na szkodę opiera się na tym, iż zachowanie sprawcy wywołuje zagrożenie dla jakiegokolwiek dobra chronionego prawem ze sfery publicznej czy też prywatnej¹⁷.

W piśmiennictwie kontrowersje budzi kwestia, czy „działanie na szkodę” ma charakter formalny bądź materialny. Do niedawna w judykaturze również ciężko było wskazać jednolite stanowisko w tej kwestii. Bowiem w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2003 r.¹⁸, w wyroku z dnia 2 grudnia 2002 r.¹⁹ oraz wyroku z dnia 19 listopada 2004 r.²⁰

¹⁰ B. J. Stefańska, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 1522.

¹¹ Wyrok SN z dnia 17 lipca 2008 r., WA 24/08, OSNwSK 2008, Nr 1, poz. 1510.

¹² J. Giezek (red.), op. cit., s. 758.

¹³ Wyrok SN z dnia 12 lutego 2008 r., WA 1/08, OSNKW 2008, Nr 4, poz. 31.

¹⁴ Wyrok SA w Białymstoku z dnia 10 marca 2011 r., II AKa 213/10, Prok. I Pr. 2012, Nr 1, poz. 18.

¹⁵ B. J. Stefańska, [w:] R.A. Stefański (red.), op. cit., s. 1522.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ D. Mocarska, op. cit., s. 674.

¹⁸ Postanowienie SN z dnia 25 lutego 2003 r., WK 3/03, OSNKW 2003, nr 5-6, poz. 53.

¹⁹ Wyrok SN z dnia 2 grudnia 2002 r., IV KKN 273/01, Lex nr 74484.

²⁰ Wyrok SN z dnia 19 listopada 2004 r., III KK 81/04, Lex nr 141348.

stwierdzono, iż czyn zabroniony określony w art. 231 kk, jest przestępstwem formalnym. Uznano, że przestępstwo to należy do grona przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, a działanie sprawcy na szkodę interesu społecznego stanowi charakterystykę zachowania się sprawcy, a nie skutku. Według Sądu Najwyższego samo powstanie bezpośredniego zagrożenia szkody nie stanowi znamienia tego typu czynu zabronionego. Zaś z drugiej strony w jednym z najnowszych orzecznictw Sądu stwierdzono, że strona podmiotowa czynu zabronionego z art. 231 § 1 kk nie wyczerpuje się w przekroczeniu uprawnień bądź niedopełnieniu obowiązków. Do jego znamion należy także „działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego”, pojmowane jako niebezpieczeństwo jej wystąpienia bądź też rzeczywiste wystąpienie jej istotnej szkody (art. 231 § 3 kk). W związku z powyższym w obu przypadkach pojawia się problem związku przyczynowego pomiędzy czynem a grożącą albo rzeczywistą szkodą²¹.

Przepis wymaga, aby następstwem zachowań funkcjonariusza publicznego było wyrządzenie istotnej szkody. Chodzi tu o szkodę majątkową, jak również niemajątkową. Sąd Najwyższy podkreślił, że pojęcie „istotna szkoda” jest pojęciem ocennym, jednakże w przypadku wyrządzenia przez funkcjonariusza szkody mającej charakter materialny, ocena ta winna być relatywizowana do sytuacji majątkowej pokrzywdzonego, ale także winna obiektywnie wyrażać się orientacyjnie wartością znaczną określoną w art. 115 § 5 kk. Należy jednak zauważyć, że pojęcie „istotnej szkody” w rozumieniu art. 231 § 3 kk nie ogranicza się wyłącznie do szkody materialnej i jest niewątpliwie pojęciem szerszym. O tym, na ile jest to szkoda istotna w danej sytuacji, mogą także decydować inne względy, stanowiące istotną dolegliwość dla pokrzywdzonego²².

Paragraf 2 niniejszego przepisu wskazuje typ kwalifikowany czynu opisanego w § 1. Znamieniem kwalifikującym czynu jest dopuszczenie się czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej bądź osobistej²³.

Strona podmiotowa

Strona podmiotowa omawianego czynu zabronionego może mieć charakter umyślności zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym. Oznacza to, iż sprawca przestępstwa musi obejmować swoim zamiarem nie tylko przekroczenie uprawnień czy też niedopełnienie obowiązków, ale i działanie na szkodę interesu publicznego bądź prywatnego, charakteryzujące przekroczenie uprawnień albo niedopełnienie obowiązków²⁴. Dodatkowo, typ przestępstwa opisany w § 2 zaliczany jest do przestępstw kierunkowych zorientowanych na cel czynu. Za cel uważa się osiągnięcie korzyści majątkowej bądź osobistej. Zatem, jest to przestępstwo umyślne z zamiarem bezpośrednim. Natomiast, nieumyślność czynu została zawarta w § 3 tego przepisu. Jego stosowanie ograniczone jest jednak wymogiem wystąpienia, a nie jedynie zagrożenia szkodą dla interesu społecznego lub prywatnego, która niewątpliwie musi być szkodą istotną²⁵. Może ono być popełnione w wyniku nieostrożności bądź niedbalstwa²⁶. Problem może jednak wystąpić przy określeniu błędu co do znamion „przekroczenie uprawnień” oraz „niewypełnienie obowiązków”. Znamiona te zaliczane są do tzw. znamion normatywnych. Konsekwencje błędu odnośnie tych znamion są zależne od określenia przedmiotu błędu: czy był to fakt funkcjonowania w systemie prawa regulacji nakładającej na sprawcę określony obowiązek, czy też był to fakt wystąpienia w rzeczywistości pewnych okoliczności uzasadniających aktualizację obowiązku, za którego wykonanie odpowiedzialny jest funkcjonariusz publiczny. W pierwszym przypadku będzie to błąd co do bezprawności, który (pod warunkiem, że będzie nieusprawiedliwiony) nie wyłączy odpowiedzialności karnej. Natomiast w drugim przypadku mamy do czynienia z błędem co do znamion typu czynu zabronionego, który to wyłączy odpowiedzialność za umyślne dokonanie przestępstwa²⁷.

Podmiot

Podmiotem przestępstwa określonego w art. 231 § 1-3 jest funkcjonariusz publiczny, tj. osoba wymieniona w art. 115 § 13. Jest to zatem przestępstwo indywidualne właściwe²⁸.

Zbieg przepisów

Aktualnie obowiązujący kodeks karny (1997r.) zawiera tzw. klauzulę subsydiarności, która została znacznie wężiej ujęta w porównaniu do jego odpowiednika, czyli art. 246 kodeksu karnego z 1969 r. Ograniczono ją jedynie do typu kwalifikowanego ze względu na korzyść majątkową jako cel działania sprawcy (§2), który jednak nie będzie stanowił

²¹ J. Giezek (red.), *op. cit.*, s. 760.

²² Uchwała SN z dnia 29 stycznia 2004 r., IKZP 38/03, OSNKW 2004, Nr 2, poz. 14.

²³ M. Kulik, [w:] M. Mozgawa (red.), *op. cit.*, s. 598.

²⁴ E. Pływaczewski, E. Guzik-Makaruk, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 1130.

²⁵ O. Górniok, [w:] A. Wąsek (red.), *op. cit.*, s. 85

²⁶ R. A. Stefański (red.), *op. cit.*, s. 356.

²⁷ Z. Cwiągalski, *Błąd co do bezprawności czynu w polskim prawie karnym*, Kraków 1991, s. 79-80; P. Kardas, *Odpowiedzialność za nadużycie władzy publicznej w przypadku niezawiadomienia o popełnieniu przestępstwa*, Prokuratura i Prawo 2007, nr 7-8, s. 41.

²⁸ R. G. Hałas, [w:] A. Grześkowiak (red.), *op. cit.*, s. 900.

podstawy odpowiedzialności sprawcy, w momencie gdy zostaną zrealizowane znamiona typu czynu zabronionego scharakteryzowanego w art. 228 kk. W związku z tym, jeśli zostaną zrealizowane znamiona obu typów czynów zabronionych, to sprawca przestępstwa będzie odpowiadał jedynie za typ z art. 228 kk. Dopuszczalne jest również przyjęcie zbiegu właściwego przepisów w momencie, gdy zachowanie sprawcy spełnia znamiona typu opisanego w art. 296 kk bądź w art. 585 ksh. Możliwe jest także uznanie zbiegu art. 231 kk z typami czynów zabronionych, których bezpośredni przedmiot ochrony stanowi dobro mieszczące się również w zakresie interesów publicznych bądź jednostki, np. bezpieczeństwo powszechne, wymiar sprawiedliwości²⁹. O ich kumulowaniu albo wyłączeniu winny decydować względy celowościowe, czyli potrzeba wyrażenia w kwalifikacji karnej zarówno stopnia społecznej szkodliwości, jak i treści tej szkodliwości³⁰.

Kary i środki karne

Wprawdzie zagrożenie karą za przestępstwo nadużycia władzy nie uległo w porównaniu z kodeksem karnym z 1932 r. oraz z 1969 r. (górną granicą wynosiła 5 lat pozbawienia wolności – w typie podstawowym) znacznemu obniżeniu (górną granicą wynosi 3 lata), jednakże nie oznacza to od razu liberalizowanie karania za ten czyn. Bowiem skutkiem ograniczenia klauzuli subsydiarności jest prawo do wymierzenia surowych kar w oparciu o kumulowane z art. 231 kk przepisami³¹. Ze względu na wysokość zagrożenia, istnieje możliwość orzeczenia kar wolnościowych, pod warunkiem, że będzie to wystarczające dla realizacji celów kary (art. 58 § 3 kk), a nawet możliwe jest odstąpienie od jej wymierzenia i orzeczenia środka karnego, jeśli zaistnieją przesłanki wskazane w art. 59 kk. Ponadto, możliwe jest również warunkowe umorzenie postępowania. Jeśli natomiast pojawiają się przesłanki do nadzwyczajnego złagodzenia kary, to w takiej sytuacji istnieje możliwość wymierzenia dla sprawcy przestępstwa jedynie kary grzywny bądź kary ograniczenia wolności³².

Typ kwalifikowany zawarty w § 2 został zagrożony karą pozbawienia wolności od roku do lat 10, a należąca do jego znamion korzyść majątkowa jako cel działania sprawcy, dopuszcza wymierzenie grzywny wraz z karą pozbawienia wolności (art. 33 § 2). W przypadku skazania sprawcy za typ podstawowy w jego odmianach umyślnej (§ 1) oraz nieumyślnej (§3) można zastosować instytucję warunkowego umorzenia.

Wobec sprawcy przestępstwa określonego w § 1 można zastosować art. 58 § 3 kk i w miejsce kary pozbawienia wolności wymierzyć grzywnę, bądź karę ograniczenia wolności, przy tym orzekając środek karny. Można także na podstawie art. 59 kk odstąpić od orzeczenia kary sprawcom przestępstw z § 1 i 3 (typ podstawowy), jeżeli ustali się, iż szkodliwość społeczna ich czynów nie jest znaczna i wymierzy się środek karny realizujący cele kary³³.

Ochrona prawna funkcjonariuszy publicznych

Art. 231a został dodany do rozdziału XXIX kodeksu karnego na podstawie ustawy z dnia 26 listopada 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o Policji (Dz. U. Nr 240, poz. 1602), która weszła w życie 22 marca 2011 r.³⁴. Omawiany przepis stanowi, iż z ochrony prawnej przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych podczas bądź w związku z pełnieniem obowiązków służbowych (art. 222, 223 i 226 kk) funkcjonariusz ten korzysta także wówczas, gdy bezprawny zamach na jego osobę podjęto z powodu wykonywanego przez niego zawodu czy też zajmowanego stanowiska. Stanowi to poszerzenie ochrony prawnej przysługującej funkcjonariuszowi publicznemu na sytuacje, w których przestępstwo nie było popełnione w związku z czynnościami służbowymi ani też podczas ich wykonywania. Sytuację taką stanowi popełnienie czynu z powodu wykonywanego przez funkcjonariusza zawodu bądź zajmowanego stanowiska³⁵.

Poprzez pojęcie "zawód" należy rozumieć zajęcie zarobkowe wymagające pewnych umiejętności, najczęściej potwierdzonych urzędowo. Dana osoba może równocześnie wykonywać kilka zawodów. Wykonywanie tego zawodu może być potwierdzone za pomocą jakiegokolwiek środka dowodowego, a nie wyłącznie dokumentu. Nie jest konieczne, aby zawód wykonywany był zarobkowo³⁶.

Stanowiskiem jest pozycja, jaką podmiot czynu zabronionego zajmuje w hierarchii instytucji państwowych, samorządowych albo społecznych, jak również, jak się wydaje, w korporacjach zawodowych. Natomiast niektórzy autorzy jak np. R.A. Stefański wyłączają z zakresu pojęcia stanowiska pozycję zajmowaną w korporacjach zawodowych³⁷.

²⁹ A. Barczak-Oplustil, [w:] A. Zoll (red.), *op. cit.*, s. 997.

³⁰ O. Górniok, [w:] A. Wąsek (red.), *op. cit.*, s. 86.

³¹ *Tamże*, s. 87.

³² A. Barczak-Oplustil, [w:] A. Zoll (red.), *op. cit.*, s. 996.

³³ O. Górniok, [w:] A. Wąsek (red.), *op. cit.*, s. 87.

³⁴ E. Pływaczewski, E. Guzik-Makaruk, [w:] J. Bojarski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1133.

³⁵ M. Kulik, [w:] M. Mozgawa (red.), *op. cit.*, s. 599.

³⁶ zob. postanowienie SN z dnia 28 maja 2001 r., III KKN 152/99, LEX nr 52000.

³⁷ M. Kulik, [w:] M. Mozgawa (red.), *op. cit.*, s. 599.

W uzasadnieniu ustawy wprowadzającej art. 231a kk czytamy m.in., iż takie rozwiązanie ma na celu zwalczanie wyjątkowo nagannych przejawów agresji, wielokrotnie przybierających formę agresji osobistej, skierowanych przeciwko określonym kategoriom funkcjonariuszy publicznych (np. policjantom), motywowanych niechęcią czy też wrogością do tych kategorii osób, która rodzi się z generalnych zadań zawodowych oraz roli społecznej jaką pełnią funkcjonariusze. Regulacja ta ma więc skutkować traktowaniem każdego przestępstwa, skierowanego przeciwko osobie funkcjonariusza publicznego (a zatem np. godzącego w jego życie, zdrowie, wolność, jak również nietykalność cielesną), identycznie jak czynu godzącego w te dobra funkcjonariusza publicznego, który dokonano podczas bądź w związku z pełnieniem obowiązków służbowych, powodując w większości przypadków zaostreniem odpowiedzialności karnej sprawcy, jak też w każdym przypadku przesądzając tryb ścigania z urzędu owego czynu³⁸.

Uzasadnienie ustawy zwraca również uwagę, iż w celu ustalenia rodzaju powiązania zachodzącego pomiędzy wykonywanym przez funkcjonariusza publicznego zawodem albo zajmowanym stanowiskiem, a podjętym przez sprawcę bezprawnym zamachem, w omawianym przepisie wykorzystano znamię "z powodu" (wykonywanego zawodu lub zajmowanego stanowiska), znajdujące się w kodeksie karnym m.in. w opisach czynów z art. 119 § 1 k.k. i art. 257 k.k. ("z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, (...), wyznaniowej lub z powodu jej bezwyznaniowości"), co - zdaniem ustawodawcy - winno usunąć możliwość wystąpienia wątpliwości interpretacyjnych co do tego znamienia³⁹.

Zatem nie ma obowiązku, aby opisywany czyn zawierał znamienne modalne w postaci popełnienia tego przestępstwa podczas albo w związku z pełnieniem obowiązków służbowych. Słusznie w literaturze wskazuje się, iż przepis ten nie zawiera takiego warunku. Wystarczy, że już z i samej istoty regulacji prawnej, przewidującej właśnie taką ochronę, będzie wynikało, iż dotyczy ona takich sytuacji⁴⁰.

Wymagane jest, aby zamach bezprawny pozostał w związku przyczynowym z wykonywanym zawodem bądź pełnioną funkcją. Określony zawód czy też stanowisko mają być źródłem zamachu. Z przesłanki tej nie wynika wprost, iż ma to być zawód aktualnie wykonywany. Nie sprowadza do takiego wniosku – jak wskazuje się w doktrynie – użycie czasu teraźniejszego⁴¹. Czas ten został zastosowany dla wykazania aktualności zamachu z pełnionym przez funkcjonariusza publicznego zawodem bądź zajmowanym stanowiskiem. Nie ma też powodów, aby z ochrony takiej nie mogła skorzystać osoba w sytuacji, kiedy powodem zamachu sprawcy był zawód, który w momencie zamachu nie był już wykonywany przez funkcjonariusza publicznego. Dotyczy to również stanowiska, którego funkcjonariusz już nie zajmuje. Z reguły dokonanie zamachu na funkcjonariusza motywowane wykonywaniem przez niego określonego zawodu bądź zajmowanie stanowiska jest równoznaczne z popełnieniem go w związku z wykonywaniem czynności służbowych⁴².

Należy przyjąć, że jeżeli funkcjonariusz publiczny (np. sędzia) wykonuje równocześnie niepowiązany z jego statusem zawód (np. nauczyciela akademickiego w wyższej uczelni), a dochodzi do bezprawnego zamachu na jego osobę (podjętego np. przez studenta tejże uczelni) i powodem jest wykonywanie właśnie tego zawodu, to funkcjonariuszowi takiemu - w tym przypadku – nie przysługuje ochrona zawarta w art. 231a kk. Nie każdy bowiem zawód bądź stanowisko, jakie funkcjonariusz publiczny może dodatkowo wykonywać, gwarantować mu będzie wzmożoną ochronę, ale tylko taki, na podstawie którego - zgodnie z treścią art. 115 § 13 - uzyskuje status funkcjonariusza publicznego⁴³.

Przykładem, w jaki sposób kodeks karny rozciąga prawną ochronę przysługującą funkcjonariuszom publicznym na osoby, które nie zostały wskazane w art. 115 § 13 kk, jest art. 44 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry⁴⁴. Przepis ten stanowi, iż lekarzowi wykonującemu czynności w ramach usług pomocy doraźnej bądź w przypadku, opisanym w art. 30, czyli gdy ma obowiązek udzielenia pomocy, gdyż zwłoka w jej udzieleniu mogłaby wywołać niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszczerbku ciała bądź ciężkiego rozstroju zdrowia lub w innych przypadkach niecierpiących zwłoki, przysługuje im ochrona prawna taka sama jak dla funkcjonariuszy publicznych. Analogicznie w art. 11 ust. 2 ustawy o zawodach pielęgniarstwa i położnej⁴⁵ występuje zapis, iż pielęgniarkom oraz położnym, podczas i w związku z realizacją czynności polegających na wykonywaniu świadczeń zdrowotnych, zawartych w art. 4 ust. 1 pkt 1-5 oraz art. 5 ust. 1 pkt 1-9, przysługuje ochrona przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych na warunkach określonych w Kodeksie karnym. Wobec tego nowa ustawa wyraźnie odsyła do przepisów Kodeksu karnego⁴⁶.

Rozciągnięcie prawnej ochrony na inne kategorie osób nie oznacza, iż stają się one, wbrew brzmieniu art. 115 § 13, funkcjonariuszami publicznymi a tym samym mogą być pociągnięte do odpowiedzialności karnej za czyny zabronione, których podmiotem może być jedynie funkcjonariusz publiczny. W dodatku takie rozszerzenie nie powoduje objęcia

³⁸ J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 760.

³⁹ Tamże.

⁴⁰ J. Lachowski, [w:] M. Królikowski (red.), *Kodeks karny*, t. II, Warszawa 2013, s. 167.

⁴¹ J. Lachowski, [w:] M. Królikowski (red.), *op. cit.*, s. 168.

⁴² Tamże.

⁴³ Tamże.

⁴⁴ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Dz.U. z 2011 r. Nr 277, poz. 1634 ze zm.).

⁴⁵ Ustawa z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarstwa i położnej (Dz.U. Nr 174, poz. 1039).

⁴⁶ R.G. Hałas, [w:] A. Grześkowiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1040-1041.

ochroną osób przybranych im do pomocy, np. lekarzowi do wykonywania czynności objętych ochroną art. 44 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty⁴⁷.

Zamieszczenie art. 231a kk w rozdziale XXIX sugeruje, iż ma zastosowanie jedynie do wymienionych w nim przestępstw. Zaś jego ogólne sformułowanie wskazuje, iż brak jest podstaw do takiego zawężenia jego zakresu. Treść niniejszego przepisu zdaje się wskazywać, iż nie ogranicza się tylko i wyłącznie do przestępstw opisanych w Kodeksie karnym, ale również odnosi się do tych, które będą zawarte w innych regulacjach prawnych. Nie wskazano w nim enumeratywnie czynów zabronionych, których dotyczy, lecz w sposób ogólny rozszerzono kryminalizację na przestępstwa dokonane na szkodę funkcjonariuszy publicznych z powodu wykonywanego przez nich zawodu bądź zajmowanego stanowiska. W związku z powyższy, za nietrafne należy uznać stanowisko, iż szczególna ochrona obejmuje tylko przestępstwa z rozdziału XXIX⁴⁸.

Zakończenie

Niewątpliwie nieodłącznym elementem prawidłowego funkcjonowania instytucji państwowych i samorządu terytorialnego jest właściwa realizacja zadań przez funkcjonariuszy publicznych. Dlatego też autorki zwróciły uwagę na fakt, iż nadużycie uprawnień, bądź niedopełnienie obowiązków przez ich przedstawicieli, negatywnie wpływa na reputację określonej instytucji. Wobec tego w art. 231 kk (1997 r.) ustawodawca dokonał penalizacji przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków przez funkcjonariusza publicznego. Bowiem w każdym demokratycznym państwie przepisy prawa muszą chronić obywatela przed nadużyciami uprawnień, bądź niedopełnieniem obowiązków jakich mogą dopuścić się funkcjonariusze publiczni, gdyż to właśnie na nich spoczywa szczególny obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa i porządku publicznego.

ABUSE OF POWER AND LEGAL PROTECTION OF A PUBLIC OFFICER

The intention of this work was to present the problems on abuse of power and legal protection public officer. The author has analyzed three legal regulations which are contained in the Criminal Code, i.e. Article 231, 231a. Article 231 concern misuse of power by the public officer. Then Article 231a regulates the legal protection intended for public officers during or in connection with the fulfil of official duties. Then article 231b refer to increased legal protection for people who use the so-called self-defense.

⁴⁷ *Tamże*, s. 1041.

⁴⁸ B. J. Stefańska, [w:] R.A. Stefański (red.), *op. cit.*, s. 1524.

ISTOTA FRANCHISINGU JAKO MODELU ROZWOJU PRZEDSIĘBIORSTWA

Wstęp

W przedmiotowej literaturze pojęcie franczyzy jest definiowane bardzo różnorodnie. Nie istnieje jedna, stosowana przez wszystkie kraje definicja franchisingu. Każdy z książkowych opisów różni się pod względem zakresu treściowego i stopnia precyzji. Franchising można określić jako bezkapitałową metodę rozwoju rynku. Przez niektórych nazywana jest metodą rozwoju poprzez pączkowanie, jeden z najskuteczniejszych sposobów opanowywania wybranych segmentów rynku i rozwoju gospodarki¹.

Jedną z obszerniejszych definicji, łączącą pewne wspólne elementy wszystkich rodzajów franchisingu jest definicja pochodząca z Europejskiego Kodeksu Etycznego Franchisingu według której „franchising to system sprzedaży towarów, usług i technologii, który jest oparty na ścisłej i ciągłej współpracy pomiędzy prawnie i finansowo odrębnymi i niezależnymi przedsiębiorstwami, francyzodawcą i jego indywidualnymi francyzobiorcami”².

Istota franchisingu

Istotą tego systemu jest nadawanie przez dawcę franczyzy swoim poszczególnym odbiorcom praw, oraz nakładanie na nich obowiązku prowadzenia działalności gospodarczej zgodnie z koncepcją twórcy sieci. W ramach sporządzonej pisemnie umowy na dany okres, w zamian za pośrednie, bądź bezpośrednie świadczenie finansowe, uprawnienie to upoważnia każdego z biorców franchisingu do korzystania z nazwy handlowej dawcy, znaku towarowego, technologii, receptury, procesu, know-how, metod prowadzenia działalności gospodarczej, wiedzy technicznej, oraz innych praw własności przemysłowej lub intelektualnej, do korzystania z pomocy handlowej i technicznej dawcy³.

Założeniem franczyzy jest wyjątkowość i oryginalność pomysłu, na którym przedsiębiorstwo opiera swoje funkcjonowanie. Pomysł ten na ogół jest opatentowany i wypróbowany, dający firmie renomę i popularność. Chcąc powiększać swoje rynki zbytu, bez jednoczesnego angażowania własnego kapitału, przekazuje swoją koncepcję innym jednostkom. Szkoli i instruuje je, udostępnia korzystanie z określonego pakietu praw, doświadczenia, wiedzy, określonych procedur i organizacji, udostępnia receptury. W rozumieniu tym franchising obejmuje cały plan prowadzenia działalności gospodarczej, którą otrzymuje biorca pomysłu w zamian za zaangażowanie kapitałowe, regularne uiszczanie wcześniej ustalonych opłat, oraz w zamian za zachowanie tajemnicy⁴. Franczyza stanowi szczególny rodzaj więzi gospodarczej, która pozwala na wzmocnienie konkurencyjności pojedynczego przedsiębiorstwa przez działanie w sieci, oraz daje możliwość rozwoju firmom mającym ograniczone możliwości finansowe i niewielkie doświadczenie rynkowe. Uważana jest za jedną z najbardziej efektywnych form kooperacji firm, polegającej na łączeniu się przedsiębiorstw w sieć, umożliwiając i ułatwiając sobie rozwój, oraz walkę z konkurencją poprzez korzystanie ze znanej marki. Charakteryzuje się przejrzystą organizacją, a kluczową cechą porozumień francyzowych jest tworzenie silnych więzi integracyjnych, między biorcami, a przedsiębiorstwem macierzystym, skutkujących zwiększeniem poczucia identyfikacji, oraz tożsamości z całą strukturą. Dla francyzobiorców bardzo atrakcyjne są niskie koszty podjęcia i prowadzenia współpracy, która daje dużo większe możliwości negocjacyjne, logistyczne, zakupowe i rozwojowe. Twórcom sieci pozwala na pokonywanie barier związanych z dostępem do kapitału, a biorcom na użytkowanie sprawdzonych pomysłów, koncepcji, procedur i rozwiązań, a także dużo łatwiejsze pozyskiwanie grup nabywców⁵.

Franchising jest bardzo uniwersalną formą prowadzenia działalności, ponieważ może znaleźć zastosowanie we wszystkich dziedzinach produkcji, dystrybucji i usług⁶.

Geneza franczyzy

Wyrażenie franchising w aspekcie etymologicznym wywodzi się z kręgów kultury romańskiej. Swoje znaczenie zaczerpnęło z języka francuskiego. Początkowo pod tym wyrażeniem rozumiano wolność od różnych danin publicznych. Nieco później połączono znaczenie z królewskim przywilejem, na mocy którego monarchowie zezwalali kupcom i

¹ M. J. Ziółkowska, *Franczyza nowoczesny model rozwoju biznesu*, Warszawa 2010, s. 23.

² <http://www.eff-franchise.com/spip.php?rubrique13>

³ A. Antonowicz, *Franchising jako strategia współdziałania przedsiębiorstw [w:] Uwarunkowania realizacji celów Strategii Lizbońskiej w polskiej gospodarce*, (red.) J. Bieliński, M. Czerwińska, Gdańsk 2007, s. 266-278.

⁴ B. Pokorska, *Przedsiębiorca w systemie francyzowym*, Warszawa 2004, s. 9.

⁵ *Ibidem*, s. 11-12.

⁶ B. Pokorska, *Franchising w Polsce. Stan i kierunki rozwoju*, Warszawa 2010, s. 13.

rzemieślnikom na wykonywaniu określonych czynności handlowych i usługowych, w zamian za zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej⁷.

Franczyza na świecie

Po raz pierwszy franchising formalnie pojawił się w XII wieku we Francji jako tzw. „charters de franchise”, czyli prawo do korzystania z terenów leśnych w zamian za określoną sumę pieniędzy lub świadczenie usług. Umowę tę zawierano pomiędzy władzami świeckimi i kościelnymi. Zbliżone przywileje uzyskiwały też miasta lub cechy rzemieślnicze, które w zamian za ograniczanie władzy panów feudalnych płaciły wynagrodzenia lub wykonywały usługi. W czasach późniejszych „charters de franchise” wykorzystywane było przez kupców i rzemieślników, aby mogli oni organizować targi i rynki⁸. Początki stosunków franczyzowych można również dostrzec w istniejącym w XI wiecznym londyńskim City systemie cechowym, tzw. The Guilds, gdzie zgodnie z założeniami, nikt spoza cechu nie mógł prowadzić działalności gospodarczej⁹, a przynależność do cechu umożliwiało ukończenie szkolenia i rozpoczęcie własnej działalności gospodarczej w Londynie¹⁰.

Za pierwszą, mającą cechy opisywanego pojęcia, umowę franczyzową można uznać Wielką Kartę Wolności wydaną w 1215r przez Jana bez Ziemi, angielskiego króla. Magna Charta Libertatum była umową zawartą pomiędzy królem, a jego wasalami¹¹. Skutkiem tego układu była ochrona możnowładców przed królewską samowolą, ograniczenie władzy monarszej w sferze skarbowej i sądowej. Wielka Karta Wolności przyznawała feudałom prawo przeciwstawienia się królowi w sytuacji naruszenia przez niego praw w niej zawartych i przyznanie arystokracji, duchowieństwu i baronom pewnych przywilejów¹².

Na przełomie XVIII i XIX wieku franczyza miała charakter długoterminowego prawa do monopolu w określonej gałęzi handlu lub przemysłu. Najbardziej znaną umową, która dała początek współczesnemu franchisingowi była tzw. „Tied House Contracts”¹³, zawierana między browarami, a właścicielami ziemskimi, która była bardzo zbliżona do funkcjonujących obecnie umów wyłącznego zakupu. Ich rozwój był efektem wprowadzenia w życie przepisów regulujących sprzedaż napojów alkoholowych, które nakładały obowiązek posiadania zezwoleń na ich zbyty w lokalach gastronomicznych. Liczba koncesji była bardzo ograniczona, co skutkowało szybkim wzrostem wartości karczm posiadających takie zezwolenie. Producenci rozpoczęli wykupywanie takich barów, aby móc je dalej wynajmować. Podstawowym obowiązkiem wynajmującego lokal była wyłączna sprzedaż alkoholu pochodzącego od danego producenta – właściciela. Wytwórcy alkoholu proponowali również właścicielom karczm sfinansowanie modernizacji ich punktów gastronomicznych w zamian za zobowiązanie się do sprzedaży w takim miejscu jedynie alkoholu dostarczonego przez producenta¹⁴. Była to obligatoryjna licencja na handel wybranym towarem¹⁵.

Ojczyzną współczesnej metody współpracy gospodarczej ukazującej cechy franchisingu są Stany Zjednoczone Ameryki¹⁶, gdzie franczyza zaczęła kształtować się w połowie XIX i na początku XX wieku, zaraz po zakończeniu się Wojny Secesyjnej. Opisując początki tej metody, jako twórcę współczesnej franczyzy podaje się znanego producenta maszyn do szycia „Singer” – Issac’a M. Singera, który w połowie XIX wieku zorganizował sieć samodzielnych dystrybutorów tzw. dealers, którzy po uzyskaniu od niego prawa do wyłącznego rozprowadzania wytworzonych przez niego maszyn do szycia, na określonym terenie, sprzedawali je w ramach własnych struktur organizacyjno-gospodarczych¹⁷. Nowatorski pomysł Singera nie spotkał się jednak ze zbyt dużym zainteresowaniem. Sam Singer nie posiadał wystarczająco dużego kapitału pozwalającego sfinansować efektywną sieć dilerów i serwisów naprawczych. Również popyt na produkowane maszyny do szycia nie był wystarczająco duży, by firma zaczęła osiągać zyski. Bardzo dużą część przychodów ze sprzedaży pochłaniali dilerzy. Lekarstwem wymyślonym na brak kapitału było oferowanie prawa do wyłącznej sprzedaży w zamian za opłaty ponoszone przez dystrybutorów. Ten sposób współpracy rozwiązał problem deficytu kapitału i pozwolił przedsiębiorstwu kontynuować produkcję i rozwijać się na rynku¹⁸.

Do szerszego zainteresowania franchisingiem jako metodą współpracy doszło w Stanach Zjednoczonych na początku XX wieku. Powstawać zaczęły sieci producentów samochodowych, oraz napojów chłodzących, sprzedające prawa sprzedaży lokalnym dealerom i rozlewniom. Za pioniera w dziedzinie organizacji nowoczesnych sieci franczyzowych

⁷ L. Stecki, *Franchising*, Toruń 1997, s. 15.

⁸ M. J. Ziółkowska, *Franczyza...*, op. cit., s. 12.

⁹ http://franczyzawpolsce.pl/index.php?option=com_content&task=view&id=277&Itemid=81&pl_page=1&pl_ppage=1

¹⁰ A. Antonowicz, *Franchising. Uwarunkowania i perspektywy rozwoju*, Gdynia 2010, s. 89-90.

¹¹ M. J. Ziółkowska, *Franczyza...*, op. cit., s. 12.

¹² *Ibidem*, s. 13.

¹³ A. Tokaj- Krzewska, *Franchising strategia rozwoju małych firm w Polsce*, Warszawa 1999, s. 7.

¹⁴ http://franczyzawpolsce.pl/index.php?option=com_content&task=view&id=277&Itemid=81&pl_page=1&pl_ppage=1

¹⁵ G. Kolarski, *Franchising*, Warszawa 1992, s. 117-119.

¹⁶ L. Stecki, *Franchising...*, op. cit. s. 16.

¹⁷ *Ibidem*, s. 17.

¹⁸ M. K. Stawicka, *Franczyza droga do sukcesu*, Gliwice 2009, s. 10.

uważa się John'a S. Pemberton'a, który udzielał rozlewniom licencji na rozprowadzanie wymyślonego przez siebie w 1886 roku napoju gazowanego „Coca-Cola”. W ramach utworzonej przez siebie sieci franchisingowej dostarczał on początkowo współpracującym ze sobą firmom specjalnego syropu gotowego do rozcieńczania w urządzeniach tych jednostek. W 1899 roku twórca napoju przystąpił do udzielania licencji rozlewniom na rozprowadzanie napoju, korzystanie z jednakowych opakowań, używanie nazwy „Coca-Cola” i nabywanie koncentratu do produkcji. W ten sposób powstał pierwszy na świecie franchisingowy łańcuch dystrybucji napojów chłodzących¹⁹.

W pewnym sensie prekursorem współczesnej franchisingowej metody współpracy gospodarczej był również Louis K. Ligett, założyciel Drug Company, grupy zrzeszającej aptekarzy. Zaproponował im możliwość osiągania większych zysków, które miały powstać w wyniku zakupu leków po niższych cenach. Grupa kilkudziesięciu aptekarzy zrzeszonych w Drug Company wkładając swój kapitał, utworzyła własną firmę farmaceutyczną i rozpoczęła produkcję leków pod wspólnie wymyśloną nazwą Rexall. Sprzedaż farmaceutyków, oraz zyski rosły w błyskawicznym tempie i w pewnym momencie przedsiębiorstwo stało się franczyzodawcą dla innych²⁰. Współtwórca sieci sklepów Rexall podpisywał umowy z właścicielami drogerii, na podstawie których nabywali oni prawo do korzystania z nazwy jego firmy, w zamian za stosowne opłaty²¹.

Franczyza w Polsce

Przed rokiem 1989 w Polsce funkcjonowały pojedyncze systemy opierające się na tej metodzie współpracy, jednakże nie używano wtedy nazwy franczyza. W ten sposób działały w Polsce np. międzynarodowe sieci hotelowe InterContinental i Novotel. W okresie przed transformacją polskiej gospodarki istniały także systemy podobne do franchisingowych, należały do nich umowy agencyjne. Licencyjne korzenie w Polsce sięgają lat 50. XX w., których prekursorami był Bank PKO BP i Poczta Polska, otwierające na terenie kraju tzw. agencje, czyli punkty kasowe otwierane przez bank w mniejszych miejscowościach i zakładach pracy, a w placówkach pocztowych zatrudniani byli mieszkańcy tych miast.²²

W pierwszych latach po odejściu od gospodarki centralnie planowanej systemy agencyjne i franczyzowe postrzegane były jako mało atrakcyjne sposoby na ekspansję rynkową²³.

Pierwszym działającym w Polsce na zasadzie franczyzy sklepem była otwarta w 1990 roku drogeria kosmetyczna francuskiego przedsiębiorstwa Yves Rocher²⁴. Rok później pojawiły się jednostki franczyzowe – Adidas i McDonald's²⁵.

Pierwszą polską firmą oferującą kooperację w formie franchisingu była cukiernia A.Blikle, która powstała w roku 1869, a w 1990 na przedmieściach Łodzi otworzyła pierwszą cukiernię w tym systemie. W 1992r. przedsiębiorstwo udzieliło praw do sprzedaży swoich wyrobów pod własną marką. Współpraca między firmą, a biorcą polega na tym, że Blikle sprzedaje swoje produkty biorcy z ustalonym w umowie rabatem, a franczyzobiorca zobowiązuje się oferować je w prowadzonej przez siebie cukierni, po ustalonych wcześniej cenach. Wyposażenie, oraz wystrój cukierni, a także organizacja i praca personelu są ściśle określone umową i muszą odpowiadać wymogom stawianym przez założyciela sieci²⁶.

Kolejną polską firmą mającą wkład w rozwój rodzimego franchisingu jest Pożegnanie z Afryką, połączenie pijalni kawy ze specjalistycznym sklepem, które stworzone zostały przez rodzinę Drohomierskich w roku 1992. Celem było stworzenie profesjonalnego centrum kawowego, w którym klienci mogliby zdobyć wszelkie informacje o kawie, sposobach jej przyrządzania, kupienia niemalże każdej kawy, oraz wszelkich akcesoriów. Pierwsze sklepy franczyzowe pojawiły się pod koniec roku 1993, tworząc powiększający się do dziś system franczyzowy²⁷.

W przywoływanym okresie firmy franchisingowe powstawały również w wyniku przekształceń własnościowych przedsiębiorstw państwowych. Następowala ponowna integracja samodzielnych jednostek na zasadzie powiązania franczyzowego. Na tym rodzaju współpracy oparto własnościowe przekształcenia przedsiębiorstw takich jak Orbis, które w roku 1991 przeistoczyło się w jednoosobową spółkę Skarbu Państwa²⁸ i Hortex, którego prywatyzacja dokonana się w roku 1994²⁹.

¹⁹ M. J. Ziółkowska, *Franczyza...*, op. cit., s. 16

²⁰ M. K. Stawicka, *Franczyza...*, op. cit., s. 11

²¹ L. Stecki, *Franchising...*, op. cit. s. 16

²² M. J. Ziółkowska, *Franczyza...*, op. cit., s. 22

²³ *Ibidem*, s. 24.

²⁴ M. K. Stawicka, *Franczyza...*, op. cit., s. 41.

²⁵ M. Skrzek, E. Wojtaszek, *Reguły konkurencji a franchising*, Warszawa 1995, s. 112-113.

²⁶ *Ibidem*, s. 44.

²⁷ <http://www.pozegnanie.com>

²⁸ <http://firma.orbis.pl/o-firmie/rada-nadzorcza>

²⁹ <http://www.hortex.com.pl/o-firmie/historia>

Kolejny etap rozwoju polskiej franczyzy miał miejsce w latach 1996-1999. W tym czasie wzrastała walka konkurencyjna w gospodarce, a większą część systemów franchisingowych stanowiły zagraniczne sieci. Zaczęto zauważać przyspieszenie tempa rozwoju sieci francyzowych³⁰.

W roku 2001 nastąpiło niemal zatrzymanie rozkwitu rynku francyzowego. Nowelizacja przepisów Kodeksu Cywilnego dotycząca umów agencyjnych, która weszła w życie w grudniu 2000 roku, pozytywne efekty przyniosła dopiero w 2002 roku, w którym mimo nienajlepszej koniunktury liczba systemów w porównaniu do lat poprzednich, znacząco się zwiększyła³¹.

Od momentu powstania pierwszych konceptów franchisingowych w Polsce, opisywany rynek charakteryzuje się dynamicznym rozwojem i zwiększaniem się popularności tego sposobu prowadzenia działalności. Ostatnie lata to czas, w którym istniejące już systemy wzmacniają jakość swojego funkcjonowania przez rozwój marek handlowych, centrów logistycznych, jak również wprowadzanie nowych usług i ulepszanie dotychczasowych procedur. Prognozy dotyczące dalszego rozwoju systemów franchisingowych są bardzo optymistyczne, według specjalistów dynamika wzrostu wielkości systemów i jednostek francyzowych pozostanie na dotychczasowym, wysokim poziomie. Przedsiębiorcy decydujący się na prowadzenie działalności gospodarczej w ramach tej formy współpracy zaczynają zauważać, że liczba upadłości systemów francyzowych jest zdecydowanie mniejsza niż samodzielnie działających jednostek. Pomimo kryzysu gospodarczego rynek kooperacji franchisingowej ciągle zyskuje na sile i popularności i zaczyna być postrzegany przez polskich przedsiębiorców jako bezpieczny sposób na biznes³².

Tabela 1. Rozwój franczyzy w Polsce w latach 2002-2017

Rok	Liczba marek francyzowych	Liczba placówek francyzowych
2002	175	10.646
2003	216	11.882
2004	256	14.162
2005	310	20.661
2006	329	23.131
2007	405	25.654
2008	517	30.634
2009	626	37.982
2010	762	45.202
2011	845	53.392
2012	942	57.490
2013	998	63.482
2014	1.062	65.984
2015	1.114	68.460
2016	1.171	71.374
2017	1.220	74.000

Źródło: PROFIT system, Raport o franczyzie w Polsce³³.

Jak wskazuje Raport o franczyzie w Polsce, który jest przygotowywany przez PROFIT system co roku – liczba sieci francyzowych, jednostek partnerskich oraz własnych z roku na rok rośnie.

³⁰ M. K. Stawicka, *Franczyza droga do sukcesu*, Gliwice 2009, s. 182-183.

³¹ K. Bagan – Kurluta, *Umowa franchisingu*, Warszawa 2001, s. 28-30.

³² *Ibidem*, s. 30-31.

³³ <http://franchising.pl/abc-franczyzy/24/franczyza-polsce-rozwoj-rok-roku/>

Warto zwrócić uwagę, iż w 2008 roku liczba sieci franczyzowych przekroczyła liczbę 500, a polskie firmy na zasadach franczyzy zaczęły rozwijać się także poza granicami kraju. Liderami w tym przedmiocie są sieci obuwnicze i odzieżowe. Dzięki franczyzie polskie firmy nie tylko wzmocniły na rynku swoją pozycję, ale również zdarza się, iż debiutują na giełdzie papierów wartościowych.

Rodzaje franchisingu

Franczyza nie jest jednolitym i konkretnym zjawiskiem gospodarczym. Zmiany warunków prawnych, gospodarczych i organizacyjnych, jak również charakter rozwijanej i modernizowanej działalności gospodarczej przysporzyły się do wykształcenia różnych form powiązań franchisingowych, dających się podzielić na szereg kryteriów. Dokonana klasyfikacja została oparta zarówno o prawo polskie jak i zagraniczne. Część z przedstawionych typów franczyzy często się uzupełniają, niektóre mają całkowicie przeciwny charakter. Warto również wspomnieć, że klasyfikacje typów i rodzajów franchisingu w literaturze bywają niespójne i oparte na różnych kryteriach podziału³⁴.

Podział ze względu na przedmiot działalności:

Franchising handlowy – głównym przedmiotem umowy jest prowadzenie działalności handlowej. Francyzobiorca przyjmuje na siebie obowiązek sprzedaży określonych treścią umowy towarów, dostarczonych przez francyzodawcę, w ramach prowadzenia działalności przedsiębiorstwa, w sklepie urządzonym według wskazówek dawcy, posiadającym nazwę handlową i oznaczeniem logo dawcy systemu³⁵. Francyzodawca umożliwiając swoim partnerom korzystanie z całej formuły prowadzenia działalności gospodarczej, korzystanie z własności intelektualnej tj. marki, znaku towarowego, promocji, reklamy, oraz metod organizacji jednostki, przekazuje im szeroki zakres uprawnień³⁶. Jednocześnie może również narzucić biorcy zasady dostaw, warunki cenowe oferowanego towaru, oraz standardy obsługi klientów³⁷. Franchising handlowy występuje w wielu, różnych dziedzinach życia gospodarczego. Najczęściej opisywany system spotkać można w branży spożywczej, odzieżowej, obuwniczej, w handlu biżuterią i kosmetykami, sprzętem RTV/AGD, samochodami, paliwami, obrocie nieruchomościami³⁸.

Franchising usługowy – przedmiotem umowy jest świadczenie usług przez francyzobiorcę, w oparciu o instrukcje, udostępnione know-how, oraz wszelkie ujawnione tajemnice przekazane przez francyzodawcę³⁹, tworzące podręcznik operacyjny, składający się ze szczegółowo opracowanych procedur usługowych pozwalających biorcy systemu wykorzystując markę i znak firmowy, oferowanie wykonywania usług o takiej samej jakości jak dawca. Franchising usługowy występuje najczęściej w branży hotelarskiej, gastronomicznej, turystycznej, fotograficznej, naprawczo-diagnostycznej, w usługach rzemieślniczych⁴⁰.

Franchising produkcyjny – typ franczyzy będący skutkiem zawarcia umowy, w której francyzodawca zobligowany jest do udostępnienia biorcy całej wiedzy dotyczącej know-how, technologii produkcji, tajemnicy zawodowej, doświadczenia produkcyjnego. Francyzobiorca zobowiązany jest do wytwarzania w swoim przedsiębiorstwie, przez ściśle określony czas, przy zachowaniu takich samych standardów i o takiej samej jakości co w zakładzie dawcy franczyzy, określonych wyrobów, posługując się marką i znakiem towarowym, które są przedmiotem umowy⁴¹. Franchising produkcyjny występuje najczęściej przy produkcji okien, drzwi, napojów gazowanych, artykułów stolarskich⁴².

Franchising mieszany – powiązanie gospodarcze zawierające elementy dwóch, bądź większej ilości opisanych wcześniej typów franczyzy. Może występować jako połączenie produkcyjnej działalności z handlową, lub dystrybucyjną, produkcyjną z usługową, bądź usługowej z handlową. Ma miejsce, gdy na podstawie umowy franchisingowej producent towaru świadczy dodatkowe usługi np.: naprawy gwarancyjne, pogwarancyjne, serwis. Często spotykanym obrazem ukazującym franchising mieszany jest sytuacja, gdy biorca systemu franczyzowego, w oparciu o umowę, oprócz prowadzenia sprzedaży określonych towarów, świadczy wybrane usługi⁴³, związane z przedmiotami i towarami pochodzącymi od tego samego producenta. Przypadki takie mają miejsce głównie w branży kosmetycznej, gdzie zorganizowane punkty sprzedaży towarów połączone są z gabinetami kosmetycznymi, fotograficznej, telekomunikacyjnej, lekarsko-dentystycznej⁴⁴.

³⁴ *Ibidem*, s. 31.

³⁵ B. Fuchs, *Franchising. Wzory umów z komentarzem*, Gdańsk 1997, s. 145-146.

³⁶ M. J. Ziółkowska, *Franczyza...*, op. cit., s. 33.

³⁷ *Ibidem*, s. 34-35.

³⁸ L. Stecki, *Franchising...*, op. cit. s. 105.

³⁹ M. K. Stawicka, *Franczyza...*, op. cit. s. 64.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 66-67.

⁴¹ M. J. Ziółkowska, *Franczyza...*, op. cit., s. 34.

⁴² *Ibidem*, s. 35.

⁴³ *Ibidem*, s. 34.

⁴⁴ B. Fuchs, *Umowy franchisingowe*, Kraków 1998, s. 207-209.

Podział ze względu na formę organizacji systemu:

Franchising bezpośredni - rodzaj franczyzy będący kontraktem pomiędzy dawcą, który wykonuje świadczenia zawierające się w umowie na rzecz biorcy, wypełnia również wszelkie czynności prawne, niezbędne do prawidłowego funkcjonowania przedsiębiorstwa, udzielając osobiście niezbędnej pomocy, szkoląc kadrę pracowniczą, przeprowadzając działania marketingowe, udzielając pomocy w kwestiach finansowo – księgowych. Główną cechą charakteryzującą ten typ powiązania francyzowego jest fakt ścisłego powiązania prawnego-majątkowego podmiotów będących stronami w umowie. Franchising bezpośredni jest efektywny, stwarzający możliwość rozwoju i osiągania dochodów założonych w umowie, tylko wtedy gdy strony kontraktu nie dzieli duża odległość, uniemożliwiająca zarządzanie i kontrolowanie. Często spotykaną praktyką, pozwalającą na współpracę przedsiębiorstw, które dzieli znaczna odległość, jest tworzenie przez francyzodawcę filii, bądź przedstawicielstw na danym terenie, pozwalających na stały kontakt z biorcami franczyzy⁴⁵.

Franchising pośredni – inna z form współpracy franchisingowej służąca producentowi określonych towarów lub usług do powiększania i poszerzania rynków zbytu. Polega na zawarciu takiej umowy, która zobliguje biorcę franczyzy, prowadzącym już swoją działalność na rynku perspektywicznym dla dawcy, do działalności polegającej nie tylko na sprzedaży, lub wykonywaniu usług określonych warunkami umowy, ale również do wzięcia na siebie obowiązku poszerzania tej działalności, tworząc sieć. W rezultacie podpisanej umowy, podmiot będący biorcą systemu nie będzie tworzył kolejnych przedsiębiorstw własnych, ale będzie zobowiązany do udzielania sublicencji indywidualnym przedsiębiorstwom, które będą prowadziły swoją działalność zgodnie z zasadami franczyzy i będą urządzone pod względem zarówno technicznym jak i estetycznym w identyczny sposób, jak francyzodawca⁴⁶.

Franchising indywidualny – typ franczyzy przypominający franchising bezpośredni, w którym umowa zawierana jest pomiędzy dawcą, a tylko jednym biorcą systemu. Francyzobiorca ma prawo otworzyć tylko jedno przedsiębiorstwo, które będzie funkcjonować indywidualnie na określonym umową terenie i w określonym czasie⁴⁷. Ten typ powiązania francyzowego charakteryzuje się tym, że dawca systemu powstrzymuje się przed zawieraniem kolejnych umów z podmiotami, mogącymi funkcjonować w roli pośrednika między nim, a francyzobiorcą⁴⁸.

Franchising wielokrotny to przeciwieństwo opisanej wyżej franczyzy dający możliwość jednemu biorcy systemu do wykreowania na określonym terenie sieci francyzowej. W takim przypadku, biorca zobowiązuje się do powołania uregulowanej umową liczby jednostek organizacyjno-gospodarczych we własnym zakresie⁴⁹.

Franchising podporządkowany – jego istotą jest stosowanie przez biorców systemu, know-how dawcy, oraz wykorzystywanie rad, zaleceń i wskazówek dotyczących prowadzenia działalności i organizacji przedsiębiorstwa. Moc więzi pomiędzy francyzodawcą i biorcą, oraz swoboda w działaniu francyzobiorcy zależy tylko i wyłącznie od postanowień zawartych w umowie⁵⁰.

Subfranchising – istotą tego systemu jest zawieranie przez francyzobiorcę kolejnych umów z kontrahentami. Biorca systemu pełni tutaj dwójką rolę, jest zarówno biorcą jak i dawcą systemu. Jego zadanie polega na tworzeniu sieci o określonej gęstości, mając przy tym pewną swobodę w działaniu. Subfrancyzobiorca ponosi koszty towarzyszące pozyskaniu nowych podmiotów, mając jednocześnie pewien udział w podziale opłat francyzowych wnoszonych przez biorców. Jest to strategia przygotowana na szybki rozwój, przyspieszająca rozprzestrzenianie się podmiotu macierzystego⁵¹.

Podział ze względu na zasięg działania systemu

Franchising krajowy – odnosi się do sieci francyzowych w których podmioty, powiązane ze sobą umową, prowadzą swoją działalność gospodarczą na obszarze tego samego kraju. Odnosi się również do łańcuchów franchisingowych, w których podmioty funkcjonują na tym samym rynku i prowadzą działalność w jednym kraju⁵².

Franchising międzynarodowy – stosowany przez duże przedsiębiorstwa z powodu możliwości oferowanych przez rynki zagraniczne. Jest systemem w którym przynajmniej niektóre z podmiotów funkcjonują i rozwijają swoją działalność na terenie innego kraju niż francyzodawca i pozostali uczestnicy sieci⁵³.

Podział ze względu na zasięg obowiązywania umowy

⁴⁵ L. Stecki, *Franchising...*, op. cit. s. 109-110.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 111-112.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 113.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 113-114.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 114.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 114-115.

⁵¹ *Ibidem*, s. 116-117.

⁵² J. Jacyszyn, *Nowe formy prowadzenia działalności gospodarczej*, Gdańsk 1993, s. 77-78.

⁵³ *Ibidem*, s. 201.

Franchising wydzielony – jego istotą jest prowadzenie przez franczyzobiorcę działalności wskazanej w treści umowy, tylko w części organizacyjnej swojego przedsiębiorstwa. Część ta musi być odpowiednio wyodrębniona i wydzielona. Taki typ franczyzy występuje w branży odzieży ekskluzywnej, fotograficznej, drobnych usługach⁵⁴.

Franchising obejmujący całą strukturę przedsiębiorstwa – jest przeciwieństwem franczyzy wydzielonej, funkcjonuje gdy zasadom franczyzy poddane zostaje całe przedsiębiorstwo, oraz całokształt prowadzonej działalności gospodarczej. Działalność taka musi być prowadzona według zasady wyłączności, dotyczy to również filii, oraz oddziałów danego podmiotu⁵⁵.

Podsumowanie

W niniejszej pracy przedstawiono istotę i zasady funkcjonowania umowy franczyzy. Autor dokonał wyboru oraz opisał najważniejsze kryteria klasyfikacji franchisingu. Celem pracy była również próba oceny franchisingu jako metody prowadzenia działalności.

Franchising w Polsce staje się coraz bardziej popularny i z roku na rok średnia kwota kapitału niezbędnego do uruchomienia jednostki działającej w sieci – spada. Nasuwa się również wniosek, iż przyłączenie istniejącej jednostki do sieci lub rozpoczęcie nowej działalności w modelu franczyzowym przynosi wiele korzyści obu stronom porozumienia. Warto podkreślić również, iż franczyza mimo niekiedy bardzo dużych kosztów związanych z uruchomieniem jednostki pod znaną i sprawdzoną marką jest dużo bardziej bezpiecznym i efektywnym sposobem prowadzenia działalności, aniżeli próba uruchomienia jej pod nową, nieznaną jeszcze na rynku marką.

THE ESSENCE OF FRANCHISING AS A DEVELOPMENT DEVELOPMENT MODEL

The purpose of this article is to present business activities within franchising institutions, characterize this form of economic cooperation with all its determinants, present the origins and development of franchise in Poland over the last years. The author's motivation to consider the franchise connections was to learn about the situation and position of the franchise on the Polish market, learn about its origins not only in Poland but also around the world and learn about the way companies operate within the franchise institution.

⁵⁴ L. Stecki, *Franchising...*, op. cit. str. 122

⁵⁵ *Ibidem*, s. 123-125.

USTAWOWE WARUNKI TWORZENIA I FUNKCJONOWANIA BANKÓW

Wstęp

Z definicji legalnej banku wynika, iż jest on osobą prawną, która została utworzona zgodnie z przepisami ustawowymi. Bank powinien spełniać warunki formalne, które można podzielić na trzy kategorie tj. personalne, lokalowe i kapitałowe¹. Celem niniejszego artykułu jest charakterystyka tychże wymagań.

Wymogi kapitałowe odnoszą się do kapitału założycielskiego, funduszy własnych banku, relacji wkładów pieniężnych do niepieniężnych. Podczas procesu tworzenia banku niezbędnym jest zapewnienie, iż wielkość własnych funduszy jest dostosowana do rodzajów bankowych czynności przewidywanych do rozmiaru i wykonywania zamierzonej działalności. Wymogi personalne odnoszą się do wymagań stawianych osobom zaangażowanym zarówno w proces założenia banku, jak i zarządzania jego działalnością – m. in. chodzi tutaj o kierownictwo jednostki. Natomiast wymogi lokalowe mają zastosowanie w związku z zapewnieniem bezpieczeństwa przechowywania środków w banku – łącznie z całym szeroko pojętym zapleczem technicznym, który pozwala na prowadzenie działalności jaką jest bank².

Kapitał założycielski

Kapitał założycielski wnoszony przez założycieli banku nie może posiadać wartości niższej, aniżeli 5 mln euro, którą przelicza się według średniego kursu ogłaszanego przez NBP jaki obowiązuje w dniu wydania zezwolenia na utworzenie banku. Warto nadmienić, iż po wejściu w życie ustawy Prawo bankowe z dnia 1 stycznia 1998 r. banki, które nie spełniały wymogów dotyczących wysokości kapitału założycielskiego przewidzianych w ustawie – były zobowiązane do podwyższenia wysokości tegoż kapitału do wspomnianej już kwoty 5 mln euro do dnia 31 grudnia 1999 r. Wyjątkiem od zastosowania tego przepisu były banki spółdzielcze, w stosunku do których uznano odmienny harmonogram osiągnięcia (zakończenie okresu przejściowego nastąpiło 31 grudnia 2010 r.)³.

Pod adresem założycieli banku spółdzielczego sformułowano odrębnie przepisy dotyczące kapitału założycielskiego. Jeśli założyciele banku spółdzielczego wyrazili zamiar zawarcia umowy zrzeszenia, kapitał założycielski nie może mieć wartości niższej, aniżeli równowartość 1 mln euro⁴.

Kapitał założycielski banku, który wnoszony jest w formie pieniężnej musi być wpłacony w walucie polskiej przez założycieli na krajowy rachunek bankowy – otwarty specjalnie, aby dokonać wpłat na poczet kapitału założycielskiego banku⁵. Osoby zagraniczne wnoszące kapitał założycielski również dokonują tegoż wniesienia w walucie polskiej. W przypadku banku spółdzielczego lub banku w formie spółki akcyjnej pokrycie pełnej kwoty kapitału założycielskiego powinno nastąpić przed wpisaniem banku do rejestru. W przypadku, gdy mamy do czynienia z bankiem państwowym wpłata kapitału założycielskiego nastąpić powinna przed złożeniem do KNF przez bank państwowy wniosku o zezwolenie na rozpoczęcie działalności⁶.

Warto nadmienić, iż wprowadzono dodatkowe reguły mające na celu zapewnienie przejrzystości wszelkich procedur związanych ze zgromadzeniem kapitału założycielskiego banku. Bowiem nie może on pochodzić z kredytu, pożyczek lub z nieudokumentowanych źródeł. Informacje dotyczące pochodzenia środków przeznaczonych na kapitał założycielski należy umieścić we wniosku skierowanym do KNF (takie same dane muszą znaleźć się we wniosku o zezwolenie na prowadzenie działalności bankowej przez bank krajowy za granicą). W przypadku wniosku o utworzenie oddziału banku zagranicznego w kraju powinien uwzględniać on informację o funduszach, które zostały przydzielone do dyspozycji przez oddział. KNF ustanawia minimalną wysokość tychże niezbędnych do działalności oddziału funduszy⁷.

Zezwolenie wydawane przez KNF pozwalające na rozpoczęcie działalności bankowej następuje po stwierdzeniu, iż wszystkie ustawowe warunki zostały spełnione przez podmiot starający się o uzyskanie zezwolenia – m.in. zgromadzeniu w całości kapitału założycielskiego. Stwierdzić należy, iż proces zgromadzenia kapitału założycielskiego podlega kontroli przez KNF na poszczególnych etapach tworzenia banku⁸.

¹ W. Baka, *Transformacja bankowości polskiej w latach 1988 – 1995*, studium monograficzne – porównawcze, Warszawa 1997, s. 33-34.

² M. Fojcik – Mastalska (red.), *Prawo bankowe*, Wrocław, 2009, s. 107.

³ Dębniowska M., Sołoma A., *Bankowość – produkty, usługi, rynek*, Olsztyn 2003, s. 201.

⁴ M. Fojcik – Mastalska (red.), *Prawo bankowe*, Wrocław, 2009, s. 117.

⁵ A. Janiak, *Bank jako instytucja zaufania publicznego*, Glosa 2003, nr 2, s. 57.

⁶ A. M. Jurkowska, *Zasady licencjonowania działalności bankowej w Unii Europejskiej*, Glosa 2000, nr 5, s. 18-19.

⁷ T. Czech, Floras I., *Działalność transgraniczna instytucji kredytowych w Polsce*, Pr. Bank. 2006, nr 4, s. 110.

⁸ W. Baka, *Transformacja bankowości polskiej w latach 1988 – 1995*, studium monograficzne – porównawcze, Warszawa 1997, s. 53.

W związku z występującymi problemami dotyczącymi koncentracji odpowiednio wysokich kapitałów w polskim sektorze bankowej spółdzielczości postanowiono ukierunkować się na ewolucyjne dochodzenie do obowiązujących standardów Unii Europejskiej oraz podzielenie ich na kilka etapów – tzn. doszło do wyodrębnienia okresów przejściowych gromadzenia kapitałów⁹. W związku z powyższym proces osiągania przez banki spółdzielcze sformułowanych wymogów w drugiej dyrektywie Rady 89/646/EWG z dnia 15 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do podejmowania oraz prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe¹⁰, w której to pierwotnie zdefiniowano minimalny kapitał założycielski dla niektórych instytucji kredytowych (w tym wspomniane już banki spółdzielcze) na poziomie 1 mln euro, natomiast dla standardowych instytucji kredytowych w wysokości 5 mln euro¹¹.

Bank spółdzielczy po zrzeszeniu się z bankiem zrzeszającym zobowiązany był do uzyskania w terminie do 31 grudnia 2001 r. (początkowo termin ten wyznaczono na 31 grudnia 2000 r., jednakże w związku z nowelizacją ustawy – Prawo bankowe termin ten został wydłużony o rok) – do zwiększenia wartości funduszy własnych do poziomu nie niższego, aniżeli równowartość kwoty 300 tys. Euro¹². Jednakże w terminie do dnia 31 grudnia 2005 r. zobowiązano go do uzyskania sumy funduszy własnych o wartości nie niższej jak wartość odpowiadająca kwocie 500 tys. Euro. W ostateczności poziom wartości funduszy własnych w wysokości odpowiadającej 1 mln euro osiągnąć należało do dnia 31 grudnia 2010 r. Stosunkowo krótki termin przewidziany na spełnienie tychże kapitałowych wymogów sprawił, iż banki spółdzielcze stanęły przed poważnymi problemami, zwłaszcza, iż w stosunku do większej grupy banków trudno było oczekiwać osiągnięcia możliwości szybkiego wzrostu funduszy własnych w naturalny sposób, czyli poprzez pozyskiwanie nowych członków czy wzrostu wartości funduszy na podstawie osiąganych wyników, które tak naprawdę w istotnej mierze są pochodną posiadanych przez banki funduszy własnych¹³. Na koniec czerwca 1998 r. według stanu, średni poziom funduszy własnych w bankach spółdzielczych kształtował się na poziomie 934,55 tys. zł. (i był o blisko 30 % niższy od wymaganej równowartości 300 tys. euro), natomiast obligowanego poziomu funduszy własnych nie spełniało 985 spośród 1245 banków spółdzielczych (tj. prawie 80,5 %). Część banków spółdzielczych (tj. 189) osiągnęła wielkość funduszy własnych w przedziale 200-300 tys. euro, co ukazywało potencjalne szanse samodzielnego osiągnięcia wartości, które spełniałyby wymogi. W stosunku do większości banków spółdzielczych (około 65%) szans na ich spełnienie oraz efektywny rozwój upatrywano przede wszystkim we wszelkiego rodzaju procesach łączeniowych. Z uwagi na konieczność spełnienia przez banki określonych ustawowo wymogów konsolidacja w obrębie bankowego sektora spółdzielczego to proces niezbędny, gdyż w warunkach wciąż zaostrzającej się konkurencji stanowi ona jedyną możliwość utrzymania się banków spółdzielczych na rynku usług bankowych¹⁴.

Na zwiększenie funduszy własnych przez banki spółdzielcze istnieje kilka sposobów:

- w drodze podnoszenia wartości udziałów,
- przez przyjęcie nowych członków,
- przez przeznaczenie nadwyżki finansowej na kapitały podstawowe¹⁵.

Poza wymienionymi powyżej sposobami zwiększenia przez banki spółdzielcze funduszy własnych jednym z rozwiązań, które zmierza do spełnienia nałożonych na banki ustawowych wymogów jest zintensyfikowanie procesów łączeniowych w obrębie sektora banków spółdzielczych¹⁶.

Poziom funduszy własnych

Na zapewnienie bezpieczeństwa działalności banku ma wpływ kapitał własny, który powinien być odpowiedni pod względem ilościowym i jakościowym – szczególnym wyrazem jest fakt wszelkich norm ostrożnościowych bezpośrednio związanych z własnymi funduszami banku. Wspomniany poziom funduszy własnych stanowi o możliwościach, jak i warunkach rozwoju banków – im wyższy poziom funduszy, tym mniejsze ograniczenia następują w działalności prowadzonej przez banki¹⁷.

Wysokość funduszy własnych w bankach spółdzielczych decydujące znaczenie ma w związku z określeniem terytorialnego zakresu prowadzenia działalności banku (odpowiednio powiat, województwo, a nawet terytorium całego kraju)¹⁸.

⁹ Dębniwska M., Sołoma A., *Bankowość – produkty, usługi, rynek*, Olsztyn 2003, s. 221-222.

¹⁰ Dz. Urz. UE L 386 z 30.12.1989, s.1, z późn. zm.

¹¹ A. Janiak, *Bank jako instytucja zaufania publicznego*, Glosa 2003, nr 2, s. 61.

¹² C. Kosikowski, *Publiczne prawo bankowe*, Warszawa 1999, s. 201-202.

¹³ M. Fojcik – Mastalska (red.), *Prawo bankowe*, Wrocław, 2009, s. 123-124.

¹⁴ L. Oręziak, B. Pietrzak (red.), *Bankowość na świecie i w Polsce, stan obecny i tendencje rozwojowe*, Warszawa 2001, s. 178-181.

¹⁵ E. Radziszewski E., *Bank jako instytucja zaufania publicznego. Gwarancje prawne i instytucjonalne*, Warszawa 2013, s. 53.

¹⁶ Pismo NBP z dnia 18 maja 1998 r., NB/ZBS/1/1383/DU-90/98, Glosa 1998, nr 9, s.26.

¹⁷ W. Baka, *Transformacja bankowości polskiej w latach 1988 – 1995*, studium monograficzne – porównawcze, Warszawa 1997, s. 41.

¹⁸ M. Fojcik – Mastalska (red.), *Prawo bankowe*, Wrocław, 2009, s. 134-135.

Jedną z przesłanek podjęcia przez KNF nieco bardziej rygorystycznych środków nadzorczych wobec banku, a także żądanie ukazania programu postępowania naprawczego i jego realizacji, jest zmniejszenie się wartości funduszy własnych banku¹⁹.

Szczególne zadania wykonywane przez bank

Decydujące znaczenie dla wykonywania poszczególnych zadań przez bank oraz dla zawierania szczególnych umów ma kapitał własny na odpowiednio wysokim poziomie. Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 15 stycznia 2015 r. o obligacjach²⁰ funkcje banku – reprezentanta pełnić może wyłącznie instytucja kredytowa, która posiada kapitał własny w wysokości nie niższej jak 10 mln euro w przeliczeniu na walutę polską, oraz bank krajowy. W związku z postanowieniami ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi²¹ – umowę o prowadzenie rejestru aktywów funduszu można zawrzeć z krajowym bankiem, którego wartość funduszy własnych wynosi co najmniej 100 mln zł. W rozumieniu ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych²² depozytariuszem może być krajowy bank, którego posiadane fundusze stanowią co najmniej wartość 100 mln euro – jeżeli przedmiotem przechowania mają być aktywa funduszu otwartego, bądź równowartości 30 mln euro – jeśli przedmiotem przechowania mają być aktywa funduszu pracowniczego. Powołując się na postanowienia ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi²³ bankiem, który zajmuje się prowadzeniem rachunków papierów wartościowych oraz rachunków zbiorczych czyli bankiem powierniczym – może być bank posiadający siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, którego kapitał założycielski posiada wartość odpowiadającą równowartości 5 mln euro²⁴.

Struktura akcjonariatu

Zasady oddziaływania na strukturę akcjonariatu w banku akcyjnym również regulowane są przez ustawodawstwo polskie. Szczególne rozwiązania zostały wprowadzone w odniesieniu do kapitału akcyjnego banków zrzeszających banki spółdzielcze. Przede wszystkim warto podkreślić obowiązek posiadania przez każdy zrzeszony bank spółdzielczy co najmniej jednej akcji banku zrzeszającego. Natomiast po stronie zrzeszającego banku istnieje obowiązek zapewnienia bankowi spółdzielczemu warunków do tego, aby mogły nabyć wspomnianą wymaganą akcję. Na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy przysługuje akcjonariuszom banku zrzeszającego z każdej posiadanej akcji – jeden głos. Jednocześnie warto wspomnieć, iż wprowadzono ograniczenie, które polegało na tym, iż akcjonariusze banku zrzeszającego, niebędącego bankiem spółdzielczym zrzeszonym z tym bankiem – nie mogą wykonywać prawa głosu łącznie z więcej niż 24 % akcji na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy. Ograniczenia tego nie stosuje się do banków zrzeszających²⁵.

Wymagania personalne

Wszelkiego rodzaju wymagania personalne przy tworzeniu banku odnoszą się do założycieli banku oraz do osób, które zajmować mają stanowiska kierownicze w tymże banku. W przypadku założenia banku w formie spółki akcyjnej założycielami mogą być zarówno osoby fizyczne, jak i osoby prawne, jednakże założycieli tych nie może być mniej jak trzech (wyjątkiem od tej zasady są banki zakładane przez Skarb Państwa, bank zagraniczny lub krajowy, instytucje kredytowe, krajowy lub zagraniczny zakład ubezpieczeń, międzynarodowa instytucja finansowa, zagraniczny lub krajowy zakład reasekuracji). Natomiast w przypadku banków spółdzielczych założycielami mogą być jedynie osoby fizyczne występujące w liczbie co najmniej dziesięciu²⁶. Zapewnienie bezpieczeństwa w funkcjonowaniu banku jest jednym z najistotniejszych problemów. W związku z czym, doszło do sformułowania odpowiednio wysokich wymagań wobec założycieli banku oraz w stosunku do osób przewidzianych do objęcia stanowisk członków zarządu i rady nadzorczej banku. Osoby te powinny mieć zarówno wiedzę, jak i umiejętności oraz ich doświadczenie powinny dawać rękojmię należytego wykonywania obowiązków²⁷. Członkowie rady nadzorczej i zarządu obowiązani są do pełnienia swoich funkcji w sposób rzetelny i uczciwy oraz kierować się niezależnością osądu, tak by zapewnić skuteczną ocenę, weryfikację podejmowania i wykonywania decyzji związanych z zarządzaniem bankiem²⁸. Natomiast bank jest obowiązany, aby zapewnić niezbędne środki, które mają być przeznaczone do przygotowania członków rady nadzorczej i zarządu banku do pełnienia przez nich funkcji oraz do pokrycia kosztów wszelkiego rodzaju szkoleń niezbędnych dla

¹⁹ A. Stangret – Smoczyńska, *Bank jako osoba prawna szczególnego rodzaju*, Acta Universitatis Wratislaviensis, seria Prawo 2008, nr 304, s. 62.

²⁰ Dz. U. z 2015 r. poz. 238.

²¹ Tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1896 z późn. zm.

²² Tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 291 z późn. zm.

²³ Tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1636 z późn. zm.

²⁴ W. Baka, *Transformacja bankowości polskiej w latach 1988 – 1995*, studium monograficzne – porównawcze, Warszawa 1997, s. 49.

²⁵ B. Bajor., *Spółka akcyjna jako forma prawnoorganizacyjna banku*, SP 2001, nr 3-4, s. 17.

²⁶ T. Czech, Floras I., *Działalność transgraniczna instytucji kredytowych w Polsce*, Pr. Bank. 2006, nr 4, s. 99-100.

²⁷ Dębniewska M., Sołoma A., *Bankowość – produkty, usługi, rynek*, Olsztyn 2003, s. 197-198.

²⁸ Dębniewska M., Sołoma A., *Bankowość – produkty, usługi, rynek*, Olsztyn 2003, s. 177-179.

podniesienia ich umiejętności²⁹. Podczas wyboru kandydatów na członków rady nadzorczej i zarządu, uprawniony do tego organ, ma obowiązek uwzględniać kompetencje i cechy, które są istotne z punktu widzenia zagwarantowania prawidłowości realizacji zadań przez radę nadzorczą i zarząd. Dotychczasowy przebieg zawodowy oraz ukończone szkolenia zawodowe, tak jak i funkcje jakie dotychczas pełnili również powinny być brane pod uwagę podczas oceny kompetencji kandydatów³⁰.

Członkowie organów banku państwowego

Członkowie rady nadzorczej lub zarządu w banku państwowym muszą również spełniać określone wymagania. Istotnym jest również, iż nie mogą oni zajmować się działalnością konkurencyjną. Nie mogą oni być członkami rady nadzorczej oraz członkami zarządu innego banku, chyba że owy bank państwowy jest akcjonariuszem tegoż banku. Jednocześnie osoby, które wchodzi w skład rady nadzorczej nie mogą być członkami zarządu tego banku, a także muszą oni mieć odpowiednie kwalifikacje w dziedzinie finansów³¹.

W odniesieniu do członków organów w banku spółdzielczym określono również szczególne wymagania. Członkami rady nadzorczej tego banku mogą być jedynie członkowie tego banku. Natomiast w radzie nadzorczej banku spółdzielczego udział pracowników banku, którzy jednocześnie są jej członkami – nie może przekroczyć 1/5 jej składu³². Obostrzenia przepisowe dotyczą także osób zajmujących stanowiska kierownicze, które podlegają bezpośrednio członkom zarządu, w szczególności są to: główny księgowy, kierownik lub dyrektor oddziału, wyłączając radców prawnych – nie mogą być członkami rady nadzorczej. Członkowie rady nadzorczej i zarządu banków zrzeszających, członkowie rady nadzorczej i zarządu banków spółdzielczych oraz osoby zajmujące stanowiska kierownicze w tychże bankach nie mogą zajmować się interesami konkurencyjnymi³³. Natomiast członkami utworzonej przez bank spółdzielczy i bank zrzeszający rady zrzeszenia mogą być wyłącznie prezesi zarządów banku spółdzielczego zrzeszonych z bankiem zrzeszającym oraz prezes zarządu banku zrzeszającego³⁴.

Powiernik i jego zastępcy

Za pomocą ustawy o bankach hipotecznych i listach zastawnych, wprowadzono specjalne wymogi personalne, które odnosiły się do osoby pełniącej funkcję powiernika i jego zastępcy. Podczas tworzenia banku hipotecznego powołuje się zarówno powiernika, jak i jego zastępcę³⁵. Są to osoby niezależne zarówno od KNF, jak i od banku hipotecznego, więc mogą pełnić swoje funkcję w sposób skuteczny i autonomiczny. Osoby te są umiejscowione poza strukturą banku hipotecznego³⁶.

Zarówno powiernik, jak i jego zastępca nie mogą być pracownikami banku hipotecznego. Powołani oni są przez KNF, na wniosek rady nadzorczej, na okres sześciu lat. Kadencja może być powtórzona tylko jeden raz. Powiernikiem lub jego zastępcą może być wyłącznie osoba, która posiada obywatelstwo jednego z państw Unii Europejskiej, oraz posiada wyższe wykształcenie, a także daje rękojmię rzetelnego wykonywania swoich obowiązków. Jeżeli kandydat spełnia ustawowe wymagania, KNF nie może odrzucić wniosku rady nadzorczej dotyczącej powołania tej osoby. Warto podkreślić, iż powiernik występujący przy banku hipotecznym nie ma nic wspólnego z postacią powiernika występującą w prawie cywilnym³⁷. Jego rola polega na ochronie systemu bankowości hipotecznej, a także nie jest on reprezentantem wierzycieli, działającym w ich interesie z listów zastawnych. Jednakże, zależnym od niego jest stopień bezpieczeństwa inwestycji w listy zastawne. Istotnym dlatego jest rygorystyczne ustawowe wyznaczenie jego odpowiedzialności zawodowej³⁸.

Warunki lokalowe

Ustawodawca określa ogólne warunki lokalowe. Bowiem przyjęto zasadę, iż utworzenie banku może nastąpić w przypadku, gdy pomieszczenia wyposażone są w odpowiednie urządzenia techniczne, które należy zabezpieczać przechowywanie w banku wartości, uwzględniając rodzaj i zakres prowadzonej działalności³⁹. We wniosku dotyczącego

²⁹ M. Fojcik – Mastalska (red.), *Prawo bankowe*, Wrocław, 2009, s. 102-103.

³⁰ A. Janiak, *Bank jako instytucja zaufania publicznego*, Glosa 2003, nr 2, s. 67-68.

³¹ T. Czech, Floras I., *Działalność transgraniczna instytucji kredytowych w Polsce*, Pr. Bank. 2006, nr 4, s. 88.

³² M. Pawłowski, R. Woźniak, *Nabycie znacznego pakietu akcji banku przez spółkę celową o charakterze joint venture*, MPB 2015, nr 7-8, s. 111.

³³ D. Klucz, *Analiza pojęcia osoby zajmującej stanowisko kierownicze w sektorze bankowym w świetle norm prawa pracy*, Monitor Prawa Pracy 2014, nr 6, s. 91-92.

³⁴ W. Baka, *Transformacja bankowości polskiej w latach 1988 – 1995*, studium monograficzne – porównawcze, Warszawa 1997, s. 33-34.

³⁵ Dębniewska M., Sołoma A., *Bankowość – produkty, usługi, rynek*, Olsztyn 2003, s. 231.

³⁶ M. Rewieński, *Powiernik banku hipotecznego – nowa instytucja w polskim systemie bankowym*, Pr. Bank. 2000, nr 2, s. 44.

³⁷ T. Codogni, *Uwagi na temat funkcjonowania banków hipotecznych oraz instytucji powiernika bankowego*, Pr. Bank. 2007, nr 12, s. 59.

³⁸ A. Wudarski, *Podstawy prawne działalności banków hipotecznych*, Pr. Bank. 2003, nr 11, s. 83.

³⁹ R. R. Zdzieborski, *Działanie instytucji kredytowej w Polsce poprzez oddział. Główne problemy kolizyjnoprawne*, PUG 2007, nr 2, s. 22.

wydania zezwolenia na prowadzenie działalności bankowej należy wskazać m. in. siedzibę banku. Zezwolenie na uruchomienie działalności bankowej następuje po sprawdzeniu kilku warunków, w tym także warunków lokalowych⁴⁰.

Podsumowanie

Bank jest osobą prawną utworzoną zgodnie z przepisami ustawy, działać może na podstawie udzielonego zezwolenia, które uprawnia ją do świadczenia czynności bankowych. Czynności te obciążają ryzykiem powierzone bankowi środki i to bez znaczenia pod jakim tytułem zwrotnym występują. Niniejsze opracowanie ma za zadanie wskazać, iż pamiętać należy, że działalność bankowa ze względu na wykonywanie czynności, które są zarezerwowane tylko dla nich, aby została rozpoczęta musi spełniać szereg wymogów formalnych. Regulacje te mają na celu wprowadzenie ograniczeń, ponieważ banki ze względu na charakter wykonywanej działalności są instytucjami o szczególnym charakterze i dopiero po zapewnieniu, iż spełniają wszystkie wymogi może zaistnieć prawdopodobieństwo, że dany podmiot jest odpowiednio przygotowany do wykonywania tejże działalności. Wymagania ustawowe, formalne, lokalowe czy personalne mają świadczyć o charakterze zawodowym wykonywanych przez bank czynności, a jednocześnie o bezpieczeństwie w stosunku do swoich potencjalnych klientów.

STATUTORY CONDITIONS FOR THE CREATION AND FUNCTIONING OF BANKS

This article presents statutory conditions for the creation and functioning of banks. The procedures that must be overcome by an entity wishing to start and run banking activities are approximated. Due to the special nature of activities performed by such an entity, which are also reserved only for them, it was necessary to create legal norms that would regulate this.

⁴⁰ J. Sikorski, T. Mikulska (red.), *Stan i perspektywy rozwoju współczesnej bankowości*, Białystok 2013, s. 207.

GŁOSA DO WYROKU SĄDU OKRĘGOWEGO W ŚWIDNICY, IV WYDZIAŁ KARNY ODWOŁAWCZY, Z DNIA 2 SIERPNI 2016 R., SYGN. AKT IV Ka 505/16

Na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora od wyroku Sądu Okręgowego w Świdnicy z dnia 14 kwietnia 2016 r., sygn. akt VI K 13/16, Sąd Okręgowy w Świdnicy w IV Wydziale Karnym Odwoławczym, wyrokiem z dnia 2 sierpnia 2016 r. uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpatrzenia Sądowi I instancji.

Z opisu zawartego w zaskarżonym wyroku wynika, iż: „T. W. uznany został za winnego tego, że w dniu 8.09.2015 r. w Ś. woj. (...), działając wspólnie i w porozumieniu z innymi ustalonymi osobami, znieważył miejsce spoczynku rodziny K. w ten sposób, że udał się do grobowca tej rodziny, zamocował drabinę sznurową umożliwiającą wejście na kopułę grobowca, a następnie pilnował pobliski teren, celem ostrzeżenia współsprawców o ewentualnym zbliżaniu się osób trzecich, tj. za winnego popełnienia czynu z art. 262 § 1 kk i za to, na mocy tego przepisu wymierzono oskarżonemu karę 60 stawek dziennych grzywny, po ustaleniu wysokości jednej stawki na 20 złotych. Tymże wyrokiem T. W. uznany został za winnego, że w dniu 8.09.2015 r. w Ś. woj. (...), działając wspólnie i w porozumieniu z innymi ustalonymi osobami, usiłował ograbić miejsce spoczynku rodziny K. w ten sposób, że udał się do grobowca tej rodziny celem znalezienia w nim złota, lecz zamierzonego celu nie osiągnął ze względu na brak przedmiotów nadających się do popełnienia na nich czynu zabronionego, to jest za winnego popełnienia czynu z art. 13 § 2 kk w zw. z art. 262 § 2 kk i za to, na mocy art. 14 § 1 kk w zw. z art. 262 § 2 kk, przy zastosowaniu art. 37 a kk wymierzono oskarżonemu karę 100 złotych grzywny, po ustaleniu wysokości jednej stawki na 20 złotych. Zważywszy na treść art. 85 § 1 i 2 kk oraz art. 86 § 2 kk wymierzono T. W. karę łączną 90 stawek dziennych grzywny, po ustaleniu wysokości jednej stawki na 20 złotych.

Z kolei M. C. uznany został za winnego, że w dniu 8.09.2015 r. w Ś. woj. (...), działając wspólnie i w porozumieniu z innymi ustalonymi osobami, znieważył miejsce spoczynku oraz zwłoki rodziny K. w ten sposób, że wszedł do grobowca, a następnie otworzył trumnę ze zwłokami jednej z pochowanych tam osób, to jest za winnego popełnienia czynu z art. 262 § 1 kk i za to, w oparciu o ten przepis wymierzono oskarżonemu karę 60 stawek dziennych grzywny, po ustaleniu wysokości jednej stawki na 20 złotych. Tymże wyrokiem M. C. uznany został nadto za winnego, że w dniu 8.09.2015 r. w Ś. woj. (...), działając wspólnie i w porozumieniu z innymi ustalonymi osobami, usiłował ograbić miejsce spoczynku rodziny K. w ten sposób, że wszedł do grobowca tej rodziny celem znalezienia w nim złota, lecz zamierzonego celu nie osiągnął ze względu na brak przedmiotów nadających się do popełnienia na nich czynu zabronionego, to jest za winnego popełnienia występku z art. 13 § 2 kk w zw. z art. 262 § 2 kk i za to . na mocy art. 14 § 1 kk w zw. z art. 262 § 2 kk, przy zastosowaniu art. 37 a kk wymierzono oskarżonemu karę 100 stawek dziennych grzywny, po ustaleniu wysokości jednej stawki na 20 złotych.

Stosując art. 85 § 1 i 2 kk oraz art. 86 § 2 kk wymierzono M. C. karę łączną 125 stawek dziennych grzywny, po ustaleniu wysokości jednej stawki na 20 złotych.”¹

Prokurator zaskarżający wyrok zarzucił :

„I. obrazę przepisów prawa karnego materialnego, a mianowicie art. 86 § 1 kk, polegającego na orzeczeniu T. W. kary łącznej grzywny w wymiarze 90 stawek dziennych w wysokości 20 złotych każda, przy karach jednostkowych wynoszących po 60 stawek dziennych, w wysokości po 20 złotych każda (I czyn) oraz 100 stawek dziennych, w wysokości po 20 złotych każda (II czyn), podczas gdy Sąd orzekając karę łączną, winien ją wymierzyć w granicach od najwyższej z kar jednostkowych do ich sumy, a zatem w granicach od 100 stawek dziennych do 160 stawek dziennych grzywny.

II. obrazę przepisów postępowania karnego, mającą wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art 413 § 1 pkt 6 k.p.k., polegającą na zaniechaniu wskazania w wyroku skazującym w pkt III - artykułu 86 § 1 kk, stanowiącego podstawę wymierzenia kary łącznej grzywny, podczas gdy z przywołanego przepisu wynika jednoznacznie, że Sąd każdorazowo w orzeczeniu wskazuje zastosowane przepisy ustawy karnej

Tym samym apelujący wniósł o zmianę pkt III części dyspozytywnej wyroku, poprzez wskazanie jako podstawy wymierzenia oskarżonemu kary łącznej grzywny także przepisu z art. 86 § 1 kk i wymierzenie tejże kary w granicach od 100 stawek dziennych do 160 stawek dziennych grzywny.²

Sąd Okręgowy wskazał, iż zarzuty apelacji są trafne, lecz nie wskazują wszystkich uchybień, jakich dopuścił się Sąd I instancji.

¹ [http://orzeczenia.swidnica.so.gov.pl/content/\\$N/155020000002006_IV_Ka_000505_2016_Uz_2016-08-02_002](http://orzeczenia.swidnica.so.gov.pl/content/$N/155020000002006_IV_Ka_000505_2016_Uz_2016-08-02_002)

² Tamże.

Pierwszym aspektem poruszonym przez Sąd Okręgowy (w ślad za autorem wniosku złożonego w trybie art. 335 § 1 k.k.) był fakt wymierzenia przez Sąd I instancji jednemu z oskarżonych (T.W.) kary łącznej 90 stawek dziennych grzywny, choć z pominiętego przez Sąd Rejonowy w Świdnicy art. 86 § 1 k.k. wynika, iż wymiar kary łącznej, w tym także kary grzywny, Sąd orzeka w wymiarze nie mniejszym niż najwyższa kara jednostkowa. Ta zaś wynosiła 100 stawek dziennych grzywny za czyn z art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 262 § 2 k.k. W związku z czym, jak trafnie zauważył Sąd Okręgowy, kara łączna nie mogła zostać orzeczona przez Sąd Rejonowy w wymiarze niższym niż 100 stawek dziennych grzywny (do 160 stawek).

Sąd Okręgowy właściwie zauważył, iż wskazane powyżej uchybienie nie pozwoliło na zmianę zaskarżonego wyroku zgodnie z wnioskami zawartymi w apelacji, ze względu na konieczność poczynienia nowych ewentualnych uzgodnień co do wymiaru kary łącznej grzywny.³

Kolejnym zasadnym wyrażeniem wątpliwości przez Sąd Okręgowy jest kwestia zarzucania, a następnie przypisania każdemu z oskarżonych, dwóch przestępstw (art. 262 § 1 k.k. oraz 13 § 2 k.k. w zw. z art. 262 § 2 k.k.). Sąd Okręgowy dostrzegł, iż przestępstwa te pozostają we właściwym zbiegu przepisów z art. 11 § 2 k.k.⁴ Sprawcy jednym czynem wypełnili dyspozycję obu przepisów (art. 262 § 1 k.k. oraz art. 262 § 2 k.k.), zasadną jest również interpretacja Sądu Okręgowego w kwestii działania sprawców, którzy to usiłując dokonać kradzieży (ograbienia miejsca pochówku) nie mogli dokonać owego czynu bez znieważenia miejsca pochówku, to znaczy zrealizować znamion występku z art. 262 § 1 k.k. Na tej podstawie Sąd Okręgowy uchylił zaskarżone orzeczenie wobec obu sprawców.

Ze względu na niedokonanie zamierzonego przez sprawców czynu, a jedynie usiłowanie, jak również warunki osobiste sprawców etc., Sąd Rejonowy zastosował fakultatywny środek z art. 37a k.k. jakim jest zamiana kary pozbawienia wolności nieprzekraczającej 8 lat na karę grzywny, co w swojej interpretacji podtrzymał Sąd Okręgowy. W kwestii zasadności zastosowania art. 37a k.k. można mieć wiele wątpliwości praktycznych jak i moralnych, aczkolwiek pozostają to kwestią oddzielnej dysputy akademickiej. W treści art. 37a k.k. zamiast zastosowania kary pozbawienia wolności nieprzekraczającej 8 lat, ustawodawca przewidział możliwość orzeczenia grzywny albo kary ograniczenia wolności, o której mowa w art. 34 § 1a pkt 1 lub 4 k.k. W związku z powyższym można stwierdzić, iż art. 37a k.k. stanowi swoisty modyfikator kary⁵, mający na celu prymat kar wolnościowych, co było jednym z założeń nowelizacji Kodeksu Karnego z dnia 1 lipca 2015 r. (Dz.U.2015,poz. 396).

Reasumując Wyrok Sądu Okręgowego w sposób przejrzysty, klarowny i zasadnie uargumentowany wskazuje uchybienia jakich dopuścił się Sąd I instancji, w kwestii zaś zasadności zastosowania art. 37a k.k., nie podejmuje polemiki, utrzymując linię orzecniczą Sądu Rejonowego. Autor glosy wśród swoich dokonanych badaniach aktowych dotychczas nie spotkał się z zastosowaniem art. 37a k.k. w stosunku do sprawcy czynu z art. 262 § 2 k.k.

³ Zob. szerz. Niewiadomska-Krawczyk M., Kara łączna po nowelizacji – rozważania na tle przepisów rozdziału IX Kodeksu Karnego, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego, Tom XXXVII, AUWr No 3709, Wrocław 2015, s. 71 – 89.

⁴ Zob. szerz. Pohl Ł., Zbieg przepisów ustawowych i zbieg przestępstw – próba uporządkowania pojęć, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, Zeszyt 1, 2005 r., s. 93-108.

⁵ Por. Małecki M., Charakter Prawny art. 37a k.k., „Przegląd Sądowy”, 2016, Nr 11-12, s. 184-198.

Katarzyna Jerka

SĄDOWA REALIZACJA PRAW OKREŚLONYCH PRZEPISAMI O OCHRONIE LOKATORÓW W TOKU EGZEKUCJI NA PODSTAWIE POSTANOWIENIA O PRZYSĄDZENIU WŁASNOŚCI

Dłużnik mający status lokatora w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy z 21.6.2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 1610), przeciwko któremu zostało wszczęte postępowanie egzekucyjne o opróżnienie lokalu służącego zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych, prowadzone na podstawie tytułu wykonawczego określonego w art. 999 § 1 KPC w brzmieniu obowiązującym do dnia 3 maja 2012 r., może dochodzić ustalenia prawa do lokalu socjalnego na podstawie art. 189 KPC.

Uchwała Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 8 grudnia 2017 r. III CZP 75/17

Wprowadzenie

W ocenie Sądu Najwyższego, zarówno w świetle brzmienia przepisu art.999 kpc obowiązującego od dnia 3 maja 2012 r. tj. po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 16 września 2011 r. o zmianie Kodeksu postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw¹ jak i brzmienia przepisu sprzed nowelizacji, dłużnik zobowiązany do wydania lokalu nabywcy licytacyjnemu nie miał możliwości skorzystania z trybu przewidzianego w art.14 ustawy z 21.6.2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego² w celu ustalenia, że przysługuje mu prawo do lokalu socjalnego. Jedynym sposobem ustalenia, że przysługuje dłużnikowi prawo do lokalu socjalnego było powództwo z art.189 kpc. Jak zauważył Sąd Najwyższy, chociaż art.999 kpc w brzmieniu sprzed 3 maja 2012 r. nie odsyła do art.791 kpc, to nie miało to znaczenia, gdyż przepis ten nie przewidywał do 3 maja 2012 r., że w postępowaniu o opróżnienie lokalu mieszkalnego należy uwzględniać przepisy o ochronie praw lokatorów. Sąd Najwyższy wskazuje, że obowiązywał jednak art.75 Konstytucji, który zobowiązywał do takiej wykładni przepisów o postępowaniu egzekucyjnym, która miała zapobiegać bezdomności i który wyraźnie odsyłał, gdy chodzi o ochronę lokatorów do ustawy, którą w tym przypadku była o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego. Skoro dłużnik nie mógł wykazać w tym przypadku uprawnienia do lokalu socjalnego w inny sposób, to jedyną możliwością było powództwo o ustalenie z art.189 kpc.

W rezultacie głosowane orzeczenie wskazuje na sposób dochodzenia sądowej ochrony praw byłych lokatorów, przeciwko którym prowadzona jest egzekucja na podstawie postanowienia o przysądzeniu własności. W orzecznictwie Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 12 kwietnia 2001 r., III CZP 8/01, OSNC 2001/10/146 wykluczył możliwość dochodzenia na podstawie art.189 kpc ustalenia prawa do lokalu socjalnego, uchwała ta jednak została wydana zarówno w odmiennym stanie faktycznym jak i w odmiennym stanie prawnym tj. na gruncie ustawy z dnia 02.07.1994 r. o najmie lokali mieszkalnych i dodatkach mieszkaniowych.

W doktrynie zaś, na gruncie znowelizowanych przepisów art.999 kpc oraz art.791 kpc, pojawiały się stanowiska o dopuszczalności takiego sposobu realizacji ochrony praw byłych lokatorów, przeciwko którym wszczęto egzekucje na podstawie art.999 kpc.³ Od czasu nowelizacji wskazanych przepisów obowiązującej od 3 maja 2012 r. praktyka stosowania prawa przyniosła różnorodność przypadków. Z uwagi na dotychczasowe zaniechanie ustawodawcze w zakresie określenia trybu, w jakim dłużnicy i inne osoby objęte egzekucją na podstawie art.999 kpc mogą realizować uprawnienia określone w art.14 u.o.p.l. płaszczyzną rozważań nad problemem pozostaje dorobek doktryny oraz orzecznictwo.

Stan faktyczny i stanowisko sądów

Powódce B. W. przysługiwało spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu mieszkalnego, a powód - syn powódki M.W. zamieszkiwał w tym lokalu, jako domownik. Postanowieniem z dnia 29 maja 2015 r. Sąd Rejonowy przysądził to spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu mieszkalnego na rzecz nabywcy licytacyjnego i na podstawie tego orzeczenia zostało wszczęte postępowanie egzekucyjne o opróżnienie lokalu.

Powodowie B. W. i M. W. w pozwie wniesionym przeciwko Gminie Miejskiej K. wniesli o ustalenie uprawnienia do lokalu socjalnego. Wyrokiem z dnia 3 listopada 2016 r. Sąd Rejonowy w K. powództwo oddalił.

¹ Dz.U. Nr 233, poz.138

² Dz.U. z 2016 r. poz. 1610; dalej jako: u.o.p.l.

³ Zob. Marcin Walasik, Egzekucja obowiązku opróżnienia lokalu służącego zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych – część 2 PPE 2016, Nr 6, str.20; Dariusz Przyczyna, Ochrona osób niewymienionych w tytule wykonawczym przed eksmisją z lokalu mieszkalnego, PPE 2016, Nr 3, str.20

Rozpoznając apelację powodów Sąd Okręgowy, przedstawił postanowieniem z dnia 11 maja 2017 r. zagadnienie prawne: „Czy art. 189 k.p.c. może stanowić podstawę dochodzenia powództwa o ustalenie prawa do lokalu socjalnego przez dłużników posiadających status lokatora w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 21.06.2001 roku o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz.U. z 2005 r. Nr 31 poz. 266 z późn. zm.), przeciwko którym zostało wszczęte postępowanie egzekucyjne w przedmiocie opróżnienia lokalu służącego zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych, prowadzone na podstawie tytułu wykonawczego określonego w art. 999 § 1 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym do dnia wejścia w życie ustawy z dnia 16.09.2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 233 poz. 1381)?”

Egzekucja na podstawie postanowienia o przysądzeniu własności w świetle aktualnego stanu prawnego oraz stanu prawnego sprzed 3 maja 2012 r.

Z dniem 3 maja 2012 r. ustawą z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw znówelizowano art.999 § 1 kpc.

Do momentu wejścia w życie tejże nowelizacji prawomocne postanowienie o przysądzeniu własności zaopatrzone w klauzulę wykonalności było tytułem wykonawczym do wprowadzenia nabywcy w posiadanie nieruchomości. Po nowelizacji, prawomocne postanowienie o przysądzeniu własności jest **tytułem wykonawczym** do wprowadzenia nabywcy w posiadanie nieruchomości **oraz do opróżnienia znajdujących się na tej nieruchomości pomieszczeń bez potrzeby nadania mu klauzuli wykonalności**. Nowe brzmienie art. 999 § 1 kpc nawiązuje także do treści znówelizowanego art. 776 KPC, stanowiącego, że podstawą egzekucji jest tytuł wykonawczy. Zasadą jest, że tytułem wykonawczym jest tytuł egzekucyjny zaopatrzony w klauzulę wykonalności, chyba że ustawa stanowi inaczej. Nowe brzmienie art.999 §1 zd.2 kpc ustanawia wyjątek od tej zasady.

Do treści art.999 § 1 kpc dodano również zdanie trzecie stanowiące, iż przepis art.791 kpc stosuje się odpowiednio. Zmiana przepisu w tej części odnosi się do zakresu podmiotowego wykonania tytułu wykonawczego w postaci postanowienia o przysądzeniu własności. Zauważyć należy, że przepis art.791 kpc, do którego odpowiedniego stosowania odsyła art.999 § 1 zd.3 kpc, również został zmieniony. Zgodnie z jego znówelizowanym brzmieniem tytuł wykonawczy zobowiązujący do wydania nieruchomości, statku lub do opróżnienia pomieszczenia upoważnia do prowadzenia egzekucji także przeciwko każdemu, kto uzyskał władanie nad tym przedmiotem po wszczęciu postępowania, w którym wydano tytuł egzekucyjny jak i prowadzenia egzekucji **nie tylko przeciw dłużnikowi, lecz także przeciwko jego domownikom, krewnym i innym osobom reprezentującym jego prawa** (art. 791 § 1 i 2 kpc). Przepis ten ustanawia odstępstwo od jednej z podstawowych zasad postępowania egzekucyjnego to jest, że zastosowanie środków egzekucyjnych jest możliwe wyłącznie na podstawie tytułu wykonawczego przeciwko osobie, która według tego tytułu jest dłużnikiem. Niezmienna pozostaje zaś zasada, zgodnie z którą egzekucja może być prowadzona wyłącznie w granicach wniosku wierzyciela, który jest obowiązany oznaczyć świadczenie podlegające spełnieniu oraz sposób egzekucji (art. 797 § 1 KPC).

Zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny zmiany, jakie nastąpiły od 3 maja 2012 r. wpływające na prowadzenie egzekucji na podstawie postanowienia o przysądzeniu własności doprowadziły do tego, że sytuacja prawna dłużnika poprawiła się, a sytuacja innych osób zajmujących wraz z nim przedmiot egzekucji uległa pogorszeniu⁴

W celu ochrony praw osób, przeciwko którym skierowano egzekucję na podstawie postanowienia o przysądzeniu własności zmianie uległ art. 791 § 3 zd.1 kpc, zgodnie z którym przepisy § 1 i 2 art.791 kpc nie wyłączają praw określonych przepisami o ochronie lokatorów oraz praw, które są skuteczne wobec wierzyciela. Przepis ten wzbudził wątpliwości interpretacyjne Sądu Okręgowego, które znalazły swoje odzwierciedlenie w przedstawionym Sądowi Najwyższemu zagadnieniu prawnym. Przepisy ustawy u.o.p.l. nie wprowadziły bowiem żadnych nowych praw dla dłużnika oraz jego domowników, krewnych i innych osób reprezentujących jego prawa, które skorelowane byłyby z treścią zmienionego przepisu art. 791 § 3 zd.1 kpc w zw. z art.999 § 1 zd.3 kpc. Co więcej, uprzednio nowelizacja objęła także przepis art.1046 kpc poprzez uchylenie jego § 2 i 3 ustawą z dnia 31.08.2011 r. o zmianie ustawy o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie kodeksu cywilnego oraz ustawy –kodeks postępowania cywilnego⁵, która weszła w życie 16.11.2011 r. W dotychczasowym stanie prawnym na podstawie art.1046 § 2 w zw. z art.791 kpc egzekucja w oparciu o art.999 § 1 kpc wobec osób wywodzących od dłużnika swoje prawo do zajmowania nieruchomości była możliwa w przypadku gdy nie stanowiła lokalu służącego do zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych dłużnika. Przepis art.1046 § 3 kpc wyłączał stosowanie art.1046 § 2 w zw. z art.791 § 1 kpc do egzekucji opróżnienia lokalu służącego zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych dłużnika.

W sprawie będącej przedmiotem głosowanej uchwały postępowanie egzekucyjne przeciwko powódce, w którym wydano postanowienie o przysądzeniu własności wszczęto w dniu 04 stycznia 2012 r. Przepisy art.999 kpc oraz art.791

⁴ R.Drozd-Sweklej, Egzekucja na podstawie postanowienia o przysądzeniu własności, PPE 8-9, 2011, str.41

⁵ Dz.U. Nr 224, poz. 1342

kpc w nowym brzmieniu ukształtowanym ustawą z dnia 16 września 2011 r. o zmianie Kodeksu postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw znajdują zaś zastosowanie do egzekucji wszczętych po dniu jej wejścia w życie tj. 3 maja 2012 r. (art. 9 ustawy nowelizacyjnej).

Osoby objęte ochroną praw lokatorów w świetle art. 791 § 3 zd. 1 kpc

W pierwszej kolejności ustalenia wymaga, do jakich praw odnosi się przepis art. 791 § 3 kpc w zw. z art. 999 § 1 zd. 3 kpc i kto jest podmiotem tych praw.

Należy podzielić zapatrywanie wyrażone w uzasadnieniu zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy, iż prawem, które może przysługiwać osobie obowiązanej do opróżnienia lokalu na podstawie przepisów o ochronie praw lokatorów, jest uprawnienie do otrzymania lokalu socjalnego z zasobu właściwej gminy (art. 14 ust. 1 u.o.p.l.), skoro przepis odwołuje się ogólnie do „praw określonych przepisami o ochronie praw lokatorów”.

Przepis ten odnosi się tylko do lokatora, którym w rozumieniu art. 2 ustawy jest najemca lokalu lub osoba używająca lokalu na podstawie innego tytułu niż prawo własności. W głosowanym orzeczeniu prawem, na podstawie którego powódka zajmowała lokal było spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu zatem inne prawo niż własność co skutkowało przyjęciem, że zarówno powódka jak i domownik wywodzący swoje prawo z tytułu, jaki przysługiwał powódce są lokatorami. W tym miejscu zauważyć należy, iż z uwagi na rodzaj posiadanego prawa osoby te mieszczą się kategorii, o jakiej mowa w przepisie art. 14 ust. 7 u.o.p.l. tj., co do których znajduje zastosowanie przepis o obligatoryjnym orzeczeniu uprawnienia do lokalu socjalnego w razie spełnienia przesłanek także w tym przepisie wskazanych (art. 14 ust. 4 u.o.p.l.).

Podkreślenia wymaga, że dłużnik, który był właścicielem nieruchomości po utracie tego prawa nie staje się lokatorem i nie przysługuje mu ochrona wynikająca z u.o.p.l. Ochrona służyć będzie z kolei osobom, które wraz z dłużnikiem zajmowały przedmiot egzekucji wywodząc z prawa mu przysługującego (do czasu jego utraty na skutek postanowienia o przysądzeniu własności) tytuł do jego zajmowania, w szczególności domownikom, krewnym i innym osobom reprezentującym jego prawa.

Stanowisko SN

W głosowanym wyroku SN analizując zagadnienie obrony osób objętych ochroną praw lokatorów podniósł kilka aspektów, które wymagają odrębnego wyartykułowania.

Po pierwsze, SN zwraca uwagę, że literalna wykładnia art. 791 KPC wyraźnie wskazuje, iż czym innym jest konieczność uwzględniania praw przewidzianych w ustawie o ochronie praw lokatorów, a czym innym sytuacja, gdy dłużnik twierdzi, że przysługuje mu przeciwko wierzycielowi określone prawo. Jeżeli dłużnikowi przysługuje takie prawo, to powinien on wystąpić w terminie tygodnia z powództwem o pozbawienie w stosunku do niego tytułu wykonawczego wykonalności, czyli z powództwem określonym w art. 840 KPC. Natomiast były lokator, który twierdzi, że przysługuje mu uprawnienie do lokalu socjalnego nie twierdzi, że przysługuje mu prawo względem wierzyciela, lecz że wierzyciel może skutecznie prowadzić egzekucję o opróżnienie lokalu dopiero po wskazaniu przez gminę lokalu socjalnego.

Po drugie, w ocenie SN w świetle art. 999 kpc nie będzie można zastosować trybu orzekania o uprawnieniu do lokalu socjalnego przewidzianego w przepisie art. 14 u.o.p.l. gdyż nabywca nie musi występować z osobnym powództwem o opróżnienie lokalu z osób, które go zajmowały. Jest to konsekwencją słusznej konstatacji, iż skoro postanowienie o przysądzeniu własności stanowi tytuł wykonawczy do wprowadzenia nabywcy w posiadanie nieruchomości i opróżnienia znajdujących się na nieruchomości pomieszczeń bez potrzeby nadania mu klauzuli wykonalności to nabywca nie musi występować z osobnym powództwem o opróżnienie lokalu z osób, które go zajmowały.

Ponadto SN zauważa, że tylko wyraźny przepis mógłby na sąd obowiązek orzekania w postanowieniu o przybicu czy osobom zobowiązanym do opuszczenia lokalu, przysługuje prawo do lokalu socjalnego. Zdaniem SN takie rozwiązanie z punktu widzenia szybkości postępowania wydaje się racjonalne, gdyż sąd wydając postanowienie o przybicu otwierałby drogę do prowadzenia egzekucji poprzez przesiedlenie osób zajmujących lokal do lokalu wskazanego przez gminę.

Po trzecie, SN zauważył, że co prawda przepis art. 999 kpc w brzmieniu sprzed 3 maja 2012 r. nie zawierał odesłania do art. 791 kpc i stanowił, że prawomocne postanowienie o przysądzeniu własności jest także tytułem egzekucyjnym do wprowadzenia nabywcy w posiadanie nieruchomości a więc nabywca, aby mógł zostać wprowadzony do nabytego w drodze licytacji lokalu musiał uzyskać klauzulę. Jednak w postępowaniu o nadanie klauzuli wykonalności ze względu na jego formalny charakter sąd nie był uprawniony do badania czy dłużnikowi przysługuje prawo do lokalu socjalnego.

Po czwarte, w konsekwencji SN doszedł do wniosku, iż dłużniczka zobowiązana do wydania lokalu nabywcy licytacyjnemu nie ma możliwości skorzystania z trybów wyżej wskazanych i jedynym sposobem ustalenia, że przysługuje jej uprawnienie do lokalu socjalnego było powództwo z art. 189 kpc. Zdaniem SN dłużniczka ma interes prawny w tym,

aby w procesie o ustalenie uzyskać deklaratoryjne orzeczenie potwierdzające uprawnienie do lokalu socjalnego. Obowiązek dostarczenia lokalu spoczywa na gminie i to gmina powinna być pozwana w takim procesie.

Co prawda jak zauważył Sąd Najwyższy, art.999 kpc w brzmieniu sprzed 3 maja 2012 r. nie odsyła do art.791 kpc, to nie miało to znaczenia, gdyż przepis ten nie przewidywał do 3 maja 2012 r., że w postępowaniu egzekucyjnym o opróżnienie lokalu mieszkalnego należy uwzględniać przepisy o ochronie praw lokatorów. Sąd Najwyższy wskazał, że obowiązywał jednak art.75 Konstytucji, który zobowiązywał do takiej wykładni przepisów o postępowaniu egzekucyjnym, która miała zapobiegać bezdomności i który wyraźnie odsyłał, gdy chodzi o ochronę lokatorów do ustawy, którą w tym przypadku była o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego.

Ocena stanowiska SN

Postulat *de lege ferenda*

Ustosunkowując się do powyższego stwierdzić należy, że w pierwszej kolejności SN wykluczył zastosowanie określonych sądowych środków obrony dłużnika w toku egzekucji na podstawie postanowienia o przysądzeniu własności a wynikających z ochrony praw lokatorów. W konsekwencji stwierdził, że w inny sposób, niż poprzez wytoczenie powództwa z art.189 kpc nie może dłużnik wykazać swego prawa do lokalu socjalnego. Powództwo to powinno być skierowane przeciwko gminie, gdyż to na gminie spoczywa obowiązek dostarczenia lokalu socjalnego.

Argumentacja przedstawiona przez Sąd Najwyższy co do trybu, w jakim w toku postępowania egzekucyjnego ma zostać ustalone uprawnienie dłużnika do lokalu socjalnego, prowadzi do następujących wniosków.

Po pierwsze, zgodzić się należy z przyjęciem, że ochrona praw lokatorów nie może być zrealizowana w procesie o wydanie wyroku nakazującego opuszczenie lokalu przez dłużnika bądź jego domownika albowiem nabywca licytacyjny dysponując prawomocnym postanowieniem o przysądzeniu własności nie ma potrzeby, aby taki proces wszczynać. Potrzeby takiej nie miał również pod rządami art.999 § 1 kpc w brzmieniu sprzed 03 maja 2012 r. albowiem prawomocne postanowienie o przysądzeniu własności z mocy art.999 § 1 kpc stanowiło tytuł egzekucyjny do wprowadzenia nabywcy w posiadanie nieruchomości przeciwko niewymienionemu w tym tytule dłużnikowi egzekwowanemu. Wykonanie wynikającego z postanowienia obowiązku wydania nieruchomości nabywcy następowało po nadaniu klauzuli wykonalności przeciwko dłużnikowi egzekwowanemu.⁶

Zauważyć należy, iż taki pozew podlegałby odrzuceniu. Mamy bowiem do czynienia z tożsamością stron – nabywca licytacyjny i dłużnik oraz tożsamością żądania – opróżnienia i wydania lokalu⁷. Wobec tego, iż powód dysponuje już tytułem wykonawczym w postaci prawomocnego postanowienia o przysądzeniu własności zachodzą w takiej sytuacji podstawy do odrzucenia pozwu (art.199 § 1 pkt 2 kpc).

Po drugie, trafne i nie wymagające komentarza jest stwierdzenie, że na gruncie brzmienia przepisu art.999 § 1 kpc sprzed 3 maja 2012 r., w postępowaniu o nadanie klauzuli wykonalności ze względu na jego formalny charakter sąd nie był uprawniony do badania czy dłużnikowi przysługuje prawo do lokalu socjalnego.

Po trzecie, słusznie Sąd Najwyższy podkreśla, że literalna wykładnia art.791 kpc w brzmieniu po 3 maja 2012 r. wyraźnie wskazuje, że czym innym jest konieczność uwzględniania praw przewidzianych w ustawie o ochronie praw lokatorów a czym innym sytuacja, gdyż dłużnik twierdzi, że przysługuje mu względem wierzyciela określone prawo. Tylko w tej ostatniej sytuacji dłużnik może wystąpić w terminie tygodnia z powództwem o pozbawienie w stosunku do niego tytułu wykonawczego wykonalności.

Co do zasady należy podzielić powyższe stanowisko, ale po poczynieniu dodatkowych spostrzeżeń. Zauważyć należy, że w pierwszej ze wskazanych sytuacji dłużnik powołuje się na prawo do lokalu socjalnego, które jest –jednak tylko czasowo- skuteczne wobec wierzyciela tj. do czasu ustalenia prawa do lokalu socjalnego i jego realizacji w postaci złożenia oferty najmu lokalu socjalnego przez właściwą gminę.

Należy podzielić pogląd doktryny, że w tej sytuacji właściwym środkiem sądowej ochrony praw lokatorów, o jakich mowa w przepisie art.791 § 3 zd.1 kpc, będzie powództwo o ograniczenie wykonalności tytułu wykonawczego (a nie o definitywne pozbawienie tej wykonalności, jak przewiduje to art. 791 § 3 zd. 2 KPC). W tej sytuacji, orzeczenie o ustaleniu prawa do lokalu socjalnego będzie stanowiło jedynie prejudykat⁸.

Po czwarte, zatem należy zgodzić się z tezą, iż skoro nie ma możliwości skorzystania z trybów słusznie przez SN wykluczonych to jedynym sposobem ustalenia uprawnienia do lokalu socjalnego jest powództwo z art.189 kpc. Trzeba jednak zauważyć, że samo orzeczenie o ustaleniu prawa do lokalu socjalnego, osób przeciwko którym toczy się postępowanie egzekucyjne na podstawie art.999 § 1 kpc nie prowadzi wprost do ograniczenia wykonalności tytułu wykonawczego a może stanowić podstawę do wszczęcia takiego postępowania (art.840 § 1 pkt 2 kpc).

⁶ Zob. uchwała SN z 10.02.2006 r., III CZP 127/05, OSNC 2007nr 1, poz.2, str.13

⁷ Zob. uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 23.06.2013 r., VIII Ca 217/13; Legalis, wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 22.07.2015 r., I ACa 233/15, Legalis

⁸ Zob. Marcin Walasik, Egzekucja obowiązku opróżnienia lokalu służącego zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych – część 2 PPE 2016, Nr 6;

Rodzi się w tym miejscu pytanie czy z trybu przewidzianego w przepisie art. 189 kpc będzie można skorzystać jeszcze przed wszczęciem egzekucji na podstawie prawomocnego postanowienia o przysądzeniu własności. Wydaje się, że odpowiedź na to pytanie jest negatywna. Powództwo o ustalenie nie ma jednak charakteru powództwa wyłącznie prewencyjnego, gdyż nie wiąże interesu prawnego powoda z zagrożeniem jego sfery prawnej przez pozwanego, dlatego też powód ma interes prawny w ustaleniu wtedy, gdy w związku z zachowaniem się pozwanego uzasadnione jest ustalenie stosunku prawnego lub prawa w celu usunięcia niepewności co do określonego stosunku prawnego lub prawa.⁹ Zważywszy, że egzekucja może być prowadzona wyłącznie w granicach wniosku wierzyciela i to we wniosku wierzyciel wskaże osoby, przeciwko którym egzekucja na podstawie art. 999 § 1 kpc ma się toczyć, dopiero w przypadku ich wskazania przez wierzyciela uzyskają one interes prawny w ustaleniu ich uprawnienia do lokalu socjalnego. Należy zatem przyjąć, że interes prawny w ustaleniu uprawnienia do lokalu socjalnego na podstawie art. 189 k.p.c. zaktualizuje się wtedy, gdy przeciwko dłużnikowi zostanie wszczęte postępowanie egzekucyjne, prowadzone na podstawie tytułu wykonawczego z art. 999 § 1 k.p.c.

Konstatując należy w tym miejscu zgłosić postulat *de lege ferenda* uregulowania kwestii trybu realizacji praw wskazanych w art. 791 § 3 zd. 1 kpc w zw. z art. 999 § 1 zd. 3 kpc *expressis verbis*. Powinno to nastąpić poprzez przyznanie osobom, przeciwko którym wszczęto egzekucję a którym przysługują prawa przewidziane w ustawie o ochronie praw lokatorów takich samych uprawnień jak osobom, które zgłaszają prawa skuteczne względem wierzyciela, o jakich mowa w art. 791 § 3 zd. 2 kpc. W razie uwzględnienia takiego powództwa sąd nie pozbawia bowiem tytułu wykonawczego wykonalności, lecz ogranicza go czasowo w ten sposób, że wykonanie opróżnienia lokalu zostaje wstrzymane do czasu złożenia przez gminę oferty zawarcia umowy najmu lokalu socjalnego¹⁰. Proponowane rozwiązanie wydaje się być pożądane z uwagi na fakt, że zwiększyłoby efektywność ochrony praw tych osób. Ponadto brak jest podstaw do różnicowania sytuacji osób, przeciwko którym skierowano egzekucję ze względu na to, czy podstawą ich obrony jest prawo określone w przepisach o ochronie lokatorów, czy inne prawo skuteczne wobec wierzyciela. Materia eksmisji niezależnie od tego, na podstawie jakiego tytułu jest dokonywana dotyczy dziedziny związanej z konstytucyjnymi prawami i wolnościami (art. 75 ust. 1 Konstytucji RP) zatem określoność prawa jest szczególnie pożądana.

⁹ z uzasad. wyr. SN z 14.7.1972 r., III CRN 607/71, OSNC 1973, Nr 4, poz. 64

¹⁰ Zob. Dariusz Przyczyna, Ochrona osób niewymienionych w tytule wykonawczym przed eksmisją z lokalu mieszkalnego, PPE 2016, Nr 3

INFORMACJE O AUTORACH

Paulina Belowska - Studentka V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie.

Anna Chodorowska - doktor prawa, adiunkt w Katedrze Prawa Karnego Materialnego i Prawa Wykroczeń Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego.

Monika Danielak - mgr, absolwentka Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie, prawnik (2017), historyk (2007), archiwista (2007), spec. ds. kadr i płac (2011), ukończyła studia podyplomowe w zakresie: "Ekonomia - rachunkowość budżetowa" (2010), członek SAP i SAWS, uczestnik licznych zagranicznych warsztatów archiwalnych, m.in. w Grecji, we Włoszech, w Szwecji, w Anglii, w Chorwacji, obecnie starszy sekretarz sądowy w Sądzie Rejonowym w Olsztynie

Katarzyna Dobkowska - Studentka trzeciego roku administracji licencjackiej stacjonarnej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego.

Tomasz Guzik – (ur. 1993) doktorant w Katedrze Filozofii Prawa i Etyki Prawniczej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Kierownik projektu badawczego prowadzonego w ramach programu Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego pt. „Diamantowy Grant”. Członek Rady Towarzystwa Doktorantów UJ (2017), redaktor w Kolegium Redakcyjnym Internetowego Przeglądu Prawniczego TBSP UJ. Laureat wielu nagród i programów stypendialnym (w tym Stypendium Ministra za wybitne osiągnięcia dla studentów). Autor wielu artykułów naukowych i popularnonaukowych (m.in. na łamach Tygodnika Powszechnego) oraz referent na wielu konferencjach naukowych. Pasjonat nauki i sportu.

Piotr Herman - Doktorant w Katedrze Prawa Finansowego Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie.

Katarzyna Jerka - magister prawa, absolwentka Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego w Lublinie (2001), sędzia Sądu Rejonowego w Olsztynie (2008), specjalizacja- prawo cywilne.

Anna Kledyńska - magister prawa, doktorantka w Katedrze Prawa Cywilnego II i Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko – Mazurskiego.

Aleksandra Kojadyńska - – studentka IV roku na kierunku Prawo na wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie, członek koła Nauk Penalnych „NEMEZIS” oraz Koła Naukowego Psychiatrii Sądowej, członek redakcji czasopisma naukowego „Kortowski Przegląd Prawniczy”.

Julita Anna Konopka - urodzona 27 stycznia 1995 r. w Warszawie. Studentka 3 roku Administracji I stopnia, studiów stacjonarnych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko – Mazurskiego.

Amanda Kowalewska - urodzona 15 września 1995r. w Ciechanowie. Studentka 3 roku Administracji I stopnia, studiów stacjonarnych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko – Mazurskiego.

Fabian Kowalski – student IV roku na kierunku Prawo na wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie, członek koła Nauk Penalnych „NEMEZIS”.

Adam Rzczkowski – student I roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie, członek Koła Nauk Penalnych „Nemesis”.

Karolina Szczecińska-Przybulek – doktorantka w Katedrze Kryminalistyki i Medycyny Sądowej Uniwersytetu Warmińsko – Mazurskiego w Olsztynie.

Łukasz Szumkowski – magister prawa, doktorant w Katedrze Prawa Karnego Materialnego i Prawa Wykroczeń Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego.

Roksana Wszolek - studentka V roku jednolitych studiów magisterskich na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego