

Dyskurs Prawniczy i Administracyjny

1/2023

Dyskurs Prawniczy i Administracyjny

1/2023

REDAKCJA NAUKOWA TOMU
Andrzej Bisztyga i Paweł Kuczma

Zielona Góra 2023

RADA NAUKOWA

Andrzej Bisztyga (*przewodniczący*, Uniwersytet Zielonogórski), Rainer Arnold (Uniwersytet w Ratyźbonie, Niemcy), Eduard Barany (Słowacka Akademia Nauk), Ewelina Cała-Wacinkiewicz (Uniwersytet Szczeciński), Emilio Castorina (Uniwersytet w Katanii, Włochy), Jerzy Ciapała (Uniwersytet Szczeciński), Anna Chodorowska (Uniwersytet Zielonogórski), Katarzyna Dudka (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej), Krzysztof Eckhardt (Rzeszowska Szkoła Prawa), Andrzej Gorgol (Uniwersytet Zielonogórski), Sabina Grabowska (Uniwersytet Rzeszowski), Stefan Haack (Uniwersytet Viadrina), Jerzy Jaskiernia (Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach), Jiri Jirasek (Uniwersytet w Ołomuńcu, Czechy), Julia Klauer (Wyższa Szkoła Przedsiębiorczości i Prawa w Berlinie, Niemcy), Martyna Łaszewska-Hellriegel (*wiceprzewodnicząca*, Uniwersytet Zielonogórski), Gabriella Mangione (Uniwersytet Insubria Varese-Como, Włochy), Małgorzata Masternak-Kubiak (Uniwersytet Wrocławski), Tomasz Milej (Uniwersytet Kenyatta w Nairobi, Kenia), Bernadetta Nitschke-Szram (Uniwersytet Zielonogórski), Ivan Pankevych (Uniwersytet Zielonogórski), Sławomir Patyra (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej), Ryszard Piotrowski (Uniwersytet Warszawski), Maria Rogacka-Rzewnicka (Uniwersytet Warszawski), Krzysztof Skotnicki (Uniwersytet Łódzki), Tadeusz Stanisławski (*wiceprzewodniczący*, Uniwersytet Zielonogórski), Ewa Szewczyk (Uniwersytet Zielonogórski), Bogdan Ślusarz (Uniwersytet Zielonogórski), Miruna Tudorascu (Uniwersytet 1 grudnia 1918 w Alba Iulia, Rumunia), Murat Tumay (Istanbul Medeniyet University), Valeriy Tsybalyuk (Uniwersytet Gospodarki Wodnej i Zarządzania Zasobami Naturalnymi w Równem, Ukraina), Krystyna Wojtczak (Uniwersytet Adama Mickiewicza), Rafał Wrzecieć (Uniwersytet Zielonogórski)



KOLEGIUM REDAKCYJNE

Justyna Michalska (*redaktor naczelny*), Anna Chodorowska (*sekretarz*), Anna Feja-Paszkiwicz, Joanna Markiewicz-Stanny, Magdalena Skibińska, Andrzej Tata, Ewa Żołnierczyk

RECENZJE NUMERU

<http://www.dyskurs.inp.uz.zgora.pl>

REDAKCJA

Izabela Bednarz

KOREKTA

Aldona Reich

REDAKCJA TECHNICZNA

Arkadiusz Sroka

PROJEKT OKŁADKI

Jacek Papla

CC by 4.0



ISSN 2657-926X

Oficyna Wydawnicza Uniwersytetu Zielonogórskiego
65-246 Zielona Góra, ul. Podgórna 50, tel. (68) 328 78 64
www.ow.uz.zgora.pl, sekretariat@ow.uz.zgora.pl

Spis treści

Rafał Czachor

Stanowisko władz Federacji Rosyjskiej i poglądy rosyjskiej doktryny w przedmiocie ratyfikacji Statutu Rzymskiego Międzynarodowego Trybunału Karnego7

Adam Jakuszewicz

Protection of Climate Migrants from Small Island Developing States of the Pacific Region21

Piotr Kapusta

Wymóg uzyskiwania wizey Vander Elst dla pracowników delegowanych do Niemiec będących obywatelami państw trzecich jako przykład naruszenia swobody świadczenia usług37

Paweł Kuczma

Oddziaływanie międzynarodowych i europejskich aktów prawnych na prawo krajowe na przykładzie uregulowań ekstradycyjnych53

Maciej Piotrowski

20 lat funkcjonowania spółki europejskiej. Przegląd uregulowań prawnych oraz korzyści i zagrożeń związanych z jej funkcjonowaniem67

Piotr Sobański, Błażej Kmieciak

Cierpienie na sali sądowej: wybrane konteksty dotyczące prawa człowieka do godnej śmierci z perspektywy krajowych dyskusji społecznych oraz międzynarodowych orzeczeń sądowych83

Tomasz Srogosz

Prawo narodów z perspektywy Trzeciego Świata103

Paweł Jakub Szewczyk

Trybunał Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej jako gwarant integracji państw członkowskich EaUG? Analiza formalno-prawna119

Wiktor Trybka

Uzyskiwanie przez oddział i przedstawicielstwo przedsiębiorcy zagranicznego interpretacji indywidualnych z zakresu ubezpieczeń społecznych131

Ewa Tuora-Schwierskott

Korpus służby cywilnej w Republice Federalnej Niemiec a prawo remonstracji
jako prawo do odmowy wykonania polecenia służbowego przez urzędnika pań-
stwowego145

Rafał Czachor

Krakowska Akademia im. A. Frycza Modrzewskiego

ORCID 0000-0002-5929-9719

rczachor@afm.edu.pl

Stanowisko władz Federacji Rosyjskiej i poglądy rosyjskiej doktryny w przedmiocie ratyfikacji Statutu Rzymskiego Międzynarodowego Trybunału Karnego

Słowa kluczowe: Statut Rzymski, Międzynarodowy Trybunał Karny, Federacja Rosyjska, międzynarodowe prawo karne, współpraca międzynarodowa w sprawach karnych

Streszczenie: Poniższy artykuł omawia zagadnienie ewolucji stosunku władz Rosji i stanowiska rosyjskiej doktryny w kwestii ratyfikacji Statutu Rzymskiego MTK. Analizie poddano argumentację na rzecz odwołania podpisu pod Statutem oraz wskazano, iż krok ten jest motywowany politycznie, wpisując się w narastający w Rosji trend krytyki zachodniocentrycznego porządku prawnomiędzynarodowego. Wskazano, że zasadny jest pogląd głoszący, iż czynniki polityczne w istotny sposób ograniczają stworzenie uniwersalnego systemu międzynarodowego sądownictwa karnego.

The attitude of Russia's authorities and law doctrine towards ratification of the Rome Statute and the International Crime Court membership

Keywords: the Rome Statute, International Criminal Court, Russian Federation, international criminal law, international cooperation in criminal matters

Summary: The following paper covers the issue of changing Russia's attitude towards the ratification of the Rome Statute. The paper focuses on the main arguments in favor of Russia's withdrawal from the abovementioned document. It was argued that such decision was solely politically motivated and contributes to the incremental Russia's criticism of Western-centered international legal order. Thus, the paper supports the thesis that political factors significantly impede the creation of a system of international criminal justice.

1. Wprowadzenie

Międzynarodowy Trybunał Karny (dalej: MTK), powołany na mocy Statutu Rzymskiego z 1999 r., a funkcjonujący od 2002 r., jest organem sądownictwa międzynarodowego mającym na celu ściganie i karanie osób odpowiedzialnych za

najcięższe przestępstwa prawnomiędzynarodowe¹. W mijającym dwudziestolecu MTK spotkał się z różną krytyką. Dotyczyła ona zarówno jego konstrukcji prawnej, sprawności działania, jak i kosztowności. Krytyczne oceny w przedmiocie skuteczności i efektywności MTK w dużym stopniu wiążą się z upolitycznieniem zagadnienia sądownictwa międzynarodowego. Można twierdzić, że MTK, będąc powołanym jako organ sądownictwa międzynarodowego, a więc operując w materii szczególnie ważnej w kontekście jurysdykcji państwowej, *ex definitione* narażony był na taką sytuację. Umożliwienie MTK sądenia własnych obywateli z tytułu popełnienia przestępstw wymienionych w Statucie Rzymskim nie spotkało się z życzliwą reakcją wielu państw świata. Stroną MTK nie zostało wiele państw afrykańskich, azjatyckich, w tym Chiny i Indie, natomiast sygnatariuszami, którzy następnie wycofali swoje podpisy, były Stany Zjednoczone i Rosja.

Poniższy artykuł ma na celu dokonanie analizy przesłanek wycofania się w 2016 r. Federacji Rosyjskiej (dalej: FR) ze Statutu Rzymskiego. W związku z powyższym egzegezie poddano oficjalne dokumenty i wystąpienia, a także poglądy rosyjskiej doktryny. Tezą artykułu jest stwierdzenie, iż nieprzystąpienie Rosji do MTK nie wynika z przesłanek prawnych, uniemożliwiających je regulacji rosyjskiego prawa krajowego, lecz jest aktem motywowanym politycznie. Tym samym decyzja władz FR z 2016 r. powinna być postrzegana jako jeden z kolejnych aktów kontestowania zachodniocentrycznego porządku prawnomiędzynarodowego.

2. Wybrane kontrowersje wokół MTK

Choć pierwsze prace koncepcyjne w kwestii utworzenia stałego międzynarodowego sądu karnego odbyły się już w II połowie lat 40. XX w., to projekt Statutu MTK przez Komisję Prawa Międzynarodowego Organizacji Narodów Zjednoczonych (dalej: ONZ) został przedstawiony dopiero w 1994 r.² Na przyspieszenie działań i zwołanie w Rzymie w 1998 r. konferencji ONZ w przedmiocie utworzenia MTK niewątpliwym wpływ miały doświadczenia wojen w byłej Jugosławii i Rwandzie, gdzie w obu przypadkach powołano trybunały karne typu *ad hoc*. W czasie konferencji rzymskiej Statut MTK został podpisany przez 139 ze 162 uczestniczących w nich państwach.

Mimo pierwotnego zainteresowania, władze Stanów Zjednoczonych stopniowo przyjęły negatywne stanowisko w sprawie treści Statutu MTK. Uzależniały swoje

¹ Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708).

² Utworzenie takiego organu przewidywała już Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa z 1948 r. (w art. 6). Szerzej: W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2014, s. 592; *Routledge Handbook on International Criminal Law*, red. N. Bernaz, London 2011.

członkostwo od wprowadzenia fakultatywności jurysdykcji MTK, jej uzależnienia od każdorazowej zgody danego państwa oraz możliwości poczynienia przez państwo zastrzeżeń w zakresie zbrodni, które MTK będą podlegać. Władze Stanów Zjednoczonych podpisały Statut MTK 31 grudnia 2000 r., następnie jednak wręcz dążyły do sparaliżowania procesu przystępowania kolejnych podmiotów do Statutu MTK. W maju 2002 r. ogłoszono, że państwo to nie zamierza zostać stroną traktatu (tj. nie dokonają jego ratyfikacji), ostrzegając również niektóre państwa, iż jego przyjęcie przez nie będzie miało negatywny wpływ na stosunki bilateralne³. Ostatecznie MTK rozpoczął funkcjonowanie po uzyskaniu 60. ratyfikacji Statutu 1 lipca 2002 r. Spośród reszty stałych członków Rady Bezpieczeństwa ONZ (dalej: RB ONZ) stroną Statutu została Wlk. Brytania i Francja. Władze Chińskiej Republiki Ludowej zajęły stanowisko negatywne, Rosji zaś – podjęły analizę zagadnienia przyszłych skutków ewentualnego przystąpienia do Statutu MTK, co uczyniły w 2000 r.

Zgodnie ze Statutem MTK w zakresie jego jurysdykcji znajdują się cztery najcięższe zbrodnie międzynarodowe, czyli:

- ludobójstwo (zgodnie z zakresem przedmiotowym Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa z 1948 r.),
- zbrodnie przeciwko ludzkości,
- zbrodnie wojenne,
- zbrodnie agresji⁴.

Międzynarodowy Trybunał Konstytucyjny nie dysponuje wyłączną jurysdykcją ani też priorytetem względem sądów krajowych, który przynależał sądom *ad hoc* w sprawie byłej Jugosławii i Rwandy. Działalność MTK ma charakter subsydiarny, co reguluje art. 17 Statutu. Enumeratywnie wskazuje on na sytuacje, w których MTK nie posiada prawa wszczęcia postępowania. Wnioskując *a contrario* na podstawie wskazanego przepisu, stwierdzić należy, iż wśród przesłanek dopuszczalności znajdują się sprawy, w których:

- właściwy sąd krajowy nie wyraża woli bądź nie jest zdolny do rzeczywistego postępowania karnego;
- nie było przed sądem krajowym prowadzone właściwe, rzetelne postępowanie przygotowawcze, które zakończyło się niewniesieniem oskarżenia;
- dana osoba nie była osądzona za popełnione przestępstwo;
- waga sprawy uzasadnia zaangażowanie MTK⁵.

Odrębnym problemem pozostaje określenie, czy MTK uprawniony jest do działań z własnej inicjatywy, czy też dopiero po uprzednim stwierdzeniu zaist-

³ W. Czaplński, A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 593.

⁴ Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego.

⁵ *Ibidem*.

nienia przesłanek z powyższego katalogu przez inny organ międzynarodowy. Nieprecyzyjne jest ponadto określenie „zbrodnie wojenne” i „zbrodnie agresji”. W kwestii tej ostatniej w czasie przygotowania Statutu MTK wręcz zrezygnowano z wprowadzenia definicji, pozostawiając to do późniejszego doprecyzowania (co zostało uczynione w 2010 r.). Wątpliwości budzi także sprawa współpracy RB ONZ z MTK w przedmiocie stwierdzenia zaistnienia zbrodni agresji. Prerogatywę tę posiada RB ONZ, co w istocie mogłoby oznaczać, iż wszczęcie postępowań przez MTK jest uzależnione od politycznej woli członków tejże Rady⁶.

Wśród innych praktycznych problemów funkcjonowania MTK wskazać również należy działalność prokuratora MTK. Chodzi o nadmierną dyskrecjonalność podejmowanych śledztw⁷. Negatywnie oceniana jest także działalność pierwszego prokuratora MTK (w latach 2003-2012) Argentyńczyka Luisa Moreno Ocampo, który obowiązki sprawował w sposób co najmniej kontrowersyjny. Jego następczyni, sprawująca urząd w latach 2012-2021 Gambijka Fatou Bensouda, również spotkała się z zarzutami braku bezstronności oraz miała bardzo złe relacje z władzami Stanów Zjednoczonych w okresie prezydentury Donalda Trumpa⁸.

Wiele głosów krytycznych pod adresem MTK pochodziło z różnych państw świata. Przedstawiciel rządu Gambii, komentując wystąpienie tego kraju z MTK, stwierdził, że „choć MTK nazywa się sądem międzynarodowym, to jest to faktycznie międzynarodowy sąd rasistowski, stworzony w celu ukarania i poniżenia narodów kolorowych, szczególnie Afrykańczyków”⁹. John Bolton, będący w 2018 r. doradcą ówczesnego prezydenta Stanów Zjednoczonych Donalda Trumpa, określił MTK mianem „absolutnie niebezpiecznego sądu”¹⁰.

Skupienie uwagi MTK na Afryce i wydarzeniach w takich państwach jak DR Kongo, Kenia, Mali, Sudan czy Uganda sprawiło, że Unia Afrykańska uchwaliła „Strategię wyjścia z MTK”¹¹. Akt ten zawiera rekomendację dla jej członków, by „skorzystały z suwerennego prawa” i opuściły MTK w trybie przewidzianym przez Konwencję Wiedeńską o Prawie Traktatów z 1969 r. (dalej: KWPT).

⁶ Szerzej: M. Płachta, *Międzynarodowy Trybunał Karny*, Kraków 2004.

⁷ C. Stahn, *A Critical Introduction to International Criminal Law*, Cambridge 2019, s. 279.

⁸ *U.S. revokes ICC prosecutor's entry visa over Afghanistan investigation*, <https://www.reuters.com/article/us-usa-icc-prosecutor/u-s-revokes-icc-prosecutors-entry-visa-over-afghanistan-investigation-idUSKCN1RG2NP?il=0> [dostęp: 20.10.2021].

⁹ *Гамбия вышла из Международного уголовного суда*, https://lenta.ru/news/2016/10/26/icc_quit [dostęp: 6.10.2021].

¹⁰ *John Bolton threatens war crimes with sanctions in virulent attack*, „The Guardian” z 10.09.2018 r.

¹¹ *African Union Withdrawal Strategy Document*, https://www.hrw.org/sites/default/files/supporing_resources/icc_withdrawal_strategy_jan._2017.pdf [dostęp: 6.10.2021].

3. Stanowisko władz Rosji w przedmiocie przystąpienia do MTK i jego działalności

Współczesne prawo FR, podobnie jak prawo większości państw, jest otwarte na prawo międzynarodowe i jest mu przychylnie. Zasadę tę wprowadza art. 15 ust. 4 konstytucji FR, który głosi, że „powszechnie uznane zasady i normy prawa międzynarodowego i traktaty międzynarodowe FR są częścią składową jej systemu prawnego”¹². Z przepisu wynika, że traktaty międzynarodowe, jako część porządku prawnego, podlegają bezpośredniemu stosowaniu (choć nie są obligatoryjnie samowykonalne). Warunkiem jest skuteczne włączenie danego traktatu do krajowego obrotu prawnego. Artykuł 17 ust. 1 konstytucji stanowi, że „w FR uznaje się i gwarantuje prawa i wolności człowieka zgodnie z ogólnie przyjętymi zasadami i normami prawa międzynarodowego i niniejszą konstytucją”. Z kolei art. 79 rosyjskiej ustawy zasadniczej głosi, że „FR może uczestniczyć w organizacjach międzypaństwowych i przekazywać im część swoich kompetencji zgodnie z umowami międzynarodowymi, jeśli nie pociąga to za sobą ograniczenia praw i wolności człowieka i obywatela i nie jest sprzeczne z podstawami ustroju konstytucyjnego FR”. Oznacza to, że konstytucja FR dopuszcza możliwość delegowania niektórych funkcji władczych, właściwych organom państwowym, organom międzynarodowym, do których zaliczyć można także MTK.

Władze FR Statut Rzymski podpisały w 2000 r., jednak w kolejnych latach nie następowała jego ratyfikacja. Ogląd rosyjskiego prawa w kontekście jego zgodności ze stypulacjami Statutu Rzymskiego prowadzi do konkluzji, iż pomiędzy nimi nie ma poważnych kolizji utrudniających ratyfikację¹³. Wzrost napięcia w stosunkach politycznych pomiędzy Rosją a państwami Zachodnimi, szczególnie po 2008 r., gdy część państw Zachodu dokonała uznania suwerenności państwowej Kosowa, niejako zaś w odpowiedzi Rosja podobny krok uczyniła w stosunku do Abchazji i Osetii Południowej, wzmocnił jednak dyskusję o celowości przystępowania FR do MTK.

Na początku 2016 r. prokurator MTK rozpoczął śledztwo dotyczące konfliktu w Osetii Południowej, separatystycznej prowincji Gruzji, od 1 lipca do 10 października 2008 r., stwierdzając, że „są uzasadnione podejrzenia, że w sytuacji związanej z Gruzją mogły być popełnione przestępstwa podlegające jurysdykcji MTK”¹⁴. Prokurator wskazał, że choć organy sądowe Rosji i Gruzji podjęły śledztwo, to

¹² Конституция Российской Федерации, <http://www.constitution.ru/> [dostęp: 1.09.2021 r.].

¹³ Szerzej: Н. Сафаров, *Обзор законодательства стран Содружества независимых государств на соответствие Статуту Международного уголовного суда*, <https://www.icrc.org/ru/doc/assets/files/other/cis.pdf> [dostęp: 1.10.2021].

¹⁴ ICC-01/15 (*Situation in Georgia*), <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/15-1> [dostęp: 5.09.2021].

w marcu 2015 r. zostało ono w Gruzji zawieszono (*suspended*), oraz wezwał obie strony do współpracy z MTK. W odpowiedzi Ministerstwo Spraw Zagranicznych FR wydało oświadczenie, że prokuratorowi MTK przekazało 15 tysięcy dokumentów, „które nie spowodowały reakcji”, a „działania i rozkazy strony gruzińskiej w czasie konfliktu nie są przedmiotem zainteresowania prokuratury MTK. W tej sytuacji nie można mówić o zaufaniu do MTK”¹⁵. Sprawa konfliktu pięciodniowego w Gruzji była pierwszą nieafrykańską sprawą podjętą przez MTK. To, a także postrzeganie postawy sądu jako *a priori* nieprzychylniej Rosji spowodowało negatywną reakcję nie tylko władz FR, ale także rosyjskich kręgów naukowych¹⁶.

W raporcie z działań przygotowawczych prokuratury MTK w sprawie wydarzeń na Krymie i wschodzie Ukrainy z listopada 2016 r. wskazano, że „kancelaria prokuratora musi dokonać oceny stanu faktycznego i prawnego, w tym stosowność prawa konfliktów zbrojnych odnośnie do sytuacji na Ukrainie od dnia 20 lutego 2014 roku w celu stwierdzenia istnienia podstaw do wszczęcia śledztwa”¹⁷.

Prezydent FR 16 listopada 2016 r. podpisał rozporządzenie 361-rp „O zamiarze FR nie stać się stroną Statutu Rzymskiego MTK”¹⁸. KWPT przewiduje taką czynność jak „notyfikacja zamiaru nie zostania stroną traktatu” (art. 25 ust. 2 KWPT) w sytuacji, gdy traktat stosowany był przez dane państwo tymczasowo. Choć Statut Rzymski nie był przez FR nigdy stosowany (został on jedynie podpisany w 2000 r.), to użycie powyższego sformułowania nie wydaje się zabronione. Na marginesie wskazać należy, że na analogiczny krok już w 2002 r. zdecydowały się władze Stanów Zjednoczonych. W związku z tym, że Statut Rzymski stanowi, iż dla jego wejścia w życie wymagana jest ratyfikacja przewidziana przepisami prawa krajowego, FR stroną tegoż dokumentu nigdy nie była. Jedyne obowiązki, który FR ma względem Statutu Rzymskiego, to obowiązek nienaruszania przedmiotu umowy, co wynika z przepisu art. 18 KWPT.

¹⁵ *Заявление МИД России*, www.mid.ru/ru/press_service/spokesman/official_statement/-/asset_publisher/t2GCdmD8RNlr/content/id/2523566 [dostęp: 5.09.2021].

¹⁶ Г. Богуш, *Расследование Международным уголовным судом ситуации в Грузии: вопросы и ответы*, https://zakon.ru/blog/2016/04/07/rassledovanie_mezhdunarodnym_ugolovnym_sudom_situacii_v_gruzii_voprosy_i_otvety_42817 [dostęp: 1.09.2021]; А.С. Исполников, *Россия и Международный уголовный суд: конец эпохи романтических иллюзий*, https://zakon.ru/blog/2016/11/17/rossiya_i_mezhdunarodnyj_ugolovnyj_sud_konec_epohi_romanticheskikh_illyuzij [dostęp: 1.09.2021].

¹⁷ *Отчет о действиях по предварительному расследованию (2016 г.)*, www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE-Ukraine.pdf [dostęp: 1.10.2021]. Na marginesie wskazać należy, że Ukraina, podobnie jak i FR, Statut Rzymski podpisała w 2000 r., jednak następnie go nie ratyfikowała. W związku z istniejącym od 2014 r. konfliktem z FR, Ukraina uznała jurysdykcję *ad hoc* MTK. Jest to zgodne z art. 12 Statutu Rzymskiego.

¹⁸ *Распоряжение Президента Российской Федерации от 16.11.2016 г. № 361-рп О намерении Российской Федерации не стать участником Римского статута Международного уголовного суда*, <http://www.kremlin.ru/acts/bank/41387> [dostęp: 15.10.2021].

W towarzyszącym czynności prezydenta FR komunikacie Ministerstwa Spraw Zagranicznych FR stwierdzono, że

MTK nie zrealizował pokładanych w nim nadziei i nie stał się autentycznie niezależnym, posiadającym autorytet organem sądownictwa międzynarodowego. Ogółem na różnych forach, w tym Zgromadzeniu Ogólnym i Radzie Bezpieczeństwa ONZ wskazywano na nieefektywną i stroniczą pracę Sądu w prowadzonych sprawach. Unaocznia to fakt, że w ciągu 14 lat działalności MTK wydał 4 wyroki, wydając przy tym ponad 1 miliard USD¹⁹.

4. Stanowisko rosyjskiej doktryny w przedmiocie przystąpienia do MTK

Wyłożenie do podpisu Statutu Rzymskiego i konstrukcja prawna nowo powstającego MTK spotkała się – co dość oczywiste – z dużym rezonansem w rosyjskiej doktrynie prawa międzynarodowego i konstytucyjnego. Podobnie jak w innych państwach, najwięcej kontrowersji wzbudzała kwestia zgodności obowiązku przekazywania MTK przez państwo będące stroną Statutu Rzymskiego osoby podejrzanej z regulacją konstytucyjną FR stanowiącą, iż „obywatel FR nie może być wydany poza granice FR lub wydany innemu państwu” (art. 61 ust. 1 konstytucji FR).

Wątpliwości również budziła kwestia tego, czy przepis przywoływany wyżej art. 79 konstytucji, głoszący, że „FR może uczestniczyć w organizacjach między państwowych i przekazywać im część swoich kompetencji zgodnie z umowami międzynarodowymi, jeśli [...] nie jest to sprzeczne z podstawami ustroju konstytucyjnego FR” dopuszcza możliwość uznania jurysdykcji sądownictwa międzynarodowego. Niektórzy prawnicy wskazywali, że przepis ten należy interpretować w związku z art. 11 ust. 1 i art. 118 konstytucji²⁰. Pierwszy z nich stanowi, że „władzę państwową w FR sprawują [...] sądy FR”, drugi, w ust. 1, że „wymiar sprawiedliwości w FR sprawuje wyłącznie sąd”. Oczywiście kwestia ta dotyczy również innych państw i ich regulacji odnośnie do wyłączności jurysdykcji oraz wymogu państwa prawa, by sądownictwo sprawowane było wyłącznie przez sądy. Zarówno przedstawiciele doktryny innych państw, jak i rosyjskiej w znakomitej większości skłaniają się ku pogładowi, że uznanie jurysdykcji MTK nie jest naruszeniem norm głoszących o wyłączności sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez sądy (w domyśle: krajowe).

W przedmiotowej kwestii przywołać można przepis art. 27 KWPT, który stanowi, że normy prawa krajowego nie mogą być przywoływane w celu uzasadnienia niewywiązywania się z przyjętych zobowiązań prawnomiędzynarodowych.

¹⁹ В МИД России заявили, что МУС так и не стал авторитетным органом правосудия, <https://ria.ru/20161116/1481490728.html> [dostęp: 20.10.2021].

²⁰ Л.А. Лазутин, М.А. Лихачев, *Международный уголовный суд и Россия: быть или не быть вместе*, „Московский журнал международного права” 2019, nr 4, s. 46-60.

Z drugiej strony jednak przyjąć należy, że o ile obowiązki wynikające z traktatów mają priorytet względem ustawodawstwa krajowego, o tyle nie jest to oczywiste w przypadku kolizji z normami konstytucyjnymi. Rosyjska judykatura, szczególnie Sąd Konstytucyjny w orzeczeniu w sprawie skuteczności prawnej orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z lipca 2015 r., stoi na stanowisku priorytetu norm konstytucyjnych jako zawartych w akcie posiadającym najwyższą rangę²¹.

Rosyjscy prawnicy wskazywali również na sprzeczność wyłączenia zasady *ne bis in idem* na podstawie art. 20 Statutu Rzymskiego z treścią art. 50 ust. 1 konstytucji FR. Wspomniany przepis Statutu Rzymskiego stipuluje, że powtórne sądenie osoby przez MTK jest możliwe w przypadku, gdy krajowe postępowanie sądowe toczyło się w celu uniewinnienia danej osoby lub kiedy postępowanie sądowe nie spełniało kryterium obiektywności i bezstronności. Przepisy ustawy zasadniczej FR z kolei wyjątków od stosowania zasady *ne bis in idem* nie przewidują. Artykuł 108 Statutu Rzymskiego zaś może być postrzegany jako naruszający zasadę suwerenności i niezależności krajowych organów sądowych. Wynika to z faktu, iż wspomniany przepis wymaga, by krajowe sądy ubiegały się o zgodę MTK na sądenie osoby uprzednio skazanej przez MTK w innych sprawach. Natomiast art. 105 Statutu Rzymskiego przewiduje, że wyrok MTK pozbawiający wolności jest obowiązkowy do wykonania przez wszystkie państwa będące stroną Statutu i nie może zostać zmieniony w jakikolwiek sposób. Z kolei konstytucja FR w art. 50 ust. 3 gwarantuje każdemu skazanemu prawo ubiegania się o ułaskawienie lub skrócenie kary. Ogółem rosyjska doktryna wskazane kolizje uznawała za istotne, aczkolwiek nie niemożliwe do rozwiązania.

Kończąc tę część rozważań, odnotować należy, że przedstawiciele rosyjskiej nauki prawa międzynarodowego nie deprecjonują całkowicie roli i znaczenia MTK dla społeczności międzynarodowej²². Wśród argumentów na rzecz tezy o unikalności i wyjątkowym znaczeniu MTK wymienia się trzy następujące. Po pierwsze, podstawę prawną powołania MTK stanowi Statut Rzymski, a więc odrębny traktat międzynarodowy, podpisywany i obowiązujący poszczególne państwa zgodnie z KWPT, a nie rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ. W odróżnieniu od poprzedników MTK, trybunałów do spraw byłej Jugosławii i Rwandy, które powstawały bez zgody tychże państw i sprawowały nad ich obywatelami jurysdykcję karną, przystąpienie do Statutu Rzymskiego i przyjęcie jurysdykcji MTK jest suwerenną decyzją poszczególnych państw. Po drugie, Komisja Prawa Międzynarodowego ONZ nad tekstem Statutu Rzymskiego pracowała około 50 lat, uwzględniając za-

²¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 14.07.2015 N 21-П, www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_182936/ [dostęp: 6.10.2021].

²² А.Ю. Скуратова, *Россия и Римский статут Международного уголовного суда*, „Московский журнал международного права” 2016, nr 4, s. 125-137.

równy wcześniejsze doświadczenia trybunałów wojennych (w tym norymberskiego i tokijskiego), ale także uwzględniając normy kluczowych dokumentów prawa humanitarnego, w tym Konwencję w sprawie ścigania i karania zbrodni ludobójstwa z 1948 r., konwencje genewskie z 1949 r. i towarzyszące im protokoły dodatkowe z 1977 r. oraz Konwencję o niestosowaniu przedawnienia wobec zbrodni wojennych i zbrodni przeciw ludzkości z 1968 r. Po trzeciej, zgodnie ze Statutem Rzymskim (art. 17) jurysdykcja MTK posiada charakter uzupełniający względem sądów krajowych i może być uruchomiona wyłącznie w określonych przypadkach, w szczególności gdy sądy krajowe nie mogą właściwie funkcjonować lub nie są bezstronne i obiektywne. Tym samym przesłanką dopuszczalności sprawy przed MTK są wyłącznie nadzwyczajne sytuacje, nie jest on sądem pierwszej instancji.

Jednocześnie podkreśla się, że w obecnej sytuacji MTK jest instytucją upolitycznioną i nieefektywną. Niektórzy rosyjscy prawnicy twierdzą, że „MTK pojawił się przedwcześnie”, tj. na obecnym etapie społeczność międzynarodowa nie dojrzała do realizacji szlachetnego zamiaru stworzenia instytucji międzynarodowego sądownictwa karnego. Przekonanie to poniekąd koresponduje ze znanym sformułowaniem Petera DeStefano, pochodzącym jeszcze z lat 70. XX wieku, że prawo międzynarodowe publiczne wciąż znajduje się w fazie przejścia pomiędzy prymitywnym a bardziej zaawansowanym stanem rozwoju²³.

5. Szerszy kontekst: odejście Rosji od zachodniocentrycznego porządku prawnomiędzynarodowego

Przedstawione powyżej okoliczności skłaniają ku sformułowaniu tezy o jednoznacznie politycznej motywacji władz FR w przedmiocie wycofania podpisu spod Statutu Rzymskiego. Na rzecz tezy tej przemawiają również inne fakty. Z ich analizy wyłania się obraz stopniowego wycofywania się Rosji i kontestowania przez nią aktualnego porządku międzynarodowego. Jest to przede wszystkim polityczne odrzucenie dominacji Zachodu i wykształconego po zakończeniu tzw. zimnej wojny ładu unipolarnego z wiodącą rolą Stanów Zjednoczonych. Wskazać należy, że po rozpadzie Związku Radzieckiego, którego kontynuatorką w rozumieniu prawnomiędzynarodowym jest FR, jej władze nie podważały kształtującego się wówczas porządku. Potwierdzeniem tego stanu rzeczy jest fakt, iż Konstytucja FR z 1993 r. stypuluje trójpodział władzy, ochronę praw człowieka, państwo to stało się stroną głównych dokumentów w zakresie nierozprzestrzeniania broni, wstąpiło do Rady Europy, jest stroną Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: EKPCz). Sytuacja zaczęła się zmieniać w czasie drugiej kadencji Władimira Putina (2004-

²³ P.L. DeStefano, *The Emerging Moral Framework of International Law*, „Fordham International Law Journal” 1977, vol. 1, nr 1, s. 17.

2008), gdy sformułowano doktrynę „suwerennej demokracji”. Stanowiła ona, że Rosja ma prawo samodzielnie określać swój ustrój państwowy (tj. w sposób odrębny od wzorców demokracji liberalnej) oraz kształtować stosunki międzynarodowe²⁴.

„Suwerenna demokracja” dała asumpt do odrodzenia i jawnego manifestowania antyzachodnich nastrojów wśród pewnej części środowisk akademickich. W istocie na nowo powrócił będący jednym z fundamentów tożsamości narodowej Rosjan spór o wzajemne relacje Rosji z Zachodem, jedność bądź odrębność cywilizacyjną. Odrębność ta na gruncie doktryny prawa międzynarodowego publicznego ma w Rosji długotrwałą tradycję²⁵. W efekcie w kolejnych latach po 2008 r. „suwerenna demokracja” odcisnęła piętno na prawnym aspekcie uczestnictwa Rosji w obrocie międzynarodowym. Wskazać w tym miejscu należy na antyzachodnią w swym wydźwięku rosyjsko-chińską deklarację promocji prawa międzynarodowego²⁶ czy sposób uzasadnienia aneksji Krymu w 2014 r.²⁷ Jej najnowszym ucieleśnieniem była nowelizacja rosyjskiej ustawy zasadniczej z 2020 r., która m.in. jednoznacznie zdefiniowała miejsce aktów prawa międzynarodowego w hierarchii źródeł prawa krajowego oraz reguły kolizyjne²⁸. Przez część specjalistów nowelizacja ta odebrana została jako akt „wzmocnienia suwerenności i ochrony przed »podmywaniem« go przez normy tak zwanego »prawa międzynarodowego«”²⁹.

Symptomatyczne jest aktualnie wyrażane stanowisko rosyjskiej doktryny w kwestii dalszego uczestnictwa FR w EKPCz, aktu przyjętego pod auspicjami Rady Europy, której to Rosja jest członkiem od lutego 1996 r. Podnosi się, że obowiązki wynikające z EKPCz są sprzeczne z zasadami współpracy Rosji (jako sukcesorki Związku Radzieckiego) z państwami europejskimi w dziedzinie ochrony praw człowieka zawartymi w Akcie Końcowym Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie³⁰. Wskazuje się także, że Rada Europy oraz EKPCz jest emanacją „ak-sjologicznych mitów Zachodu” szkodliwych dla społeczeństw, w tym: destrukcyjnej koncepcji praw człowieka (wolność jako dopuszczalność wszystkiego), odrzucenia ideologii państwowej, afirmacji wolnego rynku i własności, sprowadzenia istoty

²⁴ Szerzej: R. Czachor, „Suwerenna demokracja”: geneza, treść, krytyka współczesnej rosyjskiej myśli polityczno-prawnej, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2020, t. 42, nr 3, s. 47-69.

²⁵ L. Mälksoo, *Russian Approaches to International Law*, New York 2015.

²⁶ A. Roberts, *Is International Law International?*, New York 2017.

²⁷ O. Zadorozhni, *Russian Doctrine of International Law after the Annexation of Crimea*, Kyiv 2016.

²⁸ Szerzej: R. Czachor, *Reforma konstytucyjna w Federacji Rosyjskiej w 2020 roku*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2021, nr 3 (61), s. 261-276.

²⁹ Е. Панина, *Причины конституционной реформы – внешнеполитический аспект*, <https://regnum.ru/news/polit/2989847.html> [dostęp: 20.10.2021].

³⁰ А.Ю. Новосельцев, К.В. Степанюгин, *Участие России в Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод*, „Московский журнал международного права” 2021, nr 1, s. 49.

demokracji do organizacji wyborów³¹. W związku z powyższym uczestnictwo FR w pejoratywnie interpretowanym globalnym konstytucjonalizmie określane jest jako zagrożenie dla tożsamości i kultury narodowej³².

Powyższe wydarzenia można interpretować jako wyraz pewnego rodzaju rozczarowania okresem politycznego i prawnego zbliżenia FR z państwami Zachodu w latach 90. Ich dalszy przebieg, w tym możliwe ograniczenie współpracy z Radą Europy wypowiedzenie EKPCz, zależeć będzie od skali napięcia w stosunkach dwustronnych.

6. Zakończenie

Podjęta w 2016 r. decyzja prezydenta FR o nieratyfikowaniu Statutu Rzymskiego z 1998 r. i wycofanie złożonego pod nim podpisu nie jest precedensowa, na podobny krok bowiem zdecydowały się m.in. władze Stanów Zjednoczonych. Wiele innych państw, w tym szczególnie narażonych na konflikty: bliskowschodnich, afrykańskich, a także postradzieckich, w ogóle nie jest stroną rzeczzonego dokumentu. Podkreślić jednak należy, że Statut Rzymski i powstały na jego mocy MTK jest pierwszą próbą stworzenia ogólnoswiatowego organu sądownictwa karnego, sądzącego osoby odpowiedzialne za najcięższe przestępstwa przeciwko prawu międzynarodowemu. Brak wśród członków MTK szczególnie aktywnych na niwie stosunków międzynarodowych państw, w tym FR, Stanów Zjednoczonych i Chin, obniża nie tylko jego rangę, lecz również polityczną motywację do efektywnego wykonywania nałożonych na niego obowiązków.

Jak wskazano wyżej, w przypadku Rosji nie zachodziły prawne przesłanki, które uniemożliwiałyby ratyfikację Statutu Rzymskiego. Podniesione zarówno przez władze FR w oficjalnych oświadczeniach powody, jak i stanowisko rosyjskiej doktryny dowodzą tezy, że przyczyny te mają na wskroś polityczny charakter. Odbudowa międzynarodowej pozycji FR dokonuje się także poprzez własne interpretowanie niektórych zasad i norm prawa międzynarodowego, negowanie niektórych jego instytucji. Niewykluczone, że kolejnym krokiem po decyzji o nieprzystępowaniu do MTK będzie wypowiedzenie przez władze Rosji EKPCz, a nawet zawieszenie bądź rezygnacja z członkostwa w Radzie Europy.

³¹ М.Н. Марченко, *События 90-х годов XX века в России и их последствия для страны, „Государство и право”* 2017, nr 4, s. 17-23.

³² И.Н. Барциц, *Конституционная мифология: возникновение, предназначение и практика применения, „Государство и право”* 2018, nr 12, s. 56-70; В.В. Гончаров, *Государственный суверенитет и глобальный конституционализм: вопросы соотношения, „Юридическая наука”* 2017, nr 3, s. 37-44.

Literatura

- Czachor R., *Reforma konstytucyjna w Federacji Rosyjskiej w 2020 roku*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2021, nr 3(61).
- Czachor R., „*Suwerenna demokracja*”: geneza, treść, krytyka współczesnej rosyjskiej myśli polityczno-prawnej, „*Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem*” 2020, t. 42, nr 3.
- Czapliński W., Wyrozumsk A., *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2014.
- DeStefano P.L., *The Emerging Moral Framework of International Law*, „*Fordham International Law Journal*” 1977, vol. 1, nr 1.
- John Bolton threatens war crimes with sanctions in virulent attack*, „*The Guardian*” z dn. 10.09.2018 r.
- Mälksoo L., *Russian Approaches to International Law*, New York 2015.
- Plachta M., *Międzynarodowy Trybunał Karny*, Kraków 2004.
- Roberts A., *Is International Law International?*, New York 2017.
- Routledge Handbook on International Criminal Law*, red. N. Bernaz, London 2011.
- Stahn C., *A Critical Introduction to International Criminal Law*, Cambridge 2019.
- U.S. revokes ICC prosecutor's entry visa over Afghanistan investigation*, <https://www.reuters.com/article/us-usa-icc-prosecutor/u-s-revokes-icc-prosecutors-entry-visa-over-afghanistan-investigation-idUSKCN1RG2NP?il=0>.
- Zadorozhnyi O., *Russian Doctrine of International Law after the Annexation of Crimea*, Kyiv 2016.
- В МИД России заявили, что МУС так и не стал авторитетным органом правосудия*, <https://ria.ru/20161116/1481490728.html>.
- Барциц И.Н., *Конституционная мифология: возникновение, предназначение и практика применения*, „*Государство и право*” 2018, nr 12.
- Богуш Г., *Расследование Международным уголовным судом ситуации в Грузии: вопросы и ответы*, https://zakon.ru/blog/2016/04/07/rassledovanie_mezhdunarodnym_ugolovnym_sudom_situacii_v_gruzii_voprosy_i_otvety_42817.
- Гамбия вышла из Международного уголовного суда*, https://lenta.ru/news/2016/10/26/icc_quit.
- Гончаров В.В., *Государственный суверенитет и глобальный конституционализм: вопросы соотношения*, „*Юридическая наука*” 2017, nr 3.
- Исполинов А.С., *Россия и Международный уголовный суд: конец эпохи романтических иллюзий*, https://zakon.ru/blog/2016/11/17/rossiya_i_mezhdunarodnyj_ugolovnyj_sud_konec_epohi_romanticheskikh_illyuzij.
- Лазутин Л.А., Лихачев М.А., *Международный уголовный суд и Россия: быть или не быть вместе*, „*Московский журнал международного права*” 2019, nr 4.
- Марченко М.Н., *События 90-х годов XX века в России и их последствия для страны*, „*Государство и право*” 2017, nr 4.
- Новосельцев А.Ю., Степанюгин К.В., *Участие России в Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод*, „*Московский журнал международного права*” 2021, nr 1.
- Панина Е., *Причины конституционной реформы – внешнеполитический аспект*, <https://regnum.ru/news/polit/2989847.html>.
- Сафаров Н., *Обзор законодательства стран Содружества независимых государств на соответствие Статуту Международного уголовного суда*, <https://www.icrc.org/ru/doc/assets/files/other/cis.pdf>.
- Скурагова А.Ю., *Россия и Римский статут Международного уголовного суда*, „*Московский журнал международного права*” 2016, nr 4.

Akty prawa krajowego i międzynarodowego, orzecznictwo i inne dokumenty

African Union Withdrawal Strategy Document, https://www.hrw.org/sites/default/files/supporting_resources/icc_withdrawal_strategy_jan._2017.pdf.

ICC-01/15 (Situation in Georgia), <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/15-1>.
Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708).

Заявление МИД России, www.mid.ru/ru/press_service/spokesman/official_statement/-/asset_publisher/t2GCdmD8RNlr/content/id/2523566.

Конституция Российской Федерации, <http://www.constitution.ru/> [dostęp: 1.09.2021].

Отчет о действиях по предварительному расследованию (2016 г.), www.icc-cpi.int/iccdocs/otr/161114-otr-rep-PE-Ukraine.pdf.

Постановление Конституционного Суда РФ от 14.07.2015 N 21-П, www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_182936/.

Распоряжение Президента Российской Федерации от 16.11.2016 г. № 361-рп О намерении Российской Федерации не стать участником Римского статута Международного уголовного суда, <http://www.kremlin.ru/acts/bank/41387>.

Adam Jakuszewicz

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy

ORCID 0000-0002-7094-5822

jakuszewicz@ukw.edu.pl

Protection of Climate Migrants from Small Island Developing States of the Pacific Region

Keywords: climate migration, economic migration, Small Developing Island States, migration policy

Summary: One of the negative effects of climate change is the sea-level rise that in combination with other environmental factors poses a threat to the very existence of some small island states situated in the Pacific region. In case of a direct threat of the complete sinking of these territories all their inhabitants will have to be displaced to other countries. The objective of this paper is to discuss migration from small island states as a specific case of climate migration and to identify basic principles on which the international cooperation aimed at providing this category of migrants with effective assistance could rest. The author is of the view that the most adequate and viable mechanisms of international cooperation in this area are bilateral or regional agreements that would constitute a legal basis for long-term migration projects carried out within the broader context of adaptation to climate change.

Ochrona migrantów klimatycznych z Małych Rozwijających się Państw Wyspiarskich regionu Pacyfiku

Słowa kluczowe: migracje klimatyczne, małe państwa wyspiarskie, polityka migracyjna

Streszczenie: Jednym z negatywnych następstw zmian klimatu jest wzrost poziomu oceanów, który w połączeniu z innymi czynnikami środowiskowymi stanowi zagrożenie istnienia niektórych państw wyspiarskich regionu Pacyfiku. W przypadku bezpośredniego niebezpieczeństwa całkowitego zatopienia wskazanych terytoriów wszyscy mieszkańcy będą musieli zostać przesiedleni do innych państw. Celem niniejszego opracowania jest ukazanie migracji z małych państw wyspiarskich jako szczególnego przypadku migracji klimatycznej oraz sformułowanie podstawowych zasad, na jakich miałyby się opierać efektywna współpraca międzynarodowa, mająca na celu udzielenie tej kategorii migrantom skutecznej pomocy. Zdaniem autora najbardziej adekwatną formą współpracy międzynarodowej w tym zakresie są porozumienia dwustronne lub regionalne, które stanowiłyby podstawę prawną długofalowych projektów migracyjnych wpisujących się w szerszy kontekst innych działań adaptacyjnych do skutków zmian klimatu.

1. Introduction

Already in 1990 The Intergovernmental Panel on Climate Change noted that the effects of climate change will be particularly severe for developing countries, in-

cluding small island developing states (hereinafter: SIDS) of the Pacific region that are facing the threat of being inundated due to sea-level rise and storm surge¹. Apart from sea-level rise and concomitant flooding, the climate change related hazards that occur in the Pacific region include extreme weather phenomena such as, change in precipitation patterns, droughts, and storm surges from tropical cyclones and hurricanes.

The high vulnerability of SIDS to the effects of climate change and their little adaptive capacities result from a cumulative effect of multiple environmental, geographic, economic and demographic factors that include concentration of population and infrastructure in coastal areas threatened by inundations and/or complete submergence; the considerable population growth²; small territory and concomitant scarcity of land that could be used for agriculture and/or inner-state resettlement from endangered coastal areas; destruction of crucial elements of infrastructure situated in coastal areas due to extreme weather phenomena and natural disasters that hinders economic growth; peripheral location, which makes the flow of persons and goods difficult; accelerated land erosion and increasing salination of arable land resulting in serious shortages of water both for consumption and for agricultural purposes; extensive destruction of coral reefs with its ensuing impact on tourism, fishing and protection against major sea-level surges; the limited financial and technological resources³.

Furthermore, due to the above factors some SIDS will become inhabitable long before they physically disappear. In such situation the entire population will have to be relocated to other countries⁴. It also should be noted that in case of sovereign island states the complete loss of territory will be tantamount to the termination of their very existence as subjects of international law⁵. The inhabitants of

¹ Intergovernmental Panel on Climate Change, *IPCC First Assessment Report Overview and Policymaker Summaries and 1992 IPPC Supplement*, June, 1992, p. 55, <https://www.ipcc.ch/report/climate-change-the-ipcc-1990-and-1992-assessments/> [access: 30.05.2021].

² For instance, Vanuatu, Solomon Islands and Marshall Islands have population increase rates that apart from some African countries are among the highest in the world. If this rates of natural increase is sustained over a long time, the population of these countries will double in 27 years, which in turn will place a substantial burden to each countries' resources and social infrastructure. See: C. Corendea, *Legal Protection of the Sinking Islands Refugees*, Lake Mary 2016, p. 132.

³ M.J. Bush, *Climate Change Adaptation in Small Island Developing States*, Toronto 2018, pp. 1-18.

⁴ C. Corendea, *op. cit.*, p. 27.

⁵ The notion of statehood in international law was defined in Article 1 of the Montevideo Convention on the Rights and Duties of States of 1933. Under this provision, "[t]he state as a person of international law should possess the following qualifications: (a) a permanent population; (b) a defined territory; (c) government; and (d) capacity to enter into relations with the other states". Although the quoted Convention is a regional instrument, the constitutive elements of the state laid down therein are commonly recognised as a customary norm of international law. As far as SIDS are concerned, it is highly probable that their statehood will terminate not at the moment of the

SIDS are thus on the verge of losing everything they have; not only their homes and livelihoods, but also their cultural heritage and their states. In the event their territories are submerged, residents of SIDS will lose their right to self-determination, right to a nationality and all the rights that are derived therefrom⁶. In consequence, the population displaced from territories threatened with submergence will become stateless, unless they are naturalised by the receiving states. Paradoxically, the small island nations are among those least able to take countermeasures against climate changes and the least culpable from the standpoint of contributing to warming trends as their carbon footprint is negligible compared with inhabitants of the Global North (and emerging economies of Global South) who live the profligate life⁷.

Given the lack of possibility of internal migration, the population of sinking island states will have to rely on aid of other countries. However, for the time being, the international community has not recognised the category of climate migrants and in consequence has not created any legal mechanisms for their protection. The objective of this paper is to examine the validity of reasons for granting migrants from SIDS as a special legal status under international law, as well as to formulate basic principles of the effective international cooperation aimed at providing to this category of migrants an adequate assistance.

2. Resettlements from SIDS as a special case of climate migration

Currently, climate change is the main reason for relocation in the world. According to International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies within the time span of 6 months (from September 2020 to February 2021) around 10.3 mil-

complete submergence of their territory, but rather when it becomes completely inhabitable, which will entail the loss of the other qualities of statehood. It should also be noted that the legal effects of the termination of the existence of a state due to environmental factors are not regulated by international law. Specifically, this situation is not covered by general rules applicable to formation and succession of states. In order to fill this lacuna, in scholarly literature some proposals designed to ensure the continuity of international subjectivity of the physically disappeared island state have been put forward. These solutions range from cession of land to displaced communities by other states to forming de-territorialised internationally recognised entities modelled on status of Sovereign Military Order of Malta. See: A. Jakuszewicz, *Endangered Statehood of Sinking Island States: A Legal Challenge to the International Community*, [in:] *Oceania. An Important Part of the Pacific*, ed. D. Zdziech, Kraków 2018, p. 171 *et seq.*

⁶ However, it should be noted that the threat of complete disappearance concerns not only some sovereign states, especially Tuvalu, Kiribati and the Republic of the Marshall Islands, but also some dependent territories, in particular Cocos Islands or Tokelau.

⁷ S. Atapattu, *Human Rights Approaches to Climate Changes. Challenges and Opportunities*, London 2016, p. 230.

lion people were forced to be internally (i.e. within their home countries) displaced due to disasters related to climate change. By comparison, within the same period the number of people who abandoned their homes due to military conflicts and political instability, which is the second main reason for migration, amounted to 2.3 million⁸. Moreover, the effects of climate change aggravate existing push factors like poverty or wars, which makes the situation even worse⁹. The estimates of the scale of climate migration in the future are very divergent and range from 50 to 250 million in 2050. As far as Oceania is concerned, it is estimated that in 2050 the number of climate migrants will amount to 600 000 on the assumption that the population of this region will reach 20 million¹⁰. These predictions depend on underlying assumptions on many uncertain variables such as population growth, timing and degree of climate change impacts or the level of economic development that determines the adaptive capacity of a country to climate change. For this reason the exact or even approximate number of people that will have to be displaced in the future as a result of climate change related disasters cannot be estimated. Nevertheless, most scholars agree on the general trend that the 21st century will be the time of large-scale forced migrations that will affect millions of people, especially in Africa and Asia¹¹. Taking the above into account, the statement that “the international community seems to be on the verge of a massive humanitarian catastrophe in the making”¹² cannot be regarded as exaggerated. As a consequence, the displacement of the population of SIDS, despite its peculiarities, should be seen in a broader context, that is as a part of a global challenge of the international community to find comprehensive political solutions and create effective legal mechanisms designed to ensure adequate protection of climate migrants.

The fundamental issue to be decided when designing mechanisms for the protection of climate migrants is to create an adequate definition of the concept of “climate migrants”. This implies the need to provide rational grounds for granting to climate migrants some special rights that could not be claimed by other groups of migrants, in particular by persons that decide to migrate for solely economic reasons. The creation of an adequate and at the same time politically acceptable definition of climate migrants is fraught with various difficulties. First of all in many cases individual migration decisions of individuals are influenced by a variety of concomitant factors (economic, environmental, political, demographic) that

⁸ J. Corbett, *10 Million Climate Refugees in Past Six Months: Red Cross Calls for Urgent International Help*, <https://www.ecowatch.com/climate-refugees-red-cross-2651129063.html> [access: 19.06.2021].

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ J. Ash, J. Campbell, *Climate change and migration: the case of the Pacific Islands and Australia*, “The Journal for Pacific Studies” 2016, vol. 36, issue 1, p. 58.

¹¹ C. Corendea, *op. cit.*, p. 25.

¹² S. Atapattu, *op. cit.*, p. 155.

reinforce and complement each other. For this reason, establishing the direct causal link between the effects of climate change and migration in a given case may prove problematic, if not impossible¹³, specifically where the changes in environment that render an area inhabitable occur gradually. Equally difficult to prove would be the fact that a severe weather phenomenon that was the immediate cause of the migration decision in a given case was an effect of climate change. This difficulty, at least for now, also concerns the population of SIDS which has a long emigration tradition. For instance, research conducted in Tuvalu (one of the small island states that is doomed to disappear beneath the ocean¹⁴) showed that around one third of people born in this country live overseas and the other one third were seeking to emigrate, primarily for economic reasons¹⁵. “Although resource shortages and predictions of lost landmass affect people’s expectations of future income, thus influencing migration decisions, this will occur along a vector. While for some the decision to migrate will be based more on the “push” factors of climate change, for others it will be based more on the “pull” of economic opportunities or a different lifestyle. Only rarely will climate change provide the sole impetus for moving”¹⁶.

The detailed presentation of all issues related to creating an adequate definition of climate migrants goes beyond the scope of this study. For the purposes of this paper it is sufficient to indicate the most frequently cited criteria on the basis of which the distinction between economic migrants and climate migrants is made. These criteria include: the causal link between migration and the degradation of natural environment that occurs suddenly or gradually as a result of climate change, forced character of migration and cross-border character of migration. In turn, it is not relevant whether migration is temporary or permanent¹⁷. When indicating the above criteria, the quoted authors intended to narrow the scope of the definition of climate migrants as much as possible in order to make it politically acceptable and legally feasible. Without questioning the importance of these prudential considerations, it should be taken into account that some of the proposed criteria

¹³ A.L. Constable, *Climate change and migration in the Pacific: options for Tuvalu and the Marshall Islands*, “Regional Environmental Change” April 2017, vol. 17, issue 4, p. 1031.

¹⁴ “Every schoolchild in Tuvalu learns to fear “global warming.” It serves as the collective term for spoiled harvests, salty pools and the waves that keep rolling closer and closer, right up to airport runway.” See: A. Roberts, *Islanders Without an Island. What Will Become of Tuvalu’s Climate Refugees?*, “Spiegel Online”, 14 September 2007, <https://www.spiegel.de/international/world/islanders-without-an-island-what-will-become-of-tuvalu-s-climate-refugees-a-505819.html> [access: 15.05.2021].

¹⁵ S.C. McAnaney, *Sinking Islands? Formulating a Realistic Solution to Climate Change Displacement*, “New York University Law Review” 2012, vol. 87, p. 1180.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ B. Docherty, T. Giannini, *Confronting a Rising Tide: A Proposal for a Convention on Climate Change Refugees*, “Harvard Environmental Law Review” 2009, vol. 33, pp. 361 *et seq.*; D. Hodgkinson *et al.*, “*The Hour When the Ship Comes In*”: *A Convention for Persons Displaced by Climate Change*, “Monash University Law Review” 2010, vol. 69, issue 1, p. 84 *et seq.*

are purely formal so that their application in practice would inevitably lead to unfounded and even arbitrary exclusion of some groups from the category of climate migrants and thus to inequitable denial of international protection to persons in real need, e.g. to internally displaced persons where a given country objectively cannot resolve the resettlement problem on its own. Particularly problematic for the purposes of creating the concept of climate migrants is the criterion of forced character of migration¹⁸ that is a situation in where a person abandons their home in order to avert the imminent danger for their life. Undoubtedly, the forcibility of migration due to the effects of climate change justifies granting to the affected persons the strongest protection including the subjective right to be resettled to other countries. However, It does not mean that actions of international community aimed to provide assistance to climate migrants should be limited to situations of the imminent threat to life¹⁹. Nor should it be required as a condition for recognition as a climate migrant that a person to leaves their home exclusively as a result of the effects of climate change, although it seems undisputed that this factor should be the main reason for such a decision²⁰. Such an approach has been adopted in the Geneva Convention relating to the Status of Refugees, which does not require that “well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion” was the only motive for leaving the country of residence²¹. It should also be noted that measures taken in life-threatening circumstances would entail a heightened risk of the violation of human rights of the relocated population. The sudden displacement without appropriate preparatory measures might also cause integration problems of the relocated persons into the society of the host country. For these reasons, *ad hoc* assistance activities targeted at climate migrants carried out under pressure in an emergency situation might prove more controversial at political level, which might diminish their effectiveness²².

¹⁸ The concept of forced migration is very broad in the sense that it covers all persons that are displaced against their will for whatever reasons. This category includes for instance refugees under the Geneva Convention Relating to the Status of Refugees, people who are ordered to relocate in connection of the realization of an economic project, people who have to leave their homes due to a military conflict, environmental migrants, i.e. persons who are displaced because of an environmental disaster regardless of whether it was an effect of climate change or was caused by other factors, victims of human trafficking etc. See: S. Atapattu, *op. cit.*, p. 156.

¹⁹ S.C. McAnaney, *op. cit.*, p. 1193.

²⁰ J. Ash, J. Campbell, *op. cit.*, p. 56.

²¹ K.M. Wyman, *Responses to Climate Change*, “The Harvard Environmental Law Review” 2013, p. 173.

²² A.L. Constable, *op. cit.*, p. 1030.

Furthermore, one should distinguish the concept of climate migrants from the concept of environmental migrants. Whereas the former are displaced because of the direct effects of climate change, the latter are forced to leave their places of residence as a result of a natural disaster, such as an earthquake, tsunami or flood or the environmental degradation caused by factors others than directly related to climate change. Admittedly, in some instances the clear delimitation of both categories of migrants on the basis of the above criterion may be difficult as it is not always possible to establish beyond a reasonable doubt the direct causal link between climate change and a severe weather phenomenon or an environmental impact that gave rise to a particular resettlement. However, this difficulty does not concern the case of SIDS as it has been scientifically proven that sea-level rise and the concomitant adverse environmental impacts are the direct effect of climate change²³.

It should also be noted that, viewed from the global perspective, most cases of displacements caused by the effects of climate change will have an intra-state character. For this reason, primary responsibility for providing assistance to the relocated persons will inescapably lie with national authorities. In contrast, the population of SIDS will have to be resettled to other countries and this measure will affect all or most inhabitants of a given state. These peculiar features of climate migration from SIDS provide the moral rationale for the enhanced involvement of international community with a view to working out appropriate mechanisms that would ensure special protection of this category of migrants, especially that would enable their social and legal integration in the host countries.

In this context it is noteworthy that despite their small territory and considerable population density some SIDS carry out intra-state relocation programmes designed to displace inhabitants of low-lying coastal areas to the higher land. For instance in Kiribati (a country of the surface of 811 square kilometres consisting of 33 small atolls, most of the which are less than three metres above sea-level and on average only a few hundred metres wide, inhabited by the population of around 115 000) the government realised some relocations from the outlying atolls to South Tarawa, the biggest island of the country. This resulted in the increase in population density on that island so that the government had to carry out another resettlement programme, this time from South Tarawa to other islands. Nevertheless, the inner-state relocations within Kiribati should be regarded as a short-term response as it is predicted that the islands will sink due to the rising sea-level. Furthermore, before their submergence the islands will become

²³ C. Corendea, *op. cit.*, p. XXV.

inhabitable as a result of the deficits of potable water in low rain periods²⁴. Similar programmes of intra-state relocation were also realised in Tuvalu and Vanuatu²⁵.

It is also worth mentioning that the realization of intra-state resettlement schemes in the Pacific region, similarly as in other parts of the world, sometimes encounter legal obstacles. This is especially the case with regard to small island states of the Pacific region (except for Tonga), where transactions concerning land are primarily governed by customary law which prohibits the transfer of property rights to land to persons who do not belong to an extended family or a kin²⁶.

Furthermore, one should take into account that climate change has multifaceted implications. Apart from its environmental and economic impacts it also has a very profound ethical and human dimension²⁷. “In a sad twist of irony, the distribution of climate change impacts is expected to disproportionately affect those who have contributed the least to historical emissions of greenhouse gases” and benefited the least from industrialisation, among which are the SIDS of the Pacific region²⁸. For this reasons, it is hard not to agree with the view that the actions of the international community in this field should be governed by the principle of common but differentiated responsibility. Under this principle, particular duties of assistance to climate migrants, including the duty to participate in costs of relocation and to receive a certain number of migrants, should be assumed by the developed states. Nevertheless, the principle of common but differentiated responsibility is of limited help since it indicates only a general direction. The determination of concrete duties of a given state that could be regarded as morally fair in light of this principle remains disputable and thus open to negotiations²⁹.

²⁴ The infrastructure of Kiribati is under huge pressure. Many of the houses lack modern sanitation and are frequently not connected to the sewage system (where it exists). In addition, due to limited funds the South Tarawa sewage system was not constructed of sufficient length to take sewage beyond the reef. This results in effluent returning to the atoll with the tide. This, coupled with more extreme weather conditions and extra high tides, has meant that the domestic water supply is already compromised, with ground water at risk and the Tarawa lagoon polluted. See: M. Loughry, J. McAdam, *Kiribati – Relocation and Adaptation*, “31 Forced Migration Review” 2008, p. 51 *et seq.*, <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/climatechange/loughry-mcadam.pdf> [access: 21.06.2021].

²⁵ S. Park, *Climate Change and the Risk of Statelessness: The Situation of Low-lying Island States, Legal and Protection Policy Research Series*, Geneva 2011, p. 2 *et seq.*, <https://www.unhcr.org/4df9cb0c9.pdf> [access: 3.01.2021].

²⁶ A.L. Constable, *op. cit.*, p. 1034.

²⁷ See: e.g. *Encyclical Letter Laudato Si’ of the Holy Father Francis on Care for Our Common Home*, Rome 24 May 2015, especially points 25 and 54 *et seq.*, http://w2.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si_en.pdf [access: 25.06.2021].

²⁸ A.L. Constable, *op. cit.*, p. 1029.

²⁹ G.M. Tabucanon, *Migration for Environmentally Displaced Pacific Peoples: Legal Options in the Pacific Rim*, “UCLA Pacific Basin Law Journal” Fall 2012, vol. 30, issue 1, p. 89.

3. Forms of cooperation on climate migration from SIDS of the Pacific region and the assessment of their practicability

Under international law as it stands persons affected by impacts of climate change do not have a subjective right to be relocated to another state without this state's consent. As a consequence, where they cross a state border, they can be considered as illegal immigrants and may face deportation. In order to remedy this problem, some scholars suggest adopting an international treaty of the universal character, by virtue of which climate migrants would be granted the status of legal migrants. Such a treaty would cover the population of SIDS and the inhabitants of low-lying coastal areas of other states whose livelihood was destroyed by the effects of climate change. According to this proposal, people who live in territories that are likely to become inhabitable would have a right to be displaced to other countries, unless internal relocation is possible. The quotas of the immigrants to be received and the costs of relocation would be proportionate to the total emissions of greenhouse gases (both the present and the past ones) produced by a given country³⁰.

Well-intentioned as this proposal may be, reaching a political agreement on a universal international convention on the protection of climate migrants is highly improbable. This is not only due to the divergence of political and economic interests and perspectives of developed and developing countries, but also due to the persisting misperception of challenges related to climate change as remote and abstract. Indeed, the climate change is a problem that cannot be compared to other global challenges because it mainly concerns the future. "Many people claim that facing this problem will require mobilisation comparable to that required for waging a war; but in this case there are no enemies that could be indicated and confronted. We are facing a danger that seems abstract and volatile although it can engender potentially disastrous effects"³¹.

For this reason, as far as political viability of mechanisms for the protection of climate migrants is concerned, establishing cooperation on bilateral and/or regional level seems more appropriate than efforts aimed at elaborating a universal instrument. Given the smaller scale of potential obligations and the absence of factors of global politics (or at least their smaller impact) during the process of negotiations, initiatives aimed at reaching a bilateral or regional agreement on the protection of climate migrants may have a better chance of gaining political support than an attempt to create a legal instrument of universal applicability³². Countries

³⁰ S. Byravan, S. Chella Rajan, *Providing New Homes for Climate Change Exiles*, "Climate Policy" 2006, no. 6, p. 247 *et seq.*

³¹ A. Giddens, *Klimatyczna katastrofa*, Warszawa 2010, p. 10.

³² S.C. McAnaney, *op. cit.*, p. 1201 *et seq.*

of a given region, for instance the South Pacific states, have a common interest in ensuring security. Therefore, it is more probable that they will be more willing to assume certain obligations to provide assistance to climate migrants, acting in their national self-interest³³. Furthermore, bilateral or regional international treaties on migration policy are more adequate and flexible than a binding universal instrument in terms of adaptation to country-specific circumstances and meeting country-specific requirements and needs. Within such a framework potential destination countries could work bilaterally with countries vulnerable to climate change with a view to developing and implementing gradual changes in immigration policy in destination countries. Sending countries, in turn, might assist destination countries in selecting participants in temporary permanent migration programs and in preparing temporary or permanent migrants for travel to the destination country. The preparatory actions could include police clearance, health checks or pre-departure orientation programmes³⁴.

Examples of international treaties that regulate the issue of migration include Compacts of Free Association between the United States and their former trust territories, namely the tripartite Compact of Free Association between the U.S., Federated States of Micronesia and the Republic of the Marshall Islands of 1983, and the bilateral one between the U.S. Palau of 1994. Under these agreements the nationals of the signatory states acquired the right “to establish habitual residence” and “lawfully engage in occupation”³⁵ in the U.S. This right has been regarded by the signatory states as “a key feature of the agreements”³⁶, although it may be subject to restrictions in the statutes or regulations of the U.S. It is estimated that climate change will be an increasing factor in driving migration from the Freely Associated States in the future, especially where more and more islands that belong to these states become uninhabitable³⁷.

Another factor of considerable importance when working out politically feasible mechanisms of assistance to climate migrants are historic ties between some countries, as well as existing patterns of migration. Referring the above to SIDS of the Pacific region it should be assumed that people inhabiting these states will pri-

³³ *Ibidem*, p. 1198.

³⁴ For instance the Tongan local authorities assume responsibility for recruiting candidates for seasonal work in New Zealand. It is noteworthy that in case a seasonal worker does not return to Tonga after the termination of a temporary migration scheme, the village is blacklisted and cannot send guest workers in the future. See: C. Corendea, *op. cit.*, p. 170.

³⁵ Article IV, section 141-142 of the Compact of Free Association between Federated States of Micronesia and the United States, as well as Article IV, section 141-142 of the Compact of Free Association between Palau and the United States.

³⁶ T. Erin, *Compacts of Free Association in FSM, RMI, and Palau: Implications for the 2023-2024 Renewal Negotiations*, “Human Rights Brief” 19 March 2019, <https://icaad.ngo/wp-content/uploads/2019/10/COFA-Policy-Brief-2019.pdf> [access: 25.01.2021].

³⁷ *Ibidem*.

marily migrate to countries where relatively strong communities of their nationals already live, that is to Australia, New Zealand and the United States³⁸. Other factors that encourage migration from SIDS to these countries include their relative geographical proximity and historical traditions dating back to the colonial past³⁹.

Apart from establishing cooperation in the international arena national authorities can take one-sided legislative measures aimed at liberalising the domestic immigration law that would facilitate receiving a certain number of climate migrants. The obvious advantage of this approach is that a state in question is able to maintain more latitude and control over its own immigration policy than it would have in the case of signing a binding international treaty. Examples of such one-sided (im) migration policy in the Pacific region include the New Zealand's scheme Pacific Access Category aimed at facilitating migration to this country from some SIDS⁴⁰, as well as programmes of temporary migration for seasonal workers (Australian programmes: Seasonal Worker Programme and Pacific Labour Scheme, the New Zealand's scheme called Recognised Seasonal Employer⁴¹).

Admittedly, the mentioned seasonal worker programmes targeted at citizens of SIDS are based on economic considerations as their purpose is to meet temporary labour shortage, (especially in agriculture during the harvest time). Nevertheless, they are sometimes perceived as a point of departure for efforts aimed at creating in the Pacific region viable schemes of proactive migration⁴². Advocates of such programmes regard voluntary economic migration from SIDS as a form of adaptation of their populations to climate change. Seasonal workers and persons who have been granted temporary residence permit gain experience of living abroad and thus form a cultural basis for further migratory movements in the future. In turn, persons who have been granted permanent residence permit within preferential migration programmes play a role of a cultural and social link between the communities of immigrants and host societies. In other words, persons with migration

³⁸ It is noteworthy that at present around 500 thousand persons coming from SIDS live abroad. See: J. Ash, J. Campbell, *op. cit.*, p. 57.

³⁹ *Ibidem*, p. 54.

⁴⁰ Under this programme 400 citizens of some SIDS are awarded permanent residence status. Each year there are 650 places available that are allocated as follows: 75 Kiribati citizens, 75 Tuvalu citizens, 250 Tongan citizens, 250 Fijian citizens, <https://www.immigration.govt.nz/new-zealand-visas/apply-for-a-visa/about-visa/pacific-access-category-resident-visa> [access: 25.06.2021].

⁴¹ For instance, under the New Zealand's programme Recognised Seasonal Employer, 8.000 overseas workers get a visa for 9 months to work in viticulture. New Zealand employers must try and fail to recruit local workers before obtaining permission to hire guest workers from the Pacific islands, pay half of the cost of a return ticket for Pacific islands migrants, guarantee them work for at least 240 hours (30 hours per week) at the minimum wage of 7 US dollars (12 New Zealand dollars) and provide them with housing, health insurance and pastoral care. The guest workers should have passports, police clearance and health checks. They undergo pre-departure orientation before they depart for New Zealand. See: C. Corendea, *op. cit.*, p. 141.

⁴² G.M. Tabucanon, *op. cit.*, p. 80.

experience may essentially contribute to the smooth and effective integration of other immigrants into the host society, as well as to their enculturation. This will be of special importance when the worst-case scenario comes true and the entire population of a given state has to be resettled⁴³.

Although proposals of liberalisation of immigration policy of potential host states encounter opposition in some sectors of their societies, it can be assumed that due to the declining birth rates coupled with the increasing pace of aging of the populations of the developed countries their governments will be interested in receiving a greater number of migrants for economic reasons. The mentioned demographic trends in developed countries give rise to the increase of labour costs and to deficits of workers in some sectors of economy, which in turn may lead to liberalisation of their immigration policy⁴⁴. For instance, in Australia it has been estimated that farmers need around 22 thousand seasoned workers and that every year they sustain a loss in amount of 700 million Australian dollars because of unharvested fruits⁴⁵.

Taking the above into account some Australian research institutes recommend granting the nationals of SIDS the preferential immigration status. It is argued that this measure not only would rationalise the aid to those countries, but also would improve international relations and ensure security in the region. Liberalisation of migration policy is also viewed as a more effective measures in terms of poverty alleviation in these countries than aid programmes realised *in situ*. For instance, according to the report of Lowy Institute for International Policy allowing just 1 per cent of the Pacific's population, an average intake of under 3000 people, to work permanently in Australia would have a "transforming effect" on the economy of SDIS as it would deliver more benefits to the Pacific peoples by 2040 than Australia's currently realised aid programs⁴⁶. It is also estimated that creating a more open immigration scheme could increase the income of some Pacific Island countries – for the entire population, not just emigrants – by 300 to 400% over the next 25 years. Last, but not least, a structured migration program would prevent forced "last minute" migration in the future⁴⁷.

⁴³ *Ibidem*, p. 84.

⁴⁴ K.M. Wyman, *op. cit.*, p. 210.

⁴⁵ C. Corendea, *op. cit.*, p. 140.

⁴⁶ L. Berkelmans, J. Pryke, *The development benefits of expanding Pacific access to Australia's labour market*, 16 December 2016, <https://www.lowyinstitute.org/publications/development-benefits-expanding-pacific-access-australias-labour-market> [access: 25.06.2021].

⁴⁷ B. Doherty, E. Ainge Roy, *World Bank: let climate-threatened Pacific islanders migrate to Australia or NZ*, "The Guardian" 8 May 2017, <https://www.theguardian.com/environment/2017/may/08/australia-and-nz-should-allow-open-migration-for-pacific-islanders-threatened-by-climate-says-report> [access: 20.01.2021].

The quoted opinions confirm that the most appropriate approach to climate migration from SIDS is to open up possibilities of migration before living conditions in these countries deteriorate to such an extent that the relocation *en mass* remains the only viable option for survival. Long-term migration programmes (e.g. programmes for seasonal workers or scholarship exchange for students) would provide an impulse to the economic development of the SIDS due to increased capital flows in form of remittances sent by migrant workers to their families that stay in the homeland. Emigration of some low-skilled workers could also bring about the increase in the number of work places in their countries of origin⁴⁸. Furthermore, it could reduce the burden on the environment and minimise the exploitation of increasingly scarce natural resources (such as arable land or potable water)⁴⁹. This, in turn, may prevent and/or ease social tensions caused by potential fights for the scarce resources and thus contribute to maintaining security and political stability in the region⁵⁰.

When developing migration programmes addressed to the population of SIDS, one should take into account that those countries are inhabited mainly by indigenous people who have preserved traditional culture and lifestyle characterised by close ties with nature in both economic (farming and fishery) and cultural (traditional medicine, art, craft, navigation practices, sites of religious worship) dimension. In this connection, there are justified concerns that migration from SIDS and the ensuing assimilation of the resettled population will cause irreversible losses in terms of indigenous heritage and possibly the complete disappearance of some minority cultures⁵¹. Taking this into account, migration programmes targeted at populations of SIDS should aim not only to provide assistance to individual persons, but also, whenever possible, to create mechanisms for the collective protection of the identity and cultural heritage of the displaced communities. In other words, an important consideration underlying such programmes should be the protection of the islanders as peoples with a common social and cultural identity, history and traditions. An ideal solution would be to relocate the whole population of

⁴⁸ There are also more sceptical opinions on the contribution of remittances to the economic development of SIDS. As C. Corendea notes, in Australia and New Zealand wages are at least ten times higher than in SIDS. This means that workers who return to their homeland may be discouraged for taking up a meaningful economic activity. They rather may rest and wait for the next opportunity to earn high and thus minimise development. Furthermore, families who depend on remittances may reduce their work efforts too. See: C. Corendea, *op. cit.*, p. 145.

⁴⁹ However, some authors claim that the increase in environmental security of the SIDS is possible only when migration programmes are realised alongside with adaptation programmes. See: J. Ash, J. Campbell, *op. cit.*, p. 58.

⁵⁰ J. Ash, J. Campbell, *op. cit.*, p. 54; K.M. Wyman, *op. cit.*, p. 205 *et seq.*

⁵¹ E.J. Techera, *Climate Change, Legal Governance and the Pacific Islands: An Overview*, [in:] R.S. Abate, E.A. Cronc (eds.), *Climate Change and Indigenous Peoples. The Search for Legal Remedies*, Cheltenham 2013, p. 340 *et seq.*

an affected island state to a single third state where it would be granted a degree of self-government. In the absence of political will in this respect, the relocation of smaller communities should be envisaged, whereas the principle of family unity, should be respected⁵².

A worth emulating initiative that was designed to meet the needs of protecting not only individual persons, but also the identity and cultural heritage of the whole nation was the Australian proposal to resettle to Australia all the inhabitants of Nauru presented to the government of that country in 1963. Given the environmental degradation of Nauru caused by extensive phosphate mining, scientists considered the island would be uninhabitable by the mid-1990s so thatre location was regarded as the only reasonable option. It is also noteworthy that the then Australia's prime minister R. Menzies acknowledged that nations that derived large economic benefits from Nauru's phosphate extraction, that is Australia, New Zealand and the United Kingdom, had a "clear obligation ... to provide a satisfactory future for the Nauruans"⁵³. Having examined some options for resettlement, Australia indicated the island Curtis, situated a few kilometres off the coast of Queensland. The government intended to acquire the whole land from the private owners and grand to the community the freehold right. Curtis Island was to remain part of Australia and Nauruans were to become Australian citizens. At the same time Australian government offered to grant the Nauruan community the right to wide self-government powers. Therefore, the purpose of the resettlement project was both to ensure the relocated community sufficiently strong economic prospects and to preserve the Nauruans' lifestyle and community values. Although the proposal seemed reasonable and well-intentioned, it was rejected by the Nauruan government. One of the reason for the rejection was the fear of assimilated and loss of the distinctive identity as a people⁵⁴. Although the programme has not been put into practice, It remains to be hoped that as the adverse effects of climate change are becoming increasingly tangible and alarming, the societies and governments of the developed countries will overcome fears related to the influx of the immigrants from the SIDS and will elaborate similar programmes in the future.

⁵² S. Park, *op. cit.*, p. 19.

⁵³ The statement quoted from: J. McAdam, *How the entire nation of Nauru almost moved to Queensland*, „The Conversation” 14 August 2016, <http://theconversation.com/how-the-entire-nation-of-nauru-almost-moved-to-queensland-63833> [access: 2.01.2021].

⁵⁴ *Ibidem*.

4. Concluding remarks

Negative impacts of climate change pose a severe threat to the territorial integrity and in some case to the very existence of some small island states of the Pacific region. Due to effects of the environmental factors coupled with economic problems SIDS have only limited adaptation capacities, which makes them dependant on the assistance of international community. When the Pacific atolls become uninhabitable, the cross-border resettlement will become both urgent and forced. This circumstance provides the sufficient rationale for working out political and legal mechanisms that would cover this group of climate migrants with special international protection. To achieve this purpose, establishing bilateral or regional cooperation seem to be the most appropriate and effective mode of action. The solid basis for such cooperation are historic and economic ties between particular states, as well as the currently existing migration trends.

In order to avoid or at least to minimise serious violations of human rights (including economic, social and cultural ones) of the resettled populations and to adequately face challenges related to their integration into the societies of receiving countries, migration strategies and programmes should be worked out and implemented before the emergency occurs and the relocation takes on the forced character. Furthermore, the migration programmes should be realised within the framework of a multi-faceted long-term cooperation aimed at gradual strengthening of ties between migrants and the receiving societies. With a view to guaranteeing the maximum protection of human rights of the resettled populations, in elaboration of migration programmes should participate all the involved parties. Indeed, “[u]nless relocation plans result from a respectful, considered and consultative process, in which different options and views are seriously considered, they will always be highly fraught”⁵⁵. Last, but not least, the relocation plans should take into account not only the needs of individual persons, but also the interests of the whole social groups, such as members of the extended family, inhabitants of a village, a tribe or even all citizens of the affected state.

References

- Ash J., Campbell J., *Climate change and migration: the case of the Pacific Islands and Australia*, “The Journal for Pacific Studies” 2016, vol. 36, issue 1.
Atapattu S., *Human Rights Approaches to Climate Change. Challenges and Opportunities*, New York–London 2016.

⁵⁵ *Ibidem*.

- Berkelmans L., Pryke J., *The development benefits of expanding Pacific access to Australia's labour market*, 16 December 2016, <https://www.lowyinstitute.org/publications/development-benefits-expanding-pacific-access-australias-labour-market>.
- Byravan S., Chella Rajan S., *Providing New Homes for Climate Change Exiles*, "Climate Policy" 2006, no. 6.
- Bush M.J., *Climate Change Adaptation in Small Island Developing States*, Toronto 2018.
- Corbett J., *10 Million Climate Refugees in Past Six Months: Red Cross Calls for Urgent International Help*, <https://www.ecowatch.com/climate-refugees-red-cross-2651129063.html>.
- Corendea C., *Legal Protection of the Sinking Islands Refugees*, Lake Mary 2016.
- Constable L., *Climate change and migration in the Pacific: options for Tuvalu and the Marshall Islands*, "Regional Environmental Change" April 2017, vol. 17, issue 4.
- Docherty B., Giannini T., *Confronting a Rising Tide: A Proposal for a Convention on Climate Change Refugees*, "Harvard Environmental Law Review" 2009, vol. 33.
- Docherty B., Ainge Roy E., *World Bank: let climate-threatened Pacific islanders migrate to Australia or NZ*, "The Guardian" 8 May 2017, <https://www.theguardian.com/environment/2017/may/08/australia-and-nz-should-allow-open-migration-for-pacific-islanders-threatened-by-climate-says-report>.
- Encyclical Letter Laudato Si' of the Holy Father Francis on Care for Our Common Home*, Rome 24 May 2015, http://w2.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si_en.pdf.
- Erin T., *Compacts of Free Association in FSM, RMI, and Palau: Implications for the 2023-2024 Renewal Negotiations*, "Human Rights Brief" 19 March 2019, <https://icaad.ngo/wp-content/uploads/2019/10/COFA-Policy-Brief-2019.pdf>.
- Giddens A., *Klimatyczna katastrofa*, Warszawa 2010.
- Hodgkinson D. et al., "The Hour When the Ship Comes In": *A Convention for Persons Displaced by Climate Change*, "Monash University Law Review" 2010, vol. 69, issue 1.
- Intergovernmental Panel on Climate Change, *IPCC First Assessment Report Overview and Policymaker Summaries and 1992 IPCC Supplement*, June 1992, <https://www.ipcc.ch/report/climate-change-the-ipcc-1990-and-1992-assessments/>.
- Jakuszewicz A., *Endangered Statehood of Sinking Island States: A Legal Challenge to the International Community*, [in:] *Oceania. An Important Part of the Pacific*, ed. D. Zdziech, Kraków 2018.
- Loughry M., McAdam J., *Kiribati – Relocation and Adaptation*, "31 Forced Migration Review" 2008, <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/climatechange/loughry-mcadam.pdf>.
- McAdam J., *How the entire nation of Nauru almost moved to Queensland*, "The Conversation" 14 August 2016, <http://theconversation.com/how-the-entire-nation-of-nauru-almost-moved-to-queensland-63833>.
- McAnaney S.C., *Sinking Islands? Formulating a Realistic Solution to Climate Change Displacement*, "New York University Law Review" 2012, vol. 87.
- Park S., *Climate Change and the Risk of Statelessness: The Situation of Low-lying Island States*, *Legal and Protection Policy Research Series*, Geneva 2011, <https://www.unhcr.org/4df9cb0c9.pdf>.
- Roberts A., *Islanders Without an Island. What Will Become of Tuvalu's Climate Refugees?*, "Spiegel Online" 14 September 2007, <http://www.spiegel.de/international/world/islanders-without-an-island-what-will-become-of-tuvalu-s-climate-refugees-a-505819.html>.
- Tabucanon G.M., *Migration for Environmentally Displaced Pacific Peoples: Legal Options in the Pacific Rim*, "UCLA Pacific Basin Law Journal" Fall 2012, vol. 30, issue 1.
- Techera E.J., *Climate Change, Legal Governance and the Pacific Islands: An Overview*, [in:] *Climate Change and Indigenous Peoples. The Search for Legal Remedies*, eds. R.S. Abate, E. A. Cronc, Cheltenham 2013.
- Wyman K.M., *Responses to Climate Change*, "The Harvard Environmental Law Review" 2013, vol. 37.

Piotr Kapusta

Uniwersytet Zielonogórski

ORCID 0000-0003-2002-5419

p.kapusta@wpa.uz.zgora.pl

Wymóg uzyskiwania wizy Vander Elst dla pracowników delegowanych do Niemiec będących obywatelami państw trzecich jako przykład naruszenia swobody świadczenia usług

Słowa kluczowe: swoboda świadczenia usług, delegowanie pracowników, obywatele państw trzecich, wiza Vander Elst

Streszczenie: Delegowanie do Niemiec w ramach świadczenia usług pracowników będących obywatelami państw trzecich wiąże się z koniecznością uzyskania przez nich wizy Vander Elst. W procedurze poprzedzającej delegowanie niemieckie przedstawicielstwa dyplomatyczne weryfikują legalność zatrudnienia tych osób w państwie delegowania i warunki ich zatrudnienia w państwie przyjmującym. Konieczność osobistego złożenia wniosku wizowego, co możliwe jest tylko w wyznaczonych placówkach dyplomatycznych po około miesięcznym oczekiwaniu na termin, w niepewności odmowy przyjęcia wniosku jako niekompletnego w ocenie osoby przyjmującej oraz czas rozpatrywania wniosku znacząco wpływają na możliwość zgodnego z przepisami prawa niemieckiego rozpoczęcia delegowania pracowników niebędących obywatelami państw trzecich. Uprzedniość procedury w przedmiocie uzyskania wizy Vander Elst, stopień jej skomplikowania, niepewność uzyskania wizy oraz oddziaływanie konieczności uzyskania wizy Vander Elst na dynamikę świadczenia usług pozwalają stwierdzić, że możliwość delegowania przez przedsiębiorców z siedzibą w państwie członkowskim tylko tych pracowników będących obywatelami państw trzecich, którzy legitymują się wizą Vander Elst, narusza przepis art. 56 TFUE.

The requirement to obtain a Vander Elst visa for workers posted to Germany who are nationals of third countries as an example of a violation of the freedom to provide services

Keywords: freedom to provide services, posting of workers, third-country nationals, Vander Elst visa

Summary: Posting employees who are third-country nationals to Germany as part of the provision of services requires them to obtain a Vander Elst visa. In the pre-posting procedure, German diplomatic representations verify the legality of employment of these persons in the posting country and the conditions of their employment in the host country. The need to submit a visa application in person, which is possible only at designated diplomatic missions, after about a month of waiting for the deadline, in the uncertainty of not accepting the application as incomplete in the opinion of the host, and the time of processing the application significantly affect the possibility of starting the posting of non-citizens in accordance with German law third countries. The anticipation of the procedure for obtaining a Vander Elst visa, its complexity, the uncertainty of obtaining a visa and the impact of the need to obtain a Vander Elst visa on the dynamics of the provision of services make it possi-

ble to conclude that the requirement for undertakings established in a Member State to post only those workers who are nationals of third countries holding a visa Vander Elst violates Art. 56 TFEU.

1. Wprowadzenie

Delegowanie pracowników w ramach świadczenia usług przeszło w ostatnim czasie istotną reformę. Zmiany wprowadzone dyrektywą 28 czerwca 2018 r.¹ były na tyle istotne, że w praktyce obrotu mówiono nawet o „nowej dyrektywie o delegowaniu”. Prawna regulacja delegowania pracowników w ramach świadczenia usług zawarta w dyrektywie wyznacza jedynie cele, jakie powinny zostać osiągnięte w porządkach prawnych państw członkowskich bez określenia środków służących ich realizacji. Stąd też w poszczególnych państwach członkowskich obowiązują różne, choć odnoszące się do dyrektywy o delegowaniu i ją realizujące przepisy o delegowaniu pracowników. Przepisy te służyc mają zapewnieniu ochrony pracownikom delegowanym w czasie trwania delegowania w związku ze swobodą świadczenia usług, poprzez ustanowienie bezwzględnie obowiązujących przepisów dotyczących warunków pracy oraz ochrony zdrowia i bezpieczeństwa pracowników, które muszą być przestrzegane.

Ani przepisy dyrektywy o delegowaniu, ani przepisy krajowe nie wyłączają możliwości delegowania pracowników będących obywatelami państw trzecich. Dotychczasowy stan prawny pozwala jako aktualne przywołać stwierdzenie, że „delegowanie pracowników będących obywatelami państwa trzeciego w ramach transgranicznego świadczenia usług nie było dotychczas przedmiotem harmonizacji na poziomie wspólnotowym”². W efekcie pracownicy będący obywatelami państw trzecich zatrudnieni zgodnie z przepisami prawa państwa ich pracodawców także są delegowani przez swoich pracodawców, którzy stosować chcą względem nich takie same zasady, jakie obowiązują względem pracowników będących obywatelami UE. W praktyce jednak pracodawcy delegujący pracowników muszą nie tylko bacznie śledzić krajowe regulacje będące konsekwencją implementacji dyrektywy o delegowaniu do porządku prawnego kraju przyjmującego, ale również zmagać się z dodatkowymi wymogami państw przyjmujących odnoszących się do uprzedniej weryfikacji legalności delegowania pracownika będącego obywatelem państwa trzeciego. Z tego rodzaju sytuacją spotykają się pracodawcy delegujący do Niemiec zatrudnionych przez siebie obywateli państw trzecich.

¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/957 z dnia 28 czerwca 2018 r. zmieniająca dyrektywę 96/71/WE dotyczącą delegowania pracowników w ramach świadczenia usług (Dz. Urz. UE L Nr 173, s. 16).

² Wyrok Trybunału (Pierwsza Izba) z dnia 21 września 2006 r. w sprawie C-168/04 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Austrii.

Delegowanie pracowników w ramach świadczenia usług jest nie tylko aktualnym, ale również kontrowersyjnym zagadnieniem³. Stały wzrost liczby obywateli państw trzecich zatrudnianych przez krajowych przedsiębiorców powoduje, że siłą rzeczy pracownicy tacy coraz częściej delegowani są przez swoich pracodawców celem świadczenia usług. Dostrzegane w kontekście delegowania pracowników kwestie związane z dumpingiem socjalnym przekładać się mogą na decyzje o charakterze protekcyjnym⁴ w poszczególnych państwach członkowskich – w szczególności w tych o wyższym poziomie ochrony socjalnej pracowników. Wydaje się, że tak jest w przypadku Niemiec, które w razie delegowania obywateli państw trzecich wymagają uprzedniego uzyskania specjalnej wiza określanej jako wiza Vander Elst⁵. Praktyczna doniosłość zagadnienia skutkowałą jego podjęciem w ramach niniejszego opracowania. Analizie poddana zostanie praktyka władz niemieckich wymagająca od przedsiębiorców delegujących w ramach świadczenia usług pracowników będących obywatelami państw trzecich, aby ci legitymowali się wizą Vander Elst. Przeprowadzona ocena wymogów prawa niemieckiego z perspektywy prawa UE i dotychczasowego orzecznictwa opierać się będzie w głównej mierze na metodzie dogmatyczno-prawnej. Jednocześnie problem będzie badany z perspektywy przedsiębiorców z siedzibą w Polsce⁶, którzy z wykorzystaniem swojego personelu chcą świadczyć usługi w Niemczech. Ponieważ praktyka udzielania wiza Vander Elst jest wspólna wszystkim przypadkom wewnątrzunijnego delegowania do Niemiec w celu świadczenia usług pracowników będących obywatelami państw trzecich, wypracowane wnioski będą miały walor uniwersalnej oceny z perspektywy prawa UE.

³ Por. L. Mitrus, *Charakter prawny delegowania pracowników w ramach swobody świadczenia usług w Unii Europejskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2018, nr 6, s. 4.

⁴ Nie można bowiem zapominać, że obecność pracowników delegowanych w państwie przyjmującym – o ile nie jest konsekwencją wyższego poziomu usługi świadczonej transgranicznie – często jest konsekwencją niższych kosztów pracy w państwie delegowania. W ten sposób nie tylko pracownicy delegowani czasowo pracują w państwie przyjmującym, ale pracownicy na co dzień zatrudnieni w państwie przyjmującym boją się o swoje stanowiska pracy ze względu na konkurencję pracowników delegowanych. Choć pracownicy delegowani nie wkraczają bezpośrednio na rynek pracy państwa przyjmującego, to jednak z uwagi na świadczenie usługi przez przedsiębiorcę z siedzibą w innym państwie członkowskim z wykorzystaniem stale tam zatrudnionego personelu spada zapotrzebowanie na pracę pracowników stale zatrudnionych w państwie przyjmującym.

⁵ Nazwa wiza nawiązuje do sprawy C43/93 Raymond Vander Elst przeciwko Office des Migrations internationales zakończonej wyrokiem Trybunału z dnia 9 sierpnia 1994 r.

⁶ Ze względu na koszty pracy Polska nadal postrzegana jest jako państwo delegujące, a nie państwo przyjmujące. Por. <https://www.pwc.pl/pl/artykuly/delegowanie-pracownikow-wyniki-badania.html> [dostęp: 7.03.2023].

2. Swoboda świadczenia usług oraz możliwość jej ograniczania w przepisach prawa pierwotnego UE i orzecznictwie TSUE

Szczegółowa prezentacja wszystkich kwestii dotyczących swobody świadczenia usług jest niemożliwa w ramach niniejszego artykułu. Stanowi ona bowiem wielowątkowe zagadnienie, któremu poświęcić można opracowanie monograficzne. Stąd też uczynione zostaną uwagi o charakterze ogólnym w zakresie niezbędnym dla prawidłowej realizacji podjętego tematu.

Zgodnie z art. 26 TFUE Unia przyjmuje środki w celu ustanowienia lub zapewnienia funkcjonowania rynku wewnętrznego zgodnie z odpowiednimi postanowieniami Traktatów. Rynek wewnętrzny obejmuje obszar bez granic wewnętrznych, w którym jest zapewniony swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału, zgodnie z postanowieniami Traktatów. Rada, stanowiąc na wniosek Komisji, ustala wytyczne i warunki niezbędne do zapewnienia zrównoważonego postępu we wszystkich odpowiednich sektorach. Swobody rynku wewnętrznego stanowią jego rdzeń⁷. Należy mieć przy tym na względzie, że odgrywają one zasadniczą rolę w procesach integracyjnych gospodarek państw członkowskich. Pośród tradycyjnie wyróżnianych swobód rynku wewnętrznego analizie zostanie poddana jedna z nich – swoboda świadczenia usług. Szczególną uwagę zwrócić należy na przepis art. 56 TFUE, zgodnie z którym w ramach poniższych postanowień ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Unii są zakazane w odniesieniu do obywateli państw członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w państwie członkowskim innym niż państwo odbiorcy świadczenia. W myśl art. 57 TFUE usługami w rozumieniu Traktatów są świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób. Usługi obejmują zwłaszcza:

- a) działalność o charakterze przemysłowym,
- b) działalność o charakterze handlowym,
- c) działalność rzemieślniczą,
- d) wykonywanie wolnych zawodów.

Z zastrzeżeniem postanowień rozdziału dotyczącego prawa przedsiębiorczości, świadczący usługę może, w celu spełnienia świadczenia, wykonywać przejściowo działalność w państwie członkowskim świadczenia na tych samych warunkach, jakie państwo to nakłada na własnych obywateli.

W świetle dotychczasowego orzecznictwa przepisy art. 56 i art. 57 TFUE (dawnie art. 49 i art. 50 TWE) mają bezpośredni skutek w porządkach prawnych państw

⁷ Tak A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. I: *Swobody rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009, Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjxw62zozq2tanbqq4dqlru#tabs-metrical-info> [dostęp: 7.03.2023].

członkowskich⁸. Sama swoboda świadczenia usług ma wymiar czynny i bierny. W aspekcie czynnym przedsiębiorca z siedzibą w jednym państwie członkowskim może „w celu spełnienia świadczenia, wykonywać przejściowo działalność w państwie członkowskim świadczenia na tych samych warunkach, jakie państwo to nakłada na własnych obywateli”. Z kolei wymiar bierny swobody świadczenia usług pozwala przemieszczać się usługobiorcom w celu uzyskania usługi w państwie siedziby przedsiębiorcy świadczącego usługę. Tylko łączne traktowanie elementów składających się na swobodę świadczenia usług pozwala uchwycić jej istotę. Z perspektywy niniejszego opracowania szerszej uwagi wymaga czynny wymiar swobody, którego nie można ograniczać tylko do uprawnienia samego przedsiębiorcy wyjazdu do innego państwa członkowskiego w celu świadczenia usług, ale widzieć w nim należy także prawo przedsiębiorcy do delegowania (skierowania)⁹ zatrudnianych przez siebie pracowników w celu świadczenia przez nich usług w jego imieniu i na jego rachunek. Efektywne świadczenie usługi wymagać może bowiem nie tyle mobilności ze strony przedsiębiorcy, ile przede wszystkim zatrudnianych przez niego pracowników, którzy w jego imieniu – jako pracownicy delegowani – świadczyć będą usługę u klienta w innym państwie członkowskim. Takie ujęcie tylko potwierdza, że korzystanie z instytucji delegowania pracowników służy realizacji swobody świadczenia usług, a nie stanowi korzystania przez zatrudnionych pracowników z ich swobody przemieszczania się czy części swobody przepływu pracowników.

Ustanawianie ograniczeń w korzystaniu ze swobody świadczenia usług podlega limitowaniu. Postanowienia Traktatu o swobodach rynku wewnętrznego nie mają zastosowania do działalności, która w jednym z państw członkowskich jest związana, choćby przejściowo, z wykonywaniem władzy publicznej¹⁰. Wynikająca stąd przesłanka ograniczeń jest stosunkowo prosta w identyfikacji, choć oczywiście nie jest w praktyce wolna od wszelkich wątpliwości¹¹. Dopuszczalność dalszych podstaw ograniczeń swobody świadczenia usług wymaga poprzez art. 62 TFUE odwołania się do przepisu art. 52 ust. 1 TFUE, który stanowi: „postanowienia niniejszego rozdziału oraz środki podjęte na ich podstawie nie przesądzają o zasto-

⁸ Tak też m.in. E. Skrzydło-Tefelska, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom I (art. 1-89)*, red. D. Miąsik, N. Półtorak, A. Wróbel, Warszawa 2012, art. 56. <https://sip.lex.pl/#/commentary/587327130/124570> [dostęp: 12.11.2022].

⁹ Na przedmiocie dystynkcji pojęciowej skierowania i delegowania por. M. Tomaszewska, *Delegowanie pracowników – w poszukiwaniu równowagi między swobodą świadczenia usług a ochroną praw pracownika*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2018, nr 6, s. 22 i n.

¹⁰ W odniesieniu do swobody świadczenia usług podstawa prawna tej kategorii ograniczenia opiera się na art. 51 w zw. z art. 62 TFUE.

¹¹ Por. np. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 czerwca 2019 r. w sprawie C-264/18 P.M., N.G.d.M., P.V.d.S przeciwko Ministerraad, w którym oceniano świadczenie usług prawnych jako sporadycznie powiązane ze sprawowaniem władzy publicznej.

sowaniu przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych przewidujących szczególnie traktowanie cudzoziemców, uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego”. Powyższe pozwala stwierdzić, że

w świetle art. 52 w zw. z art. 62 TFUE ograniczenia swobody świadczenia usług polegające na odejściu od zakazu dyskryminacji są dopuszczalne, jeśli są uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego. Powyższe derogacje traktatowe nie mają jednak zastosowania, gdy prawo pochodne przewiduje pełną harmonizację w danej dziedzinie¹².

Przywołana regulacja dalszych podstaw ograniczenia swobody świadczenia usług nie może li tylko odwoływać się do wskazanego w przepisie art. 52 ust. 1 TFUE powodu (przyczyny). Ograniczenie takie musi bowiem jednocześnie spełniać postulat proporcjonalności. W konsekwencji „oznacza to, że prawo krajowe jest właściwe do zapewnienia realizacji danego celu tylko wtedy, gdy rzeczywiście odzwierciedla troskę o realizację tego celu w sposób spójny i systematyczny”¹³, w tym poprzez współmierność działań względem wyznaczonego celu i przewidywanego wkroczenia w swobodę świadczenia usług.

W orzecznictwie wypracowano również podstawę ograniczania swobody świadczenia usług poprzez odniesienie się do nadrzędnych względów interesu ogólnego. Jest to formuła, której geneza „wiąże się z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości wykształconym na gruncie wykładni i kontroli wyjątków stosowanych przez państwa członkowskie od traktatowych swobód gospodarczych UE”¹⁴. Identyfikacja interesu ogólnego¹⁵, którego nadrzędne względy miałyby uzasadniać ograniczenie swobody świadczenia usług, nie jest wystarczająca. W ślad za judykaturą wskazać należy, że

¹² M. Niedźwiedz, *Problematyka prawna ograniczenia dostępu do treści pornograficznych w Internecie ze względu na ochronę dzieci z perspektywy prawa unijnego*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2017, vol. XV, s. 106. Zob. wskazaną tam literaturę: E. Skrzydło-Tefelska, *Komentarz do art. 62 TFUE* oraz M. Szwarc-Kuczer, *Komentarz do art. 52 TFUE*, [w:] *Komentarz do Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, t. I, red. D. Miąsik, N. Półtorak, Warszawa 2012, odpowiednio: s. 888-889 i s. 970-973; A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo...*, rozdział 12; C. Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford 2007, rozdział 16; A. Cieśliński, *Konstrukcja prawna swobód rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*, Wrocław 2013, cz. II, rozdział drugi, <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/docmetadata?id=41144&from=publication>.

¹³ I. Wróbel, *Wymóg zaszczepienia się przeciw COVID-19 przez usługobiorcę jako ograniczenie swobody świadczenia usług w UE*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2022, nr 1, s. 13.

¹⁴ J. Chmielewski, *Pojęcie nadrzędного interesu publicznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 2015, s. 1.

¹⁵ Wykazywanie interesu ogólnego może odnosić się do takich kategorii jak m.in. ochrona porządku społecznego czy ochrona konsumentów.

aby ograniczenia swobody działalności gospodarczej i swobodnego świadczenia usług były uzasadnione, konieczne jest, by spełniały one warunki wynikające z orzecznictwa Trybunału (zob. w szczególności wyroki: z dnia 31 marca 1993 r. w sprawie C-19/92 Kraus, Rec. s. I-1663, pkt 32; z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94 Gebhard, Rec. s. I-4165, pkt 37). Zgodnie z tym orzecznictwem takie ograniczenia powinny być uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego, powinny być odpowiednio do zagwarantowania realizacji zamierzonego celu i nie powinny wykraczać poza to, co jest konieczne do jego osiągnięcia. W każdym zaś razie muszą być stosowane w sposób niedyskryminujący¹⁶.

Kwestia niedyskryminacyjnego charakteru ograniczenia wynikającego z odwołania się do nadrzędnych względów interesu ogólnego jest szczególnie istotna, albowiem w przypadku zastosowania kryteriów, o których mowa w art. 52 TFUE, działanie dyskryminujące może być uznane za uzasadnione.

3. Wymóg uzyskania wizy Vander Elst przez będących obywatelami państw trzecich pracowników delegowanych do Niemiec w celu świadczenia usług

Instytucja wizy Vander Elst w niemieckim porządku prawnym stanowiła już przedmiot zainteresowania Trybunału w Luksemburgu. W sprawie C-244/04 zarzucano rozwiązaniom niemieckim, że Niemcy naruszyły swoje zobowiązania wynikające z art. 56 TFUE (wówczas art. 49) poprzez bazującą na okólniku praktykę nieproporcjonalnego ograniczania delegowania w ramach świadczenia usług pracowników będących obywatelami państw trzecich. W efekcie rozpoznania sprawy Trybunał doszedł do przekonania, że podstawy stawianego zarzutu są uzasadnione, a praktyka władz niemieckich niezgodna z prawem wspólnotowym (dziś UE). W rezultacie doszło do zmiany warunków wydawania wizy Vander Elst, przy czym władze niemieckie nie odstąpiły od wymogu jej uprzedniego uzyskania w razie zamiaru delegowania w ramach świadczenia usług na terytorium Niemiec z terytorium innego państwa członkowskiego pracowników będących obywatelami państw trzecich.

¹⁶ Orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-243/01 w trybie prejudycjalnym Tribunale di Ascoli Piceno (Włochy), w ramach toczącego się przed tym sądem postępowania karnego przeciwko Piergiorgiowi Gambellemu i in. Por. sformułowanie wymogów dla zgodnego z prawem UE ograniczenia swobody świadczenia usług zawarte w wyroku Trybunału (Piątej Izby) z dnia 21 marca 2002 r. w sprawie C-451/99 w trybie prejudycjalnym Handelsgericht Wien (Austria) w ramach toczącego się przed tym sądem postępowania Cura Anlagen GmbH przeciwko Auto Service Leasing GmbH (ASL), w którym wskazano: „Zudem sind nach ständiger Rechtsprechung Hindernisse für die Dienstleistungsfreiheit, die sich aus unterschiedslos anwendbaren nationalen Maßnahmen ergeben, nur dann zulässig, wenn diese Maßnahmen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren, d. h. geeignet sind, die Verwirklichung des mit ihnen angestrebten Zieles zu gewährleisten, und nicht über das hierfür unbedingt Erforderliche hinausgehen (vgl. in diesem Sinne u. a. Urteile vom 30. November 1995 in der Rechtssache C-55/94, Gebhard, Slg. 1995, I-4165, Randnr. 37, und vom 21. Oktober 1999 in der Rechtssache C-67/98, Zenatti, Slg. 1999, I-7289, Randnr. 29)“.

Przepisy prawa niemieckiego niejednolicie traktują wizę Vander Elst w kontekście tytułu pobytowego. Zgodnie z § 4 niemieckiej ustawy o pobycie, zatrudnieniu i integracji cudzoziemców w Niemczech¹⁷ w celu wjazdu i pobytu na terytorium Niemiec cudzoziemcy uzyskać powinni zezwolenie na pobyt, o ile prawo pobytu nie wynika z przepisów prawa UE, rozporządzenia albo na podstawie umowy z 12 września 1963 r. ustanawiającej stowarzyszenie między Europejską Wspólnotą Gospodarczą a Turcją. Zezwolenia na pobyt są wydawane jako:

1. wiza w rozumieniu § 6 ust. 1 pkt 1 i ust. 3,
2. zezwolenie na pobyt (§ 7),
3. Niebieska Karta UE (§ 18b ust. 2),
4. karta teleinformatyczna (§ 19),
5. mobilna karta teleinformatyczna (§ 19b),
6. zezwolenie na osiedlenie się (§ 9) lub
7. zezwolenie na pobyt stały – UE (§ 9a).

Z powyższego wyliczenia, przy uwzględnieniu przepisów, do których odsyła § 4 Aufenthaltsgesetz, wynika, że wiza Vander Elst nie powinna być kwalifikowana jako tytuł pobytowy. Takie też wyjaśnienie znajduje się na stronie internetowej Zollamt (niemieckiego urzędu celnego)¹⁸. W proces wydawania wizy Vander Elst zaangażowane są przedstawicielstwa dyplomatyczne, a wydanie wizy nie jest uzależnione od uzyskania zgody Federalnej Agencji Pracy¹⁹. W będącym podstawą tego stwierdzenia przepisie § 21 rozporządzenia w sprawie zatrudniania cudzoziemców²⁰ stwierdza się jednak, że udzielanie zezwolenia na pobyt osobom, które są zatrudnione przez przedsiębiorcę z siedzibą w państwie członkowskim UE lub państwie będącym stroną umowy o EOG w kraju jego siedziby i które są czasowo delegowane do świadczenia usługi na terytorium Niemiec, nie wymaga zgody [Federalnej Agencji Pracy – przyp. Autora]²¹. Z powyższego wynika, że choć w przepisach Aufenthaltsgesetz nie przewiduje się wizy Vander Elst jako tytułu

¹⁷ Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet vom 30.07.2004 (BGBl. I S. 1950) in der Fassung der Bekanntmachung vom 25.02.2008 (BGBl. I S. 162) zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.12.2022 (BGBl. I S. 2847) m. W.v. 31.12.2022; dalej: Aufenthaltsgesetz.

¹⁸ Ein Vander Elst-Visum ist folglich kein Aufenthaltstitel im Sinne des § 4 Aufenthaltsgesetzes, https://www.zoll.de/DE/Fachthemen/Arbeit/Aufenthaltstitel/Drittstaatsangehoerige/uebersicht_aufenthaltstitel.html?faqCalledDoc=304218 [dostęp: 12.11.2022].

¹⁹ Niem. Bundesagentur für Arbeit.

²⁰ Verordnung über die Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern; dalej: Beschäftigungsverordnung.

²¹ Keiner Zustimmung bedarf die Erteilung eines Aufenthaltstitels an Personen, die von einem Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum in dem Sitzstaat des Unternehmens ordnungsgemäß beschäftigt sind und zur Erbringung einer Dienstleistung vorübergehend in das Bundesgebiet entsandt werden.

pobyтового, to jednak jej wydanie z perspektywy Beschäftigungsverordnung tak jest właśnie kwalifikowane. Również w informacjach podawanych na stronach internetowych przedstawicielstw dyplomatycznych używa się względem wizy Vander Elst pojęć charakterystycznych dla wniosków o tytuł pobytowy (np. w odniesieniu do ważności paszportu delegowanego pracownika – „co najmniej 6 miesięcy po upływie ważności pozwolenia na pobyt”). Dalsze wymagania związane z ubieganiem się o wizę Vander Elst oraz jej znaczenie w przypadku delegowania w ramach świadczenia usług na terytorium Niemiec obywateli państw trzecich przez przedsiębiorcę w innym państwie członkowskim pozwalają stwierdzić, że w niemieckim systemie prawnym wiza Vander Elst stanowi tytuł pobytowy *sui generis*.

Należy zwrócić uwagę, że w przypadku delegowania w ramach świadczenia usług na terytorium Niemiec obywateli państw trzecich z terytorium innego państwa członkowskiego wymagane jest uprzednie uzyskanie wizy Vander Elst – delegowanie poprzedzone być musi pozytywnym przeprowadzeniem procedury wizowej. Prowadzi to do stwierdzenia, że z perspektywy systemu prawa niemieckiego legalne delegowanie obywatela państwa trzeciego wymaga legitymowania się wizą Vander Elst przez takiego pracownika. Jednocześnie jako warunek legalnego delegowania wymusza działania nie tyle po stronie delegującego, ile przede wszystkim delegowanego pracownika. Przedsiębiorca zamierzający świadczyć usługę w innym państwie członkowskim przy wykorzystaniu zatrudnianych przez siebie pracowników będących obywatelami państw trzecich musi wstrzymać się z delegowaniem do czasu uzyskania przez tych pracowników wizy Vander Elst.

Tylko w wyznaczonych placówkach dyplomatycznych istnieje możliwość złożenia wniosku o wydanie wizy Vander Elst. W przypadku przedstawicielstw położonych na terytorium RP jest to wyłącznie Dział Wizowy Ambasady Niemiec w Warszawie. Takie rozwiązanie znacząco utrudnia możliwość sprawnego uzyskania wizy. Działanie skutkujące pozbawieniem Konsulatów Generalnych RFN w Krakowie, Wrocławiu i Gdańsku możliwości wydania wiz, a nawet udzielania informacji na temat składania wniosków wizowych dodatkowo komplikuje sytuację prawną zatrudnianych (legalnie!) przez krajowego przedsiębiorcę obywateli państw trzecich. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że wnioski wizowe przyjmowane są tylko przy osobistej obecności wnioskodawcy razem z kompletem wszystkich załączników. Zastrzega się, że wniosek wizowy zostanie przyjęty tylko po przedłożeniu kompletu wymaganych dokumentów, a niekompletny zestaw dokumentów może być powodem odmowy przyjęcia wniosku wizowego²². Informacja dla inte-

²² Informacja *Wiza dla obywateli państw trzecich w celu przejściowego świadczenia usług w Niemczech (Wiza „Vander Elst”)*, <https://polen.diplo.de/blob/489558/443d7f7592246dc5e37de-00399d10e11/visa-vander-elst-data.pdf> [dostęp: 3.01.2023].

resantów zawiera listę wymaganych dokumentów. I tak od osoby ubiegającej się o wizę Vander Elst wymaga się przedłożenia wraz z dwoma formularzami wniosku:

1. 2 aktualnych zdjęć biometrycznych;
2. paszportu o odpowiednio długim terminie ważności (co najmniej 6 miesięcy po upływie ważności pozwolenia na pobyt), wydanego w ciągu ostatnich 10 lat (oryginał + 2 kopie wszystkich wypełnionych stron);
3. stosownego dokumentu potwierdzającego zezwolenie na pobyt i pracę w Polsce o terminie ważności umożliwiającym powrót z Niemiec do Polski po zakończeniu świadczenia usługi (oryginał + 2 kopie);
4. aktualnego zaświadczenia o zameldowaniu w Polsce od co najmniej 4 tygodni (w 2 egzemplarzach);
5. umowy między przedsiębiorstwem delegującym a odbiorcą usług działającym w innym państwie UE (w 2 egzemplarzach);
6. sporządzonego w 2 egzemplarzach zaświadczenia przedsiębiorstwa delegującego (osobnego dla każdego wnioskodawcy w przypadku składania wniosku grupowo) zawierającego następujące dane:
 - informację o zgodnym z przepisami zatrudnieniu wnioskodawcy (umowa o pracę wzgl. rozliczenia wynagrodzenia, zaświadczenie o odprowadzaniu składek na ubezpieczenie społeczne);
 - przewidywany czas rozpoczęcia i zakończenia realizacji usługi w Niemczech;
 - miejsce realizacji usługi w Niemczech;
 - krótki opis świadczonej usługi;
7. dowodu ubezpieczenia na wypadek choroby w Polsce i w Niemczech na czas oddelegowania (dokument A1 + karta EKUZ) (w 2 egzemplarzach).

Zastosowanie się do powyższych wskazań może nie być wystarczające. Wyraźnie bowiem wskazano, że ambasada zastrzega sobie prawo do zażądania dodatkowych dokumentów. Powyższe oznacza, że nawet zastosowanie się do wymagań i przedłożenie wyliczonych dokumentów o określonej charakterystyce nie tylko nie gwarantuje uzyskania wizy Vander Elst, ale nawet nie pozwala bezwzględnie zakładać, że wniosek wizowy zostanie przyjęty jako kompletny.

Na uwadze należy mieć także czas załatwiania sprawy przez ambasadę. Czas rozpatrywania wniosku – według niemieckiego przedstawicielstwa dyplomatycznego – wynosi zazwyczaj do 7 dni roboczych od dnia jego złożenia. Nie można jednak zakładać, że sprawę dotyczącą uzyskania wizy Vander Elst będzie można załatwić w ciągu 7 czy nawet 10 dni od czasu powzięcia decyzji o delegowaniu pracownika będącego obywatelem państwa trzeciego. Wymóg osobistego składania wniosku po uprzednim umówieniu terminu za pośrednictwem systemu rezerwacji terminów wizyt online wymusza oczekiwanie na możliwość złożenia wniosku w terminie wynikającym z harmonogramu udostępnianego za pośrednictwem sys-

temu rezerwacyjnego. Jak pokazuje praktyka, czas oczekiwania na złożenie wniosku wynosi około 1 miesiąca²³.

Rozpatrzenie sprawy o wydanie wizy Vander Elst jest odpłatne. Zgodnie z informatorem udostępnionym na stronie Ambasady Niemiec w Warszawie pobierana jest z tego tytułu opłata stanowiąca równowartość 75 euro. Opłatę uiszcza się w złotych przy składaniu wniosku i ma ona charakter opłaty manipulacyjnej, która w przypadku odmowy udzielenia wizy lub wycofania wniosku o wizę nie podlega zwrotowi.

4. Ocena obowiązujących wymagań niemieckich uzyskiwania wizy Vander Elst przez pracowników delegowanych będących obywatelami państw trzecich z perspektywy prawa UE

Wymóg uzyskania wizy Vander Elst przez pracownika będącego obywatelem państwa trzeciego, którego pracodawca jako przedsiębiorca z siedzibą na terytorium UE zamierza delegować w celu świadczenia usług do Niemiec, stanowi naruszenie art. 56 TFUE. Wiele argumentów przemawia za powyższą oceną i nie wynika ona tylko z prewencyjnego charakteru procedury przewidywanej przez Niemcy. Nie można bowiem bezwzględnie dyskredytować wszelkich form uprzedniego pozytkiwania przez państwo członkowskie wiedzy o zamiarze delegowania pracowników będących obywatelami państw trzecich. Kluczowe jest ukształtowanie takiej procedury oraz jej charakter. Jeżeli jednak w konkretnych warunkach oczekuje się uzyskania dokumentu wizowego w następstwie rozpatrzenia osobiście złożonego wniosku, wymóg uznać należy za nieproporcjonalne ograniczenie swobody świadczenia usług.

W kontekście dotychczasowego orzecznictwa w sprawie C-43/93²⁴ czy w sprawie C-445/03²⁵ wskazać należy, że „przepisy krajowe, które uzależniają wykonywanie świadczenia usług na terytorium tego kraju przez przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym państwie członkowskim od wystawienia zezwolenia administracyjnego, stanowią ograniczenie tej wolności w znaczeniu art. 49 WE (obecnie art. 56 TFUE – przyp. Autora)”²⁶. Jeżeli nawet w ślad za prezentowanym przez władze niemieckie stanowiskiem przyjąć, że wiza Vander Elst nie stanowi tytułu pobytowego, to i tak jej uzyskanie warunkuje legalne rozpoczęcie delegowania pracow-

²³ W przypadku próby rezerwacji terminu w dniu 12.11.2022 r. pierwszą możliwą datą był 9.12.2022 r. i to tylko w dwóch godzinach: 8:20-8:30 oraz 8:30-8:40.

²⁴ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 sierpnia 1994 r. w sprawie C-43/93 w trybie prejudycjalnym Raymond Vander Elst przeciwko Office des Migrations Internationales.

²⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 21 października 2004 r. w sprawie C-445/03 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Wielkiemu Księstwu Luksemburga.

²⁶ Wyrok Trybunału (Pierwsza Izba) z dnia 19 stycznia 2006 r. w sprawie C-244/04 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec.

ników będących obywatelami państw trzecich. W prezentowanym ujęciu przedłożenie przez pracownika delegowanego wizy Vander Elst oddziałuje na sytuację przedsiębiorcy delegującego pracownika do Niemiec w celu świadczenia usług. Jeżeli delegowany do Niemiec pracownik będący obywatelem państwa trzeciego powinien legitymować się wizą Vander Elst, a pracodawca może rozpocząć zgodne z prawem niemieckim delegowanie dopiero po uzyskaniu wizy Vander Elst przez pracownika, to z perspektywy przedsiębiorcy delegującego wiza ta stanowi swoiste zezwolenie – i dla pracownika, który w celu umożliwienia swojemu pracodawcy delegowania na terytorium Niemiec musi uzyskać wizę Vander Elst, i dla pracodawcy, który może delegować tylko pracowników będących obywatelami państw trzecich posiadających wizę Vander Elst.

Już na wstępie wskazać należy, że oczekiwania władz niemieckich odnoszące się do legalności delegowania realizowanego przez przedsiębiorcę unijnego wymagają legitymowania się wizą Vander Elst przez pracownika będącego obywatelem państwa trzeciego. Kształt regulacji niemieckich sprawia, że chcący z przysługującej jemu swobody przedsiębiorca musi mieć pewność, że zatrudniony przez niego pracownik wystąpił i uzyskał wizę Vander Elst. W tym kontekście należy mieć na uwadze cenne wskazanie A. Cieślińskiego, M. Szwarz i A. Zawidzkiej-Łojek, którzy wyjaśniają, że

pierwotnie wątpliwości budziło objęcie delegowania pracowników zakresem tej swobody [swobody świadczenia usług – przyp. Autora], ale gdyby mieściło się ono w ramach swobody przepływu pracowników, sam usługodawca przestałby właściwie być podmiotem ochrony unijnej w zakresie zatrudniania personelu, które całkowicie podporządkowano by miejscowym regulom prawa socjalnego. Dlatego właśnie zostało to potraktowane jako jeden z kluczowych elementów gwarancji swobodnego przepływu usług, stanowiąc prawo podmiotowe usługodawcy, którego na podstawie art. 56 TFUE można było dochodzić przed sądami krajowymi, broniąc się zwłaszcza przed ograniczeniami kraju przyjmującego²⁷.

Ocena obowiązku posiadania przez delegowanego pracownika będącego obywatelem państwa trzeciego wizy Vander Elst wymaga uwzględnienia kryterium czasu, jaki jest wymagany dla jej uzyskania, co bezpośrednio wynika z restrykcyjnej organizacji procesu wydawania wizy. I nie chodzi tu o najkrótszy z czasookresów (około tygodnia), jaki mija od dnia złożenia wniosku do dnia wydania wizy. Należy bowiem przede wszystkim mieć na względzie okres oczekiwania na przyjęcie wniosku w ambasadzie. Nie tylko okres ten wynosi około miesiąca, ale zadania z zakresu rozpoznawania i wydawania wizy Vander Elst wykonuje na terytorium

²⁷ A. Cieśliński, M. Szwarz, A. Zawidzka-Łojek, *Rynek wewnętrzny – konstrukcja prawna*, [w:] *Pravo Rynku Wewnętrznego. System Prawa Unii Europejskiej Tom 7*, red. D. Kornobis-Romanowska, Warszawa 2020, Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62-zogi3damruga2dqnmfrxilrtg4ytanzxgi3tcltqmfc4mzzgi2dembuge&refSource=guide#> [dostęp: 7.03.2023].

RP wyłącznie Ambasada w Warszawie. Samo świadczenie usług wymaga niejednokrotnie sprawnego działania i szybkości w podejmowaniu decyzji o wyznaczeniu osób, które będą delegowane. Perspektywa kilkutygodniowego wyczekiwania na złożenie wniosku, który może być nieprzyjęty lub negatywnie rozpoznany, skutkować może w niektórych przypadkach unicestwieniem swobody świadczenia usług przez przedsiębiorcę, który chciałby działać w zgodzie z przepisami prawa niemieckiego jako państwa przyjmującego.

Nie można również podzielić argumentacji usprawiedliwiającej konieczność uzyskania wizy Vander Elst dla zapobiegania nadużyciom, do których może dojść wskutek zrealizowania swobody świadczenia usług. Odwoływanie się do wypracowanej w orzecznictwie formuły może bowiem być realizowane w inny sposób. Niemcy dysponują już doświadczeniem prewencyjnego zapobiegania zagrożeniu, które zdobyły w okresie pandemii SARS-CoV-2. Wówczas w Niemczech wprowadzono system rejestrowania przybycia na ich terytorium. Nawet w przypadku przekraczania granicy przez osoby, które znajdowały się w najbardziej zagrożonych obszarach, nie było mowy o zakazie przemieszczania się. Obowiązek zgłoszeniowy był dla władz niemieckich wystarczający dla prowadzenia skutecznego nadzoru epidemicznego. Podobne rozwiązania zalecane są na poziomie UE. W sprawie C-244/04 rzecznik generalny w swojej opinii zaproponował alternatywne rozwiązanie, wskazując, że wystarczającym mechanizmem prewencyjnym służącym zapobieganiu nadużyciom mogłoby być ustanowienie uprzedniego obowiązku notyfikacyjnego władzom lokalnym zamiaru delegowania pracowników będących obywatelami państw trzecich²⁸. W każdym przypadku za prawidłowość delegowania – w tym legalność zatrudnienia w państwie delegowania i niewykorzystywanie przepisów o delegowaniu dla ukrycia innych aktywności – odpowiada przedsiębiorca świadczący usługę transgranicznie jako pracodawca delegujący. Najczęściej dopiero porównanie stanu faktycznego z deklarowaną praktyką delegowania pozwala ocenić, czy posłużenie się delegowaniem pracowników w ramach świadczenia usług doprowadziło do nadużyć.

Bez znaczenia nie pozostaje aspekt finansowy związany z uzyskiwaniem wizy Vander Elst. Konieczność uiszczenia opłaty 75 euro stanowi istotną barierę w korzystaniu ze swobody świadczenia usług, gdyż albo przedsiębiorca liczy na pono-

²⁸ Rzecznik generalny wskazał dokładnie, że „Würde der Dienstleistungserbringer seine beabsichtigten Tätigkeiten in Deutschland und die notwendigen Angaben in Bezug auf die Drittstaatsangehörigen, die er zu diesem Zweck entsenden möchte, zum Zeitpunkt der Aufnahme dieser Tätigkeiten melden, so würde dies die deutschen Behörden in die Lage versetzen, diese Angaben zu überprüfen, ohne dass die Erbringung der Dienstleistungen in unzulässiger Weise beschränkt würde. Der Gerichtshof hat diese weniger beschränkende Maßnahme in seinem Urteil Kommission/Luxemburg ausdrücklich als gleichwertige Alternative zu den von Luxemburg verlangten Arbeitserlaubnissen erwähnt”.

szenie kosztu przez osobę zatrudnioną, albo rekompensuje ten wydatek, obciążając swój budżet. W pierwszym przypadku nie może być pewny, że pracownik zdecyduje się uiścić opłatę, w drugim zaś – chęć korzystania ze swobody traktatowej wymaga ponoszenia dodatkowych kosztów, co nie pozostaje bez wpływu na ogólną cenę świadczonej usługi.

Wymóg posiadania przez pracownika będącego obywatelem państwa trzeciego wizy Vander Elst nie może być oceniany jako prosta formalność. Długotrwała odpłatna procedura może wręcz zniechęcać przedsiębiorców świadczących usługi transgraniczne z wykorzystaniem pracowników delegowanych do zatrudniania pracowników niebędących obywatelami UE. Działania takie mogą być nawet dalej idące, gdyż poprzez bezpośrednie oddziaływanie na korzystanie ze swobody świadczenia usług mogą wykluczyć określone podmioty z możliwości świadczenia usług z wykorzystaniem delegowania personelu pochodzącego z państw trzecich. Braki kadrowe w niektórych sektorach oraz skutki zbrojnej napaści Rosji na Ukrainę powodują, że przedsiębiorcy coraz częściej zatrudniają obywateli państw trzecich, a działalność niektórych w dużej części opiera się już na personelu spoza UE. Konieczność posiadania przez pracowników pochodzących spoza UE/EOG wizy Vander Elst może wręcz paraliżować działalność takich przedsiębiorców²⁹.

5. Podsumowanie

Pomimo upływu czasu od orzeczenia w sprawie Vander Elst w dalszym ciągu występują praktyczne zagadnienia związane z delegowaniem w ramach świadczenia usług pracowników będących obywatelami państw trzecich. Jednoznacznie należy jeszcze raz stwierdzić, że przedsiębiorca unijny legalnie zatrudniający pracowników będących obywatelami państw trzecich ma prawo delegować ich w celu świadczenia usług na takich samych zasadach, jak pracowników posiadających obywatelstwo UE. Jednocześnie samo ustanowienie procedur prewencyjnych służących zwalczaniu nadużyć w stosowaniu instytucji delegowania pracowników nie może być postrzegane za naruszanie zobowiązań traktatowych przez państwo członkowskie. Z perspektywy zapewnienia gwarancji swobody świadczenia usług oceniać należy charakter takich procedur. W przypadku Niemiec test zgodności uzyskiwania wizy Vander Elst z art. 56 TFUE wypada negatywnie.

Niemcy naruszają swoje zobowiązanie traktatowe z kilku względów. Po pierwsze, procedura poprzedzająca delegowanie wymaga wydania stosownego dokumentu (wizy Vander Elst), bez którego legalne delegowanie obywatela państwa trze-

²⁹ Por. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 września 2014 r. w sprawie C-91/13 w trybie prejudycjalnym Raad van State (Niderlandy) w ramach toczącego się przed tym sądem postępowania Essent Energie Productie BV przeciwko Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

ciego zatrudnionego zgodnie z przepisami państwa delegowania nie jest możliwe. Po drugie, procedura uzyskania wizy Vander Elst jest długotrwała i od momentu rezerwacji terminu do uzyskania wizy może trwać około 1,5 miesiąca. W warunkach dynamiki świadczenia usług czasochłonność postępowania zmniejsza rynekową konkurencyjność podmiotu, który zamierza delegować do Niemiec pracowników będących obywatelami państw trzecich. Po trzecie, ustanowione rozwiązanie „wykracza poza to, co jest konieczne dla zapobiegania nadużyciom, do których może dojść wskutek zrealizowania swobody świadczenia usług”³⁰. Kształt procedury uzyskiwania wizy Vander Elst oprócz czasochłonności wymaga wskazania dalszych elementów, jak odpłatność i jego realizacja tylko przez jedno przedstawicielstwo dyplomatyczne w Polsce, co jako takie w ogóle może powodować u przedsiębiorców zniechęcenie przy podejmowaniu się zleceń mających polegać na świadczeniu usług w innym państwie członkowskim albo skutkować niechęcią w zatrudnianiu obywateli państw trzecich. Wymóg z prawa niemieckiego może zatem doprowadzić do nieujawnianego dyskryminowania obywateli państw trzecich na etapie zatrudniania.

Z powyższych przyczyn pożądanym jest pilne podjęcie działań służących zmianie praktyki Niemiec w zakresie legalności delegowania w ramach świadczenia usług na ich terytorium pracowników będących obywatelami państw trzecich. Przedsiębiorcy zatrudniający tę kategorię pracowników już na etapie ubiegania się o zamówienie usługi znajdują się w gorszym położeniu, ponieważ nie mogą zapewnić sprawnego rozpoczęcia świadczenia usługi. Muszą oni bowiem liczyć się z tym, że ich pracownicy dopiero po ok. miesiącu będą mogli złożyć wniosek o wizę Vander Elst, której uzyskanie po tygodniu zapewni legalność delegowania. Dynamika rynku usług może nie sprzyjać oczekiwaniu na taki personel, co spowoduje utratę kontraktu przez przedsiębiorcę. W efekcie albo zrezygnuje on z ubiegania się o kolejne zamówienia na swoje usługi, które mógłby świadczyć w Niemczech, albo kształtując skład swojego personelu, będzie dążyć do niezatrudniania osób będących obywatelami państw trzecich. Z takim stanem rzeczy zgodzić się nie można.

Literatura

- Barnard C., *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford 2007.
Chmielewski J., *Pojęcie nadrzędnego interesu publicznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 2015.
Cieśliński A., *Konstrukcja prawna swobod rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*, Wrocław 2013.
Cieśliński A., *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. I: *Swobody rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009.
Mitrus L., *Charakter prawny delegowania pracowników w ramach swobody świadczenia usług w Unii Europejskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2018, nr 6.

³⁰ Wyrok Trybunału (Pierwsza Izba) z dnia 19 stycznia 2006 r. w sprawie C-244/04 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec.

- Niedźwiedz M., *Problematyka prawna ograniczenia dostępu do treści pornograficznych w Internecie ze względu na ochronę dzieci z perspektywy prawa unijnego*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2017, vol. XV.
- Prawo Rynku Wewnętrznego. System Prawa Unii Europejskiej Tom 7*, red. D. Kornobis-Romanowska, Warszawa 2020.
- Tomaszewska M., *Delegowanie pracowników – w poszukiwaniu równowagi między swobodą świadczenia usług a ochroną praw pracownika*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2018, nr 6.
- Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom I (art. 1–89)*, red. D. Miąsik, N. Półtorak, A. Wróbel, Warszawa 2012.
- Wróbel I., *Wymóg zaszczepienia się przeciw COVID-19 przez usługobiorcę jako ograniczenie swobody świadczenia usług w UE*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2022.

Akty prawne, orzecznictwo i inne dokumenty

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/957 z dnia 28 czerwca 2018 r. zmieniająca dyrektywę 96/71/WE dotyczącą delegowania pracowników w ramach świadczenia usług (Dz Urz. UE L Nr 173, s. 16).
- Informacja Wiza dla obywateli państw trzecich w celu przejściowego świadczenia usług w Niemczech (Wiza „Vander Elst”).
- Wyrok Trybunału (Pierwsza Izba) z dnia 19 stycznia 2006 r. w sprawie C-244/04 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec.
- Wyrok Trybunału (Pierwsza Izba) z dnia 19 stycznia 2006 r. w sprawie C-244/04 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec.
- Wyrok Trybunału (Pierwsza Izba) z dnia 21 września 2006 r. w sprawie C-168/04 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Austrii.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 września 2014 r. w sprawie C-91/13 w trybie prejudycjalnym Raad van State (Niderlandy) w ramach toczącego się przed tym sądem postępowania Essent Energie Productie BV przeciwko Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 21 października 2004 r. w sprawie C-445/03 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Wielkiemu Księstwu Luksemburga.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 czerwca 2019 r. w sprawie C-264/18 P.M., N.G.d.M., P.V.d.S przeciwko Ministerraad.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 sierpnia 1994 r. w sprawie C-43/93 w trybie prejudycjalnym Raymond Vander Elst przeciwko Office des Migrations Internationales.

Paweł Kuczma

Uniwersytet Zielonogórski
ORCID 0000-0003-1443-4742
p.kuczma@wpa.uz.zgora.pl

Oddziaływanie międzynarodowych i europejskich aktów prawnych na prawo krajowe na przykładzie uregulowań ekstradycyjnych

Słowa kluczowe: prawa człowieka, ekstradycja, Konstytucja, Trybunał Konstytucyjny, obywatelstwo

Streszczenie: Międzynarodowe akty prawne nie zakazują co do zasady ekstradycji. Regulują i ujednolicają procedury ekstradycyjne, pozwalają także – pod pewnymi warunkami – na przeciąganie procedur ekstradycyjnych lub odmowę wydania sprawcy. Ich oddziaływanie na polski system prawny jest istotne, gdyż europejskie uregulowania ekstradycyjne wymusiły zmianę Konstytucji RP.

The impact of international and European legal acts on the example of extradition legislation

Keywords: human rights, extradition, Constitution, constitutional Court, citizenship

Summary: International legal act do not prohibit extradition in principle. They regulate and standardize extradition procedures, they also allow – under certain conditions – to prolong extradition procedures or to refuse to release an offender. Their impact on the Polish legal system is important because European extradition regulations have forced a change in the Polish Constitution.

1. Istota i charakter ekstradycji

W prawie międzynarodowym ekstradycję uważa się za najstarszą instytucję międzynarodowej pomocy prawnej w sprawach karnych¹. Jej charakter nie został do dziś jednoznacznie określony² pomimo tego, że początki tej instytucji sięgają starożytności. Brak jest też uniwersalnej definicji „ekstradycji”. Słownikowo pojęcie to oznacza „wydanie innemu państwu osoby, która naruszyła jego prawa”³. W piśmiennictwie formułowane są liczne definicje tego pojęcia⁴. Na przykład Ludwik Ehrlich

¹ B. Ziemblicki, *Wprowadzenie do problematyki ekstradycji*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie: Prace z nauk penalnych oraz prawa międzynarodowego i europejskiego”, Wrocław 2010, s. 133.

² A. Klafkowski, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 1969, s. 18.

³ *Słownik Języka Polskiego*, <https://sjp.pwn.pl/sjp/ekstradycja;2556312.html> [dostęp: 1.08.2019].

⁴ Ich obszerny katalog przedstawiony jest np. w artykule autorstwa L. Brodowski, D. Kuźniar-Kwiatkiewicz, *Ekstradycja a dostarczenie w prawie międzynarodowym*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego. Seria Prawnicza” 2010, z. 69, s. 23-27.

określa ekstradycję jako „akt państwa, polegający na wydaniu na określonych warunkach osoby znajdującej się na jego obszarze władzom drugiego państwa, w celu pociągnięcia jej do odpowiedzialności karnej na drodze sądowej lub w celu wykonania kary orzeczonej poprzednio wyrokiem sądowym”⁵.

Do najważniejszych cech procedury ekstradycyjnej zalicza się: a) popełnienie przestępstwa przez sprawcę na terenie innego państwa, b) wydanie podejrzanego w celu przeprowadzenia postępowania karnego lub skazanego w celu wykonania kary, c) zastosowanie ekstradycji następuje pomiędzy państwami lub państwem a międzynarodowym organem sądowym, d) i odbywa się na podstawie prawnej, którą jest odpowiednia umowa międzynarodowa⁶.

Konstrukcja sposobu wydania sprawcy przestępstwa opiera się zasadniczo na przepisach wewnętrznych danego państwa, czasem także na normach konstytucyjnych. Jednak mechanizm ten ma swoje zakotwiczenie w normach prawa międzynarodowego, które regulują model i zasady postępowania ekstradycyjnego. Z tego względu wydanie sprawcy przeprowadzane na gruncie unormowań wewnętrznych znajduje podstawę w międzynarodowych umowach o charakterze dwustronnym lub wielostronnym.

2. Podstawowe źródła międzynarodowego prawa ekstradycyjnego

Do podstawowych źródeł prawa normujących ekstradycję zaliczyć należy przede wszystkim umowy dwustronne⁷. Polska jeszcze w latach 20. XX w. podejmowała działania prawne w celu uregulowania kwestii ekstradycyjnych poprzez zawieranie odpowiednich umów dwustronnych, np. w 1929 r. ze Stanami Zjednoczonymi czy w 1932 r. z Wielką Brytanią⁸.

Umowy o pomocy prawnej i stosunkach prawnych regulują kwestię współdziałania oraz określają model ekstradycji tylko pomiędzy dwoma konkretnymi państwami, co niestety nie przyczynia się do szerokiego ujednoczenia przepisów ekstradycyjnych. Umowy te w zasadzie różnicują model postępowania, gdyż uzależniają go najczęściej od warunków politycznych, każda

⁵ L. Ehrlich, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 1958, s. 86.

⁶ I.J. Bišta, J. Zurek, *Ekstradycja w polskim porządku prawnym*, [w:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2014, s. 267.

⁷ „Wspólną cechą wszystkich umów, którymi jest związana Polska z innymi państwami, jest to, że opierają się one na zasadzie podwójnej karalności, polegającej na tym, że czyn stanowiący podstawę wniosku musi być uznawany za przestępstwo w ustawodawstwie państwa wzywającego i wezwanego”. M. Mozgawa-Saj, *Ekstradycja – rozważania dogmatyczne i wyniki badań empirycznych*, „Prawo w Działaniu. Sprawy karne” 2012, nr 11, s. 62.

⁸ Traktat ekstradycyjny pomiędzy Stanami Zjednoczonymi AP a Rzeczpospolitą Polską, Protokół (Dz.U. z 1929 r. Nr 45, poz. 372) oraz Dodatkowy traktat z 1936 r. (Dz.U. Nr 43, poz. 318), Traktat między Rzeczpospolitą Polską a Wielką Brytanią o wydawaniu zbiegłych przestępców z 1932 r. (Dz.U. z 1934 r. Nr 17, poz. 135).

z nich na swój sposób modyfikuje akt wydania sprawcy przestępstwa. Często polityka ma istotny wpływ na postanowienia umowy, a tym samym i na sytuację osoby żądanej⁹.

Z tego też względu znacznie większe znaczenie odgrywają konwencje o charakterze regionalnym. Tego typu umowy międzynarodowe mają na celu zbliżanie państw członkowskich organizacji, a w szczególności ich porządków prawnych poprzez ustalanie wspólnych standardów prawnych. Przykład takiego unormowania stanowi Europejska Konwencja o Ekstradycji z 13 grudnia 1957 r. wydana pod auspicjami Rady Europy¹⁰. W tym konkretnym przypadku chodziło o ujednoczenie i unowocześnienie prawnych zasad ekstradycji oraz uproszczenie i ułatwienie obrotu ekstradycyjnego pomiędzy państwami Rady Europy¹¹. Konwencja ta reguluje kwestie odnoszące się do ekstradycji pomiędzy państwami-stronami osób ściganych za przestępstwa kryminalne. Postanowienia Konwencji nie są natomiast stosowane do przestępstw politycznych. Ponadto każde państwo ma prawo odmowy ekstradycji swojego obywatela do innego państwa¹².

Europejska Konwencja o Ekstradycji oddziałuje także na dwustronne umowy ekstradycyjne pomiędzy państwami-stronami poprzez uchylenie tych aktów prawnych. Konwencja zezwala na to, aby porozumienia dwu- lub wielostronne były zawierane jedynie w celu uzupełnienia postanowień tej Konwencji lub ułatwienia stosowania zawartych w niej zasad. Wyłączenie stosowania niniejszej Konwencji wymaga natomiast zawiadomienia w drodze notyfikacji Sekretarza Generalnego Rady Europy (art. 29 Konwencji).

Zawarte w Konwencji rozwiązania miały wpływ na ujednoczenie europejskich norm ekstradycyjnych, nie naruszając przy tym europejskich standardów praw człowieka¹³.

Niestety, procedury konwencyjne przewidziane przez tę umowę międzynarodową okazały się długotrwałe i zbiurokratyzowane, co w poważny sposób ograniczało efektywność Konwencji. Poprawy nie przyniosło także uchwalenie protokołów dodatkowych i rezolucji Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie ekstradycji, gdyż „przeszkody ekstradycyjne” nie zostały za ich pomocą wyeliminowane. Nie bez znaczenia był też czynnik czasu. Wraz z rozwojem nowych technologii

⁹ A. Gerecka-Żołyńska, *Wydanie sprawcy przestępstwa a międzynarodowe akty prawne*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1997, z. 4, s. 3.

¹⁰ Konwencja zawiera protokół dodatkowy do powyższej konwencji, sporządzony w Strasburgu dnia 15 października 1975 r. i drugi protokół dodatkowy do powyższej konwencji, sporządzony w Strasburgu dnia 17 marca 1978 r.; została ratyfikowana w 1993 r. (Dz.U. Nr 70, poz. 307).

¹¹ I. Resztak, *Konwencje Rady Europy o przeciwdziałaniu zjawisku terroryzmu*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 10, s. 113.

¹² K. Liedel, P. Piasecka, *Współpraca międzynarodowa w dziedzinie zwalczania terroryzmu*, [w:] *Terroryzm – rola sił zbrojnych w zwalczaniu zjawiska*, red. J. Gotowała, Materiały z konferencji naukowej zorganizowanej 26 października 2005 r., Warszawa 2006, s. 57.

¹³ A. Gerecka-Żołyńska, *op. cit.*, s. 3.

i otwarciem granic wystąpiła konieczność podjęcia skutecznej walki z coraz lepiej zorganizowanymi formami przestępczości, których obszar działania nie ograniczały w zasadzie granice państwowe¹⁴.

Ze wskazanych wyżej powodów wyzwaniem dla Europy stała się w latach 90. XX w. konieczność podjęcia międzynarodowej współpracy w zakresie zwalczania przestępczości, zwłaszcza odnoszącej się do najcięższych naruszeń prawa. Wymagało to podjęcia prac w zakresie stworzenia nowych regulacji międzynarodowych, aby poprawić wydolność systemu ekstradycyjnego. Dzięki działaniom Rady Unii Europejskiej udało się przyjąć dwa istotne akty prawne, w poważny sposób modyfikując dotychczasowe regulacje międzynarodowe w tym zakresie.

Pierwszym z nich była Konwencja o Uproszczonej Procedurze Ekstradycyjnej z 10 marca 1995 r., opracowana na podstawie art. K.3.2 (c) Traktatu o Unii Europejskiej¹⁵. Stanowiła ona pierwszy akt przyjęty zgodnie z Tytułem VI Traktatu poświęconemu współpracy w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych¹⁶.

Drugim była natomiast Konwencja Unii Europejskiej o Ekstradycji z 27 września 1996 r. Jeszcze w czasie prac nad tym aktem

zgodnie uznano, iż daleko idące podobieństwa w sferze polityki karnej prowadzonej w państwach członkowskich UE, jak również ich wzajemne zaufanie do funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości (który gwarantuje prawa zawarte w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka) usprawiedliwiają modyfikację nawet podstawowych reguł ekstradycyjnych, jak np. warunki wydania, określenie przestępstwa ekstradycyjnego, przeszkody ekstradycyjne czy zasada specjalności¹⁷.

Celem przyjęcia tej Konwencji było uzupełnienie i ułatwienie stosowania pomiędzy państwami członkowskimi UE czterech aktów prawnych odnoszących się do tematyki ekstradycyjnej: a) Europejskiej konwencji o ekstradycji z 1957 r., b) Europejskiej konwencji o zwalczaniu terroryzmu z 27 stycznia 1977 r., c) konwencji wykonawczej z 19 czerwca 1990 r. do Układu z Schengen z 14 czerwca 1985 r. w sprawie stopniowego znoszenia kontroli na wspólnych granicach w ramach stonków między państwami-stronami konwencji, d) konwencji Beneluksu o ekstradycji i wzajemnej pomocy w sprawach karnych z 1962 r.

Należy zauważyć, że Konwencja ta miała charakter uzupełniający do istniejących unormowań prawnych. Nie stanowi ona samodzielnej podstawy ekstradycyj-

¹⁴ M. Płachta, *Konwencja Unii Europejskiej z 1996 r. o ekstradycji*, „Studia Europejskie” 1999, nr 1, s. 77.

¹⁵ Rada może „z zastrzeżeniem artykułu 220 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, sporządzać konwencje, których przyjęcie zaleca Państwom Członkowskim, zgodnie z ich odpowiednimi wymogami konstytucyjnymi”.

¹⁶ M. Płachta, *Konwencja...*, s. 79.

¹⁷ *Ibidem*.

nej. Ponadto w sprawach nieuregulowanych Konwencją moc prawną zachowują postanowienia wszystkich wymienionych wyżej umów międzynarodowych, jak również zastrzeżenia zgłoszone przez sygnatariuszy do tych umów. Konwencja ma jednak pierwszeństwo stosowania w sytuacjach, gdy dana kwestia została poddana regulacji na gruncie powyższych traktatów i między tymi postanowieniami występują kolizje¹⁸.

Aktualnie relacje normatywne pomiędzy Polską a członkami UE w przedmiocie ekstradycji reguluje decyzja ramowa Rady z 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między Państwami Członkowskimi, która zastąpiła od 1 maja 2004 r. wszelkie regulacje prawne dotyczące ekstradycji, wprowadzając mocą tej decyzji europejski nakaz aresztowania¹⁹. Jest on instrumentem prawnym mającym na celu umożliwienie współpracy sądowej i policyjnej państw członkowskich UE oraz służącym zbliżaniu porządków prawnych tych państw²⁰.

3. Ograniczenia ekstradycyjne wynikające z międzynarodowych aktów ochrony praw człowieka

Nie ulega wątpliwości, że problematyka ekstradycyjna jest powiązana z prawami człowieka. Świadczy o tym nie tylko poruszanie tej tematyki w licznych dokumentach międzynarodowych odnoszących się do praw człowieka, ale także umieszczenie unormowania poświęconego tej kwestii w Konstytucji RP (art. 55) w rozdziale odnoszącym się do wolności i praw człowieka i obywatela.

Co do zasady przekazanie sprawcy przestępstwa innemu państwu, gdy występuje z takim żądaniem, nie stanowi naruszenia praw człowieka, gdyż wiele aktów prawnych o charakterze uniwersalnym czy regionalnym odnoszących się do ochrony praw człowieka dopuszcza ekstradycję. Zresztą realizacja tego typu zobowiązania wynika z umów międzynarodowych wiążących państwa. Okazuje się jednak, że w pewnych sytuacjach zastosowanie reguł procedury ekstradycyjnej może godzić w sferę wolności i praw jednostki. W takich wypadkach prawa człowieka mogą stanowić tzw. przeszkodę ekstradycyjną. To na państwie wezwanym ciąży obowiązek dokonania oceny, czy w razie wydania sprawcy nie będzie on narażony na realne ryzyko zabronionej formy traktowania.

Trybunał w Strasburgu wielokrotnie rozstrzygał, czy w konkretnej sytuacji ekstradycja bądź wydalenie jednostki z terytorium państwa-strony Europejskiej

¹⁸ *Ibidem*, s. 80.

¹⁹ M. Mozgawa-Saj, *op. cit.*, s. 60.

²⁰ K. Malinowska-Krutul, *Ekstradycja a przekazanie w ramach europejskiego nakazu aresztowania*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 6, s. 105.

Konwencji Praw Człowieka wiąże się z naruszeniem jej unormowań. Po raz pierwszy Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził możliwość wystąpienia tego rodzaju sytuacji w sprawie Soering przeciwko Wielkiej Brytanii. W sprawie chodziło o wydalenie obywatela niemieckiego przebywającego w angielskim więzieniu oczekującego na ekstradycję do USA pod zarzutem zasztytowania rodziców swojej narzeczonej²¹. Dodać należy, że w państwie wzywającym czyn sprawcy zagrożony był karą śmierci, a prawdopodobieństwo orzeczenia tej kary było poważne.

Trybunał orzekł wówczas, że państwo może ponieść odpowiedzialność na gruncie Konwencji, gdyby zdecydowało się wydać osobę narażoną na poddanie złemu traktowaniu w państwie wnioskującym. Trybunał uznał, że ewentualna ekstradycja Soeringa do Stanów Zjednoczonych Ameryki naraziłaby go na rzeczywiste ryzyko traktowania sprzecznego z Artykułem 3 Konwencji. Ustalono bowiem, że w USA skazani spędzają bardzo długi czas w celach śmierci w warunkach ekstremalnych, a dodatkową męką jest dla nich oczekiwanie na egzekucję (syndrom korytarza śmierci – *Death Row Phenomenon*)²².

Okazuje się zatem, że stosowanie tortur lub możliwość ich zastosowania przez władzę publiczną w każdym wypadku stanowi przeszkodę ekstradycyjną. Wszystkie bowiem konwencje dotyczące praw człowieka zawierają zakaz ich stosowania, nie wspominając o konwencjach poświęconym wyłącznie tej kwestii²³.

Podobne konsekwencje wywołuje uznanie, że w państwie wzywającym sprawca może zostać poddany okrutnemu, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu. Problem stanowić tu może jednak kwestia rozumienia zakresu tego zakazu, gdyż nie jest on jednoznaczny, a przepisy międzynarodowe tego nie regulują. Z pewnością naruszenie tego zakazu godzi w godność osoby ludzkiej, która doznaje w takich sytuacjach uszczerbku²⁴. Każdy przypadek należy zatem traktować autonomicznie. Wśród nich można jednak przykładowo wskazać takie, które związane są ze sposobem wykonania kary śmierci (jeśli sposób wykonania kary będzie uznany za okrutny poprzez niepotrzebne przedłużanie momentu śmierci), stosowanie kar cielesnych (m.in. kar okaleczających, np. stosowanego w niektórych krajach azjatyckich obcięcie rąk), odbywanie kary w ciężkich warunkach (przepełnienie cel, zakucie w kajdany, stosowanie przymusowej pracy w szkodliwych warunkach), ryzyko stosowania drastycznych metod śledczych, a nawet zagrożenie karą doży-

²¹ S. Janczarek, *Ekstradycja a Europejska Konwencja Praw Człowieka*, „Na Wokandzie” 2016, nr 27, <https://nawokandzie.ms.gov.pl/numer-27/wokanda-2-numer-27/ekstradycja-a-europejska-konwencja-praw-czlowieka.html> [dostęp: 5.08.2019].

²² https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Death_penalty_POL.pdf [dostęp: 5.08.2019].

²³ M. Płachta, *Prawa człowieka w kontekście przeszkód ekstradycyjnych*, „Palestra” 2003, nr 5-6, s. 197.

²⁴ P. Kuczma, *Prawa człowieka w zarysie*, Polkowice 2012, s. 77.

wotniego pozbawienia wolności (zakaz stosowania takiej kary obowiązuje w wielu państwach Ameryki Południowej)²⁵.

Za przeszkodę ekstradycyjną może być uznane grożące sprawcy rażące naruszenie prawa do rzetelnego procesu w kraju wzywającym. Kwestia ta była przedmiotem badania przez Trybunał w sprawach Mamatkulov i Askarov przeciwko Turcji czy też Othman przeciwko Wielkiej Brytanii. W tej ostatniej sprawie Omar Othman został skazany w Jordanii pod swoją nieobecność za dokonanie różnych przestępstw o charakterze terrorystycznym i w związku z tym wydano decyzję o jego wydaleniu. Trybunał uznał jednak, że doszło do naruszenia prawa do rzetelnego procesu (art. 6) ze względu na realne ryzyko dopuszczenia dowodów uzyskanych w wyniku tortur w jego ponownym procesie w Jordanii.

Wątek narażenia na rażące pozbawienie skarżących prawa do rzetelnego procesu, z uwagi na poważne deficyty dotyczące postępowania przed amerykańskimi komisjami wojskowymi, pojawił się również w sprawach polskich, w przywołanym już wyżej wyroku w sprawie Al Nashiri przeciwko Polsce czy też w analogicznej sprawie Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce²⁶.

Wprost za przeszkodę ekstradycyjną Europejska Konwencja o Ekstradycji uznaje natomiast możliwość naruszenia zakazu dyskryminacji sprawcy. Nie powinno być zatem zgody na wydanie, jeśli Strona wezwana ma poważne podstawy do przypuszczania, że wniosek o wydanie za przestępstwo pospolite został złożony w celu ścigania lub ukarania osoby ze względu na jej rasę, wyznanie, narodowość lub poglądy polityczne albo że jej sytuacja może ulec pogorszeniu w razie zaistnienia jednej z tych przesłanek (art. 3 ust. 2). „Ten katalog przyczyn odmowy ekstradycji został wzbogacony w ONZ-owskiej modelowej umowie ekstradycyjnej z 1990 r. o pochodzenie etniczne i płeć”²⁷. Tyle że udowodnienie niebezpieczeństwa zaistnienia tej przesłanki nie będzie – w sensie procesowym – należało do zadań łatwych. Wydaje się, że przywołanie tego argumentu będzie skuteczne tylko wówczas, gdy relacje polityczne pomiędzy państwami wzywającym i wydającym będą napięte. W innych sytuacjach, dla dobra współpracy dwustronnej, formułowanie takiego zarzutu może się okazać niewystarczające, aby zahamować proces ekstradycyjny sprawcy.

²⁵ Więcej na ten temat zob. M. Płachta, *Prawa człowieka...*, s. 198-200.

²⁶ S. Janczarek, *op. cit.*

²⁷ M. Płachta, *Prawa człowieka...*, s. 200. Autor ten wskazuje na możliwość powoływania się na jeszcze jedną przeszkodę ekstradycyjną, a mianowicie na naruszenie prawa do prywatności i prawa do życia w rodzinie. Jest to zresztą zarzut często podnoszony przez ściganych. M. Płachta zauważa jednak, że prawa te, na gruncie międzynarodowych aktów ochrony praw człowieka, nie mają charakteru bezwzględного i podlegają ograniczeniom, a ponadto uwzględnianie tego zarzutu doprowadziłoby do zupełnego paraliżu międzynarodowej współpracy w sprawach karnych. *Ibidem*, s. 202.

4. Oddziaływanie prawa międzynarodowego i europejskiego na Konstytucję

Oddziaływanie prawa międzynarodowego na wewnętrzny porządek Rzeczypospolitej Polskiej ma dwa podstawowe źródła. Pierwsze z nich stanowi formalnoprawna gwarancja zawarta w Konstytucji RP, że Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego (art. 9), a co za tym idzie, że jest państwem-podmiotem prawa międzynarodowego. Konstytucja RP jest z definicji zgodna z zasadami prawa międzynarodowego uznanymi przez większość podmiotów prawa międzynarodowego „i należy ją interpretować na ich tle, z ich uwzględnieniem. Jako członek wspólnoty międzynarodowej o ponadtysiącletnim w niej istnieniu, Polska posiada również swój znaczący udział w rozwoju tego prawa”²⁸.

Drugim źródłem oddziaływania prawa międzynarodowego na systemy wewnętrzne państw jest samo prawo międzynarodowe. Podmioty prawa międzynarodowego mają obowiązek przestrzegania prawa międzynarodowego powszechnego oraz umów międzynarodowych, których jest stroną, a państwo nie ma prawa powoływać się wobec innych państw na regulacje wewnętrzne (nawet w randze konstytucyjnej), aby w ten sposób uchylić się od zobowiązań płynących z prawa międzynarodowego lub traktatów (art. 27 Konwencji Wiedeńskiej o prawie traktatów z 23 maja 1969 r.). „Powszechnie uznaną regułą prawa narodów jest, że państwo, które ważnie zaciągnęło zobowiązania międzynarodowe, powinno wprowadzić do swego prawodawstwa zmiany konieczne dla zapewnienia wykonania obowiązków”²⁹.

Jedną z podstawowych zasad prawa europejskiego jest zapewnienie zgodności tego prawa z prawem krajowym, w tym z normami konstytucji obowiązującymi w danym państwie. Proces integracji europejskiej i przynależność do wspólnoty państw i obywateli, jaką jest Unia Europejska, wymaga pozytywnego podejścia do regulacji europejskich i takiego interpretowania prawa krajowego, aby możliwe było pogodzenie przepisów krajowych z przepisami europejskimi. Zasada ta jest respektowana w Polsce, czemu wyraz dał Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie³⁰.

Sama interpretacja nie jest jednak czasami wystarczająca i do pogodzenia z brzmieniem unormowań krajowych. Z pewnością też nie można mówić o automatyczności uznawania regulacji prawnych służących implementacji decyzji ramowych za zgodne z Konstytucją. Trybunał Konstytucyjny wskazał, że „obowiązek implementacji decyzji ramowych jest wymogiem konstytucyjnym wynikającym z art. 9 Konstytucji, jednak jego realizacja nie zapewnia automatycznie i w każdym przy-

²⁸ P. Sarnecki, *System źródeł prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2002, s. 28.

²⁹ M. Masternak-Kubiak, *Odeślania do prawa międzynarodowego w Konstytucji RP*, Wrocław 2013, s. 136.

³⁰ Wyrok TK z 27 maja 2003 r., sygn. K 11/03; wyrok TK z 31 maja 2004 r., sygn. K 15/04.

padku materialnej zgodności przepisów prawa wtórnego Unii Europejskiej i ustaw je implementujących do prawa krajowego z normami Konstytucji³¹. Implementacja musi zatem przebiegać według obowiązujących procedur, a strażnikiem właściwego przebiegu tego procesu jest sąd konstytucyjny³².

W sprawie P 1/05 Trybunał opowiedział się za stanowiskiem, że to Konstytucja determinuje zakres praw i wolności jednostki, a zatem jeśli nie uda się usunąć sprzeczności pomiędzy normami prawa międzynarodowego i krajowego w tym zakresie, to konstytucji należy przyznać pierwszeństwo. Trybunał sprzeciwił się też „twórczej” wykładni przepisów Konstytucji, nie pozwalając na to, aby rozumienie terminów zawartych w przepisach niższej rangi (ustawach) determinowało rozumienie ustawy zasadniczej. W takim wypadku cecha konstytucji jako aktu o najwyższej mocy prawnej uległaby zatraceniu³³. Podtrzymano tym samym niebudzącą zresztą większych wątpliwości tezę o nadrzędności Konstytucji RP nad aktami prawa UE, zarówno pierwotnego, jak i wtórnego³⁴. Ostatecznie Trybunał orzekł, że art. 607t § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (dalej: KPK), w zakresie, w jakim zezwala na przekazanie (ekstradycję) obywatela polskiego do państwa członkowskiego Unii Europejskiej na podstawie europejskiego nakazu aresztowania (ENA), jest niezgodny z art. 55 ust. 1 Konstytucji, który wyraźnie stanowi, iż zakazana jest ekstradycja obywatela polskiego. Należy bowiem przypomnieć, że w pierwotnym tekście Konstytucji artykuł 55 formułował bezwzględny zakaz ekstradycji obywateli polskich. „Trybunał Konstytucyjny, stwierdzając niekonstytucyjność tego przepisu, jednocześnie przypomniał z jednej strony o obowiązku wywiązywania się Polski z zobowiązań międzynarodowych, z drugiej docenił znaczenie ENA dla właściwego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości³⁵.”

Podstawę pierwszej po prawie 10 latach obowiązywania nowelizacji Konstytucji stanowił wniesiony do Sejmu 15 maja 2006 r. przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej projekt ustawy o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (druk sej-

³¹ Wyrok TK z 27 kwietnia 2005 r., sygn. P 1/05.

³² Powyższe stanowisko zostało wydane w odpowiedzi na pytanie prawne zadane w związku z problemem konstytucyjności regulacji prawnej wprowadzonej do ustawy – Kodeks postępowania karnego w celu implementowania do prawa krajowego decyzji ramowej Rady 2002/584/WSiSW z 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydania osób między państwami członkowskimi.

³³ Zob. R. Wieruszewski, *Oddziaływanie prawa międzynarodowego i prawa Unii Europejskiej na konstytucyjny status jednostki w RP*, [w:] *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, red. K. Wójtowicz, Warszawa 2006, s. 203.

³⁴ K. Karski, *Geneza i skutki nowelizacji art. 55 Konstytucji: spojrzenie z punktu widzenia ustrojodawcy*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2012, nr 4, s. 11.

³⁵ *Zmiany Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1997–2011 w świetle projektów ustaw oraz uchwalonych nowelizacji*, „Opracowania Tematyczne Biura Analiz i Dokumentacji Kancelarii Senatu OT-605”, październik 2011, s. 5.

mowy nr 580). Zatem zmiana treści normatywnej tego przepisu poprzez nowelizację ustawy zasadniczej nastąpiła wskutek oddziaływania prawa międzynarodowego i dążenie do pełnego urzeczywistnienia zobowiązań wynikających z obowiązku przestrzegania prawa międzynarodowego. W ten sposób rację bytu stracił także zarzut o niekonstytucyjności ustawy, a przedmiotowa nowelizacja zapobiegła również istnieniu niezgodności pomiędzy prawem europejskim a krajowym i umożliwiła ciągłość stosowania instytucji europejskiego nakazu aresztowania przez polski wymiar sprawiedliwości.

Ustrojodawca przyjął szerokie rozumienie terminu ekstradycja. Artykuł 55 Konstytucji obejmuje bowiem trzy instytucje uregulowane w Kodeksie postępowania karnego:

- 1) ekstradycję klasyczną unormowaną w rozdziale 65 Kpk, wobec której stosowany jest termin „wydanie”;
- 2) przekazanie w trybie europejskiego nakazu aresztowania, który uregulowany jest w rozdziale 65b KPK;
- 3) dostarczenie osoby Międzynarodowemu Trybunałowi Karnemu (art. 611h, 611j, 611k, 611l KPK)³⁶.

Poprzez taką stylizację art. 55 Konstytucji ustrojodawca zakończył doktrynalny spór o to, czy ekstradycją jest wyłącznie klasyczne przekazanie osoby ściganej lub skazanej między państwami, czy również przekazanie osoby pomiędzy organami wymiaru sprawiedliwości na podstawie ENA oraz przekazanie jej Międzynarodowemu Trybunałowi Karnemu³⁷.

Konstytucja RP ogólnie zakazuje ekstradycji obywatela polskiego (art. 55 ust. 1). Ustawa zasadnicza wprowadza jednak wyjątki od tej zasady i dozwala na ekstradycję obywatela polskiego na wniosek innego państwa lub sądowego organu międzynarodowego, ale jeżeli możliwość taka wynika z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej lub ustawy wykonującej akt prawa stanowionego przez organizację międzynarodową, której Polska jest członkiem, pod warunkiem, że czyn objęty wnioskiem o ekstradycję został popełniony poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, oraz że stanowił przestępstwo według prawa Rzeczypospolitej Polskiej lub stanowiłby przestępstwo według prawa Rzeczypospolitej Polskiej w razie popełnienia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zarówno w czasie jego popełnienia, jak i w chwili złożenia wniosku³⁸.

³⁶ K. Wojnarowska-Kusiak, *Charakter prawny ekstradycji*, s. 270, <http://archiwum.wspia.eu/file/21425/29-WOJNAROWSKA-KUSIAK.pdf> [dostęp: 20.08.2019].

³⁷ K. Karski, *op. cit.*, s. 13.

³⁸ Z przepisów Konstytucji wynika zatem, że ekstradycja obywatela polskiego jest dozwolona wtedy, gdy ratyfikowana umowa międzynarodowa formułuje taki obowiązek, jak również wówczas, gdy z umowy wynika taka możliwość. J. Żurek, *Ekstradycja w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, rozprawa doktorska – maszynopis, s. 112-153.

Nie wymaga spełnienia powyższych warunków ekstradycja mająca nastąpić na wniosek sądowego organu międzynarodowego powołanego na podstawie ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej, w związku z objętą jurysdykcją tego organu zbrodnią ludobójstwa, zbrodnią przeciwko ludzkości, zbrodnią wojenną lub zbrodnią agresji (art. 55 ust. 3).

Mając na uwadze istotę ekstradycji, należy uznać, że jej możliwość musi wynikać z umów międzynarodowych ratyfikowanych za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie³⁹.

Wydaje się również, że ze względu na rozwiązania obowiązujące na gruncie polskiej Konstytucji, ściślejsza współpraca w sprawach ekstradycyjnych w Unii Europejskiej powinna być kształtowana przez akty wymagające implementacji, by być zgodną z ustawą zasadniczą. W związku z tym próba ujednoczenia procedur ekstradycyjnych (zezwalających na ekstradycję własnych obywateli) w obrębie UE, w formie rozporządzenia, będzie zakazana⁴⁰.

W sposób bezwzględny zakazana pozostaje ekstradycja osoby podejrzanej o popełnienie bez użycia przemocy przestępstwa z przyczyn politycznych lub jej dokonanie będzie naruszać wolności i prawa człowieka i obywatela (art. 55 ust. 4).

Dopuszczalność ekstradycji uzależniona jest od miejsca popełnienia czynu zabronionego. Aby ekstradycja polskiego obywatela była konstytucyjnie dopuszczalna, wszystkie elementy wyznaczające miejsce popełnienia przestępstwa muszą wystąpić poza terytorium Polski. Nie jest dopuszczalne, aby obywatele polscy, znajdujący się na terytorium swojego kraju, byliby zabierani z niego – w celu osądzenia na podstawie prawa obcego – przez organy innych państw z powodu tego, co zrobili w swoim państwie. Oznaczałoby to bowiem pierwszeństwo działania obcego prawa karnego na terytorium RP przed ustawą krajową⁴¹.

5. Zakończenie

Dozwoleństwo na ekstradycję własnego obywatela nie stanowi przejawu rezygnacji z drugorzędnych uprawnień państwa, ale dotyczy jądra państwowości. Ekstradycja stanowi bowiem ingerencję w materię szczególną w każdym państwie – wykonywanie wymiaru sprawiedliwości oraz sferę obywatelstwa. Poprzez zastosowanie procedury ekstradycyjnej państwo pozbawia się możliwości osądzenia własnego obywatela. Państwo traci zatem, ale tylko w pewnym sensie, jurysdykcję nad własnym obywatelem, o którego przecież z zasady powinno dbać: chronić jego zdrowie, kształcić, zapewnić możliwość podjęcia pracy, ale też ukarać, gdy sytuacja tego

³⁹ M. Masternak-Kubiak, *op. cit.*, s. 146.

⁴⁰ J. Żurek, *op. cit.*

⁴¹ K. Karski, *op. cit.*, s. 14.

wymaga. Dlatego też wskazuje się w piśmiennictwie zagranicznym, że ekstradycja koliduje z obowiązkiem zapewnienia ochrony prawnej dla własnych obywateli⁴². To w wyniku chęci zapewniania ochrony obywatelowi, czy szerzej rzecz ujmując – człowiekowi, których prawa podlegają konstytucyjnej ochronie, państwa zwlekają z realizacją swoich zobowiązań ekstradycyjnych, a instytucje powołane do czuwania nad przestrzeganiem wolności i praw jednostki formułują przeszkody ekstradycyjne, aby tego rodzaju praktyki „zalegalizować”.

Przypomnieć w tym miejscu wypada, że konstytucyjnie gwarantowany zakaz ekstradycji własnego obywatela za czyny, które popełnił na terytorium RP, stanowi nie tylko generalną zasadę, ale przede wszystkim jest prawem konstytucyjnym obywatela mającym swoje źródło w koncepcji obywatelstwa i przynależności jednostki do danego państwa.

Należy przy tym podkreślić, że art. 55 Konstytucji RP zawiera konstytucyjne – niemożliwe do uchylecia innym aktem prawnym – ograniczenia w zakresie dokonania ekstradycji, tak obywatela polskiego, jak i cudzoziemca. Ustawa zwykła lub umowa międzynarodowa, o której mowa w art. 91 ust. 1 Konstytucji RP, może jednak – na ogólnych zasadach – wprowadzać kolejne⁴³.

Polska, przystępując w 2004 r. do Unii Europejskiej, była zobowiązana do implementowania licznych aktów prawnych UE, w tym decyzji ramowej Rady z 13 czerwca 2002 w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi. W tym wypadku konieczność dostosowania prawa krajowego do prawa europejskiego spowodowała zmianę treści samej Konstytucji, co było w Polsce bezprecedensowym zabiegiem prawotwórczym.

Międzynarodowe akty prawne nie zakazują co do zasady ekstradycji. Regulują i ujednolicają procedury ekstradycyjne, pozwalają także – pod pewnymi warunkami – na przeciąganie procedur ekstradycyjnych lub odmowę wydania sprawcy.

Literatura

- Bausback W., *Art. 16 II GG und die Auslieferung Deutscher an den neuen Internationalen Strafgerichtshof*, „Neue Juristische Wochenschrift” 1999.
- Biśta I.J., Żurek J., *Ekstradycja w polskim porządku prawnym*, [w:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2014.
- Brodowski L., Kuźniar-Kwiatek D., *Ekstradycja a dostarczenie w prawie międzynarodowym*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego. Seria Prawnicza” 2010, z. 69.
- Ehrlich L., *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 1958.
- Falkiewicz A., *Kilka uwag o europejskim nakazie aresztowania – uwagi polemiczne w związku z artykułem Jakuba Żurka*, „Palestra” 2013, nr 3-4.

⁴² W. Bausback, *Art. 16 II GG und die Auslieferung Deutscher an den neuen Internationalen Strafgerichtshof*, „Neue Juristische Wochenschrift” 1999, s. 3320. Podaję za: A. Falkiewicz, *Kilka uwag o europejskim nakazie aresztowania – uwagi polemiczne w związku z artykułem Jakuba Żurka*, „Palestra” 2013, nr 3-4, s. 121.

⁴³ K. Karski, *op. cit.*, s. 17.

- Gerecka-Żołyńska A., *Wydanie sprawcy przestępstwa a międzynarodowe akty prawne*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1997, z. 4.
- Janczarek S., *Ekstradycja a Europejska Konwencja Praw Człowieka*, „Na Wokandzie” 2016, nr 27, <https://nawokandzie.ms.gov.pl/numer-27/wokanda-2-numer-27/ekstradycja-a-europejska-konwencja-praw-czlowieka.html>.
- Klafkowski A., *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 1969.
- Karski K., *Geneza i skutki nowelizacji art. 55 Konstytucji: spojrzenie z punktu widzenia ustrojodawcy*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2012, nr 4.
- Kuczma P., *Prawa człowieka w zarysie*, Polkowice 2012.
- Liedel K., Piasecka P., *Współpraca międzynarodowa w dziedzinie zwalczania terroryzmu*, [w:] *Terroryzm – rola sił zbrojnych w zwalczaniu zjawiska*, red. J. Gotowała, Materiały z konferencji naukowej zorganizowanej 26 października 2005 r., Warszawa 2006.
- Malinowska-Krutul K., *Ekstradycja a przekazanie w ramach europejskiego nakazu aresztowania*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 6.
- Masternak-Kubiak M., *Odesłania do prawa międzynarodowego w Konstytucji RP*, Wrocław 2013.
- Mozgawa-Saj M., *Ekstradycja – rozważania dogmatyczne i wyniki badań empirycznych*, „Prawo w Działaniu. Sprawy karne” 2012, nr 11.
- Płachta M., *Konwencja Unii Europejskiej z 1996 r. o ekstradycji*, „Studia Europejskie” 1999, nr 1.
- Płachta M., *Prawa człowieka w kontekście przeszkód ekstradycyjnych*, „Palestra” 2003, nr 5-6.
- Resztak I., *Konwencje Rady Europy o przeciwdziałaniu zjawisku terroryzmu*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 10.
- Sarnecki P., *System źródeł prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2002.
- Słownik Języka Polskiego*, <https://sjp.pwn.pl/sjp/ekstradycja;2556312.html>.
- Wieruszewski R., *Oddziaływanie prawa międzynarodowego i prawa Unii Europejskiej na konstytucyjny status jednostki w RP*, [w:] *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, red. K. Wójtowicz, Warszawa 2006.
- Wojnarowska-Kusiak K., *Charakter prawny ekstradycji*, s. 270, <http://archwium.wspia.eu/file/21425/29-WOJNAROWSKA-KUSIAK.pdf>.
- Ziemblicki B., *Wprowadzenie do problematyki ekstradycji*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie: Prace z nauk penalnych oraz prawa międzynarodowego i europejskiego”, Wrocław 2010.
- Zmiany Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1997–2011 w świetle projektów ustaw oraz uchwalonych nowelizacji*, „Opracowania Tematyczne Biura Analiz i Dokumentacji Kancelarii Senatu OT-605”, październik 2011.
- Żurek J., *Ekstradycja w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, rozprawa doktorska – maszynopis.

Akty prawne

- Traktat ekstradycyjny pomiędzy Stanami Zjednoczonymi AP a Rzeczpospolitą Polską, Protokół (Dz.U. z 1929 r. Nr 45, poz. 372).
- Dodatkowy traktat z 1936 r. (Dz.U. Nr 43, poz. 318).
- Traktat między Rzeczpospolitą Polską a Wielką Brytanią o wydawaniu zbiegłych przestępców z 1932 r. (Dz.U. z 1934 r. Nr 17, poz. 135).
- Europejska Konwencja o Ekstradycji z 13 grudnia 1957 r. (Dz.U. Nr 70, poz. 307).
- Konwencja o Uproszczonej Procedurze Ekstradycyjnej z dnia 10 marca 1995 r.
- Konwencja Unii Europejskiej o Ekstradycji z 27 września 1996 r.

Orzecznictwo

- Wyrok TK z 27 maja 2003 r., sygn. K 11/03.
- Wyrok TK z 31 maja 2004 r., sygn. K 15/04.
- Wyrok TK z 27 kwietnia 2005 r., sygn. P 1/05.

Maciej Piotrowski

Uczelnia Jana Wyżykowskiego w Polkowicach

ORCID 0000-0001-9670-7446

maciej.piotrowski@interia.pl

20 lat funkcjonowania spółki europejskiej. Przegląd uregulowań prawnych oraz korzyści i zagrożeń związanych z jej funkcjonowaniem

Słowa kluczowe: spółka europejska, prawo europejskie, gospodarka europejska

Streszczenie: Celem artykułu jest przedstawienie uregulowań prawnych, zarówno krajowych, jak i unijnych, odnoszących się do funkcjonowania spółki europejskiej oraz wskazanie korzyści i zagrożeń, które wiążą się z obecnością podmiotów tego rodzaju w obrocie prawnym. W związku z tym skupiono się głównie na wymogach prawnych, począwszy od podmiotów, które mogą założyć SE, poprzez wymogi rejestracyjne i sposoby jej funkcjonowania w różnorodnym otoczeniu prawnym. Ważnym elementem tego artykułu jest również próba odpowiedzi na pytanie, jakie jest w obecnym czasie praktyczne zastosowanie SE i z czego ono wynika oraz dlaczego jest tak znikome zainteresowanie wykorzystaniem spółki europejskiej jako podmiotu służącego do prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium Unii Europejskiej.

20 years of operation of the European Company. Overview of the regulatory framework and the benefits and risks associated with its functioning

Keywords: European company, European law, European economy

Summary: The aim of the article is to present the legal regulations, both national and EU ones, relating to the functioning of a European company and to indicate the benefits and risks associated with the presence of such entities in legal transactions. Therefore, the focus was mainly on the legal requirements, ranging from entities that can establish an SE, through registration requirements and how it functions in a diverse legal environment. An important element of this article is also an attempt to answer the question of what is the practical use of SE at the present time and what is the reason for it and why there is so little interest in using a European company as an entity serving to conduct business activity in the territory of the European Union.

1. Wprowadzenie

W 2021 r. mija dwudziesta rocznica uregulowania w prawie unijnym sposobu tworzenia i funkcjonowania spółki europejskiej (*societas europaea*). Chociaż prace nad harmonizacją przepisów dotyczących działalności transgranicznej trwały już od końca lat 60. ubiegłego wieku, to pierwszym aktem regulującym ponadnarodową

formę spółki było rozporządzenie Rady (WE) nr 2157/2001 z dnia 8 października 2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej oraz dyrektywa 2001/86/WE uzupełniająca statut spółki europejskiej o zaangażowanie pracowników¹. W związku z tym, że przepisy przewidywały trzyletnie *vacatio legis*, zaczęły obowiązywać 8 października 2004 r. W Polsce stosowne przepisy zostały wprowadzone ustawą z 4 marca 2005 r. o europejskim zgrupowaniu gospodarczym i spółce europejskiej². Pomimo utrwalonego stanu prawnego spółka europejska nie zyskała uznania w oczach inwestorów i firm prowadzących działalność gospodarczą, zarówno w Polsce, jak i w państwach Unii Europejskiej.

W założeniu spółka europejska miała stanowić odpowiedź na swobodę przepływu towarów, przepływu osób, przedsiębiorczości, świadczenia usług oraz swobodę przepływu kapitału i płatności bieżących w formującej się gospodarczo i politycznie Europejskiej Wspólnocie Gospodarczej. Jak możemy przeczytać w Memorandum wydanym przez Komisję Europejską z 8 czerwca 1988 r. dotyczącym założeń *Societas Europaea*, utworzenie spółki miało wyeliminować brak możliwości „przeprowadzenia międzynarodowej fuzji spółek, problem podwójnego opodatkowania, rozbieżności w prawie spółek poszczególnych państw członkowskich, trudności związane z procedurą zakładania spółek i przenoszenia siedziby statutowej, a także zarządzania grupą takich podmiotów prawnych, traktowanych jako jedna jednostka gospodarcza”³. W ostatecznej wersji rozporządzenia Rady (WE) nr 2157/2001 z 8 października 2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej (SE)⁴ w preambule przyjęto naczelną zasadę, że:

(1) Przesłanką stworzenia rynku wewnętrznego oraz polepszenia sytuacji gospodarczej i społecznej w obrębie całej Wspólnoty, jest nie tylko wyeliminowanie barier handlowych, ale także reorganizacja struktury produkcji w wymiarze wspólnotowym. W tym celu niezbędne jest, aby przedsiębiorstwa, których działalność nie jest ograniczona do zaspokajania wyłącznie potrzeb lokalnych, miały możliwość planowania i przeprowadzenia reorganizacji swojej działalności w skali całej Wspólnoty.

Rozporządzenie stworzyło więc ramy prawne dotyczące zakładania i funkcjonowania spółek europejskich, natomiast szczegółowe rozwiązania dotyczące działalności na terenie poszczególnych państw powinny zostać uregulowane przez przepisy państwa członkowskiego⁵. Regulacje na poziomie krajowym miały jednakże zapewnić brak dyskryminacji spółek europejskich w stosunku do spółek krajowych, szczególnie w zakresie tworzenia prowadzonej przez nie działalności, łączenia się czy tworzenia grup kapitałowych. Natomiast do wyłącznej kompetencji systemów

¹ Oba akty prawne zostały ogłoszone w Dzienniku Urzędowym UE L 294 z dnia 10.11.2001 r.

² Dz.U. z 2018 r. poz. 2036.

³ N. Banaś, *Europejska spółka akcyjna w postępowaniu rejestrowym*, Warszawa 2012, s. 7-8.

⁴ Dalej jako: rozporządzenie o SE.

⁵ *Prawo gospodarcze i handlowe*, red. W.J. Katner, Warszawa 2020, LEX.

prawa krajowego, zgodnie z punktem 20 preambuły, pozostały kwestie prawa podatkowego, konkurencji (w tym prawa antymonopolowego), własności intelektualnej i prawa upadłościowego.

Celem artykułu jest przedstawienie uregulowań prawnych, zarówno krajowych, jak i unijnych, odnoszących się do funkcjonowania spółki europejskiej oraz wskazanie korzyści i zagrożeń, które wiążą się z obecnością podmiotów tego rodzaju w obrocie prawnym. W związku z tym skupiono się głównie na wymogach prawnych, począwszy od podmiotów, które mogą założyć SE, poprzez wymogi rejestracyjne i sposoby jej funkcjonowania w różnorodnym otoczeniu prawnym. Ważnym elementem tego artykułu jest również próba odpowiedzi na pytanie, jakie jest w obecnym czasie praktyczne zastosowanie SE i z czego ono wynika oraz dlaczego jest tak znikome zainteresowanie wykorzystaniem spółki europejskiej jako podmiotu służącego do prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium Unii Europejskiej.

2. Utworzenie spółki europejskiej

Warunkiem *sine qua non* utworzenia spółki europejskiej jest jej transgraniczny charakter. Oznacza to, że zgodnie z punktem 1 preambuły rozporządzenia o SE nie mogą tworzyć jej podmioty, których działalność ograniczona jest jedynie do zaspokojenia potrzeb lokalnych. Powyższy warunek może zostać spełniony na kilka sposobów. Pierwszy i wydaje się, że najpopularniejszy obecnie, to powołanie SE przez co najmniej dwa podmioty, które pochodzą z dwóch różnych krajów wspólnoty. Drugim sposobem, który również jest dopuszczalny, jest utworzenie SE przez co najmniej dwa podmioty, które podlegają temu samemu prawu krajowemu, pod warunkiem, że co najmniej dwa z tych podmiotów mają, od co najmniej dwóch lat, spółkę zależną na obszarze innego kraju UE. Trzecią możliwą okolicznością jest sytuacja, w której spółka akcyjna, która zostaje przekształcona w spółkę europejską, ma od co najmniej dwóch lat spółkę zależną na terenie innego państwa wspólnotowego⁶.

Przewidziany w rozporządzeniu o SE sposób, w jaki możemy tworzyć spółki europejskie, został ograniczony do czterech przypadków,

1. utworzenie SE poprzez połączenie się spółek akcyjnych,
2. utworzenie holdingu SE,
3. utworzenie SE jako spółki zależnej (spółki córki),
4. przekształcenie się spółki akcyjnej w SE⁷.

⁶ *Meritum. Prawo spółek*, t. II, red. A. Kidyba, Warszawa 2020, s. 2280.

⁷ *Ibidem*, s. 2278.

Jak możemy zauważyć, w każdym z przypadków utworzenie SE bazuje na spółkach, które już posiadają osobowość prawną lub które po utworzeniu taką osobowość uzyskają. Nie ma możliwości, aby na etapie zakładania tworzyły ją osoby fizyczne. Szczegółowy zakres podmiotów mogących utworzyć spółkę został określony w art. 2 ust. 1-4 rozporządzenia o SE⁸. Nie wyklucza to możliwości późniejszego dołączenia osób fizycznych (np. poprzez zakup akcji) do już istniejącej spółki europejskiej, jednakże pierwszy etap musi być zainicjowany i przeprowadzony przez szeroko rozumiane spółki (szerzej niż to mamy uregulowane w polskim prawie) posiadające osobowość prawną.

Aby mogła powstać spółka europejska, podmioty ją tworzące muszą spełniać łącznie trzy warunki:

1. muszą zostać utworzone na podstawie prawa jednego z państw członkowskich,
2. muszą posiadać siedzibę statutową (*registered office, Sitz*) na terenie któregoś z państw członkowskich,
3. powinny posiadać zarząd główny (*head office, Hauptverwaltung*) na terenie państwa członkowskiego lub jeżeli państwo członkowskie tak postanowi, zarząd główny może znajdować się poza obszarem Wspólnoty⁹.

O ile o dwóch pierwszych warunkach możemy stwierdzić, że tworzą normę *ius cogens*, o tyle warunek trzeci stanowi *ius dispositivum*. Ustawodawca w Polsce zdecydował się skorzystać z takiego upoważnienia i na podstawie art. 15 ustawy z 4 marca 2005 r. o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej zezwolił na zakładanie SE przez podmioty posiadające swój zarząd główny w państwach nienależących do Unii Europejskiej.

Do utworzenia spółki europejskiej niezbędne jest również wniesienie kapitału nie mniejszego niż 120 tys. euro. Każde z państw członkowskich ma jednak możliwość ustanowienia wyższego subskrybowanego kapitału akcyjnego niż limit, jaki został określony w rozporządzeniu o SE. Kapitał zakładowy podzielony jest na akcje, a akcjonariusz odpowiada jedynie do wysokości wniesionego kapitału. Rejestracja i prowadzenie ewidencji powołanych SE podlega ustawodawstwu kraju, w którym spółka ma swoją siedzibę¹⁰.

3. Organy spółki europejskiej

Najwyższym organem w spółce europejskiej jest walne zgromadzenie akcjonariuszy. Ramowo zakres kompetencji tego organu został określony od art. 52 do art.

⁸ *Prawo handlowe dla ekonomistów*, red. B. Gnela, Warszawa 2019, LEX.

⁹ *Prawo spółek handlowych*, red. A. Koch, J. Napierała, Warszawa 2019, LEX.

¹⁰ *Prawo gospodarcze...*

60 rozporządzenia¹¹. Natomiast szczegółowe rozwiązania pozostawione zostały do uregulowania w systemach prawnych państw członkowskich. W Polsce zastosowanie mają przepisy Kodeksu spółek handlowych w odniesieniu do zgromadzenia akcjonariuszy w spółkach akcyjnych, w szczególności art. 393 oraz art. 430 § 1, dotyczących zakresu, jaki został zastrzeżony do kompetencji zgromadzenia akcjonariuszy¹².

Ze względu na funkcjonowanie w krajach wspólnoty różnych systemów zarządzania spółkami, wynikających głównie z uwarunkowań historycznego rozwoju różnych koncepcji sprawowania nadzoru i administrowania w firmach, rozporządzenie¹³ daje podmiotom zakładającym SE możliwość wyboru co do rodzaju reprezentacji i sprawowania kontroli nad tworzonymi spółkami europejskimi, pomiędzy systemem dualistycznym a monistycznym.

W systemie dualistycznym, który jest właściwy chociażby dla polskiego porządku prawnego, charakterystyczny jest bardzo wyraźny rozdział kompetencyjny i personalny, pomiędzy organem zarządzającym a organem nadzorującym. Charakterystyczną zasadą w ramach tego systemu jest to, że żadna osoba nie może łączyć jednocześnie funkcji w organie nadzoru i organie zarządzającym. Jest dopuszczalne czasowe powołanie członka rady nadzorczej na stanowisko członka zarządu, w przypadku prawa polskiego nie dłużej niż na trzy miesiące, ale na czas tego powołania traci on uprawnienia do zasiadania, podejmowania decyzji oraz głosowania w organie nadzoru¹⁴.

Członkowie organu nadzoru powoływani są przez walne zgromadzenia akcjonariuszy. Przepisy rozporządzenia¹⁵ pozwalają na objęcie funkcji zarówno przez osoby fizyczne, jak i przez osoby prawne. W polskim prawie zostało to jednak ograniczone, ponieważ zgodnie z art. 18 §1 k.s.h. członkiem zarządu lub rady nadzorczej może być tylko osoba fizyczna mająca pełną zdolność do czynności prawnych. Wspólnym natomiast, dla prawa wspólnotowego i polskiego porządku prawnego, jest ograniczenie niezezwalające na obejmowanie funkcji w organie nadzoru czy organie zarządzającym przez osoby, którym takie prawo odebrano na podstawie orzeczenia sądowego lub decyzji administracyjnej w którymkolwiek z państw członkowskich.

Liczbę członków desygnowanych do rady nadzorczej określa Statut SE. Każdy z krajów członkowskich ma możliwość określenia zarówno minimalnej, jak i maksymalnej liczby osób, jaka powinna zostać obsadzona w organie zarządzającym

¹¹ Rozporządzenie Rady (WE) NR 2157/2001 z dnia 8 października 2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej (SE).

¹² *Spółki handlowe. Pytania i odpowiedzi*, red. J. Jacyszyn, Warszawa 2016, LEX.

¹³ Rozporządzenie Rady (WE) NR 2157/2001 z dnia 8 października 2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej (SE).

¹⁴ *Spółki handlowe...*

¹⁵ Rozporządzenie Rady (WE) NR 2157/2001 z dnia 8 października 2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej (SE).

i nadzorującym spółkę. Polski ustawodawca zdecydował się na określenie granicy tylko co do minimalnego składu rady nadzorczej. Zgodnie z art. 385 k.s.h. powinna liczyć ona co najmniej trzech, a w spółkach publicznych co najmniej pięciu członków. Takiego ograniczenia nie wprowadzono co do liczby osób wchodzących w skład zarządu, pozostawiając tę decyzję w kompetencjach spółki. Do rady nadzorczej, jeżeli zostanie podpisane stosowne porozumienie, mogą również zostać wybrani przedstawiciele pracowników¹⁶.

W systemie monistycznym podział pomiędzy funkcjami zarządzającymi, nadzorczymi czy reprezentacyjnymi nie przebiega tak wyraźnie jak w systemie dualistycznym. Mamy tu bowiem do czynienia z jednym organem, czyli z radą administrującą lub radą dyrektorów, która dokonuje podziału swoich kompetencji pomiędzy różne osoby zasiadające w jej gronie. Każdy z członków rady otrzymuje pewien zakres uprawnień i obowiązków, który określa, czy pełni on funkcję zarządczą, czy też nadzorczą. Jednak wszystkie kluczowe decyzje są podejmowane w możliwie najszerszym składzie rady, niezależnie od przyznanych wcześniej kompetencji. Pozwala to w dość elastyczny sposób zarządzać działalnością przedsiębiorstwa, jak również na szybszy przepływ informacji w ramach organizacji¹⁷.

Liczba członków rady administrującej określa statut SE, jednak podobnie jak to występowało w systemie monistycznym, każde z państw Unii Europejskiej ma możliwość ustalenia minimalnej i maksymalnej liczby osób wchodzących w skład tego organu. Polska również w tym wypadku skorzystała z tego prawa i w art. 33 ustawy o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej wprowadziła minimalny skład, na poziomie co najmniej trzech osób, a w spółce publicznej co najmniej pięciu. Mamy więc tu do czynienia z analogiczną sytuacją, jak przy określaniu liczby członków rady nadzorczej w systemie monistycznym.

Należy zauważyć, że rada administrująca oprócz braku wyraźnego podziału na funkcje zarządcze i nadzorcze ma znacznie silniejszy mandat co do sposobu kierowania jej działalnością, ponieważ zgodnie z art. 37 ust. 2 ustawy o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej walne zebranie akcjonariuszy nie może wydawać bezpośrednio poleceń co do prowadzenia spraw spółki. Rada administrująca nie może więc być związana żadną uchwałą walnego zebrania akcjonariuszy, której zakres uprawnień nie jest określony w statucie SE lub przepisach prawa.

Sposób reprezentacji w SE powinien być określony w statucie spółki. Do zasadniczych uprawnień każdego członka rady należy m.in. prawo do prowadzenia spraw spółki wspólnie z innymi członkami rady (art. 371 § 1 k.s.h. w związku z art. 29 ust. 1 ustawy o EZIG i SE) oraz prawo do reprezentowania spółki, niepodlegające wy-

¹⁶ *Prawo spółek...*

¹⁷ *Meritum. Prawo...*

łączeniu ani ograniczeniu (art. 372 k.s.h. w związku z art. 29 ust. 1 ustawy o EZIG i SE), prawo do żądania od dyrektora wykonawczego oraz pracowników SE, aby przedłożyli oni całej radzie na jej najbliższym posiedzeniu określone dokumenty, sprawozdania i wyjaśnienia (art. 32 ust. 2 zdanie drugie ustawy o EZIG i SE)¹⁸.

Jak możemy zauważyć, rada administrująca ma bardzo silny mandat, jeżeli chodzi o prowadzenie bieżących spraw SE, musimy jednak pamiętać, że rada sprawuje swoją funkcję kolegiałnie i pomimo że każdy z członków odpowiada za określony, w statucie lub podziałem kompetencji w radzie, obszar działalności, to jednak kluczowe decyzje muszą uzyskać poparcie większości rady. Stąd zapewne troska polskiego ustawodawcy, aby tak duże kompetencje nie znalazły się w jednym ręku.

4. Przeniesienie siedziby SE do innego państwa członkowskiego

Tym, co wyróżnia spółkę europejską na tle innych spółek funkcjonujących na podstawie prawa krajowego, jest możliwość przeniesienia jej siedziby do innego kraju członkowskiego, bez obowiązku przeprowadzenia procesu likwidacji spółki w kraju, w którym dotychczas miała siedzibę i otwierania jej w nowym kraju¹⁹. Spółka przy zachowaniu procedur przewidzianych zarówno w przepisach wspólnotowych, jak i krajowych powinna zachować swoją spójność organizacyjną i tożsamość podmiotową.

Jednak pomimo pięknych założeń co do funkcjonowania SE w państwach wchodzących w skład UE, przeniesienie siedziby z jednego kraju do innego nie jest ani tak szybkie, ani tak proste, jeżeli porównamy je do przeniesienia siedziby spółki kapitałowej w ramach jednego kraju. Ze względu na zakres objętościowy tego artykułu, opis zostanie ograniczony do sytuacji przeniesienia siedziby spółki z terytorium Polski do innego kraju Unii Europejskiej, tak aby jedynie zasygnalizować potencjalne problemy i zagrożenia, jakie mogą wyniknąć w trakcie procesu przenoszenia.

Musimy pamiętać, że spółka europejska działająca w Polsce podlega m.in. polskim przepisom rejestracyjnym²⁰ spółek handlowych²¹ czy podatkowym, których musi przestrzegać podobnie jak pozostałe spółki kapitałowe funkcjonujące w Polsce. Jeżeli podjęta zostanie decyzja o przeniesieniu spółki na obszar innego kraju UE, to procedura rozpoczyna się od przygotowania planu przeniesienia sie-

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Prawo gospodarcze...*

²⁰ Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. z 2021 r. poz. 112 ze zm.).

²¹ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1526 ze zm.).

dziby. W ramach planu muszą zostać określone, zgodnie z art. 8 rozporządzenia o SE²², w pierwszej kolejności: dotychczasowa firma, siedziba i numer rejestracyjny SE. Oprócz ww. elementów plan musi zawierać również proponowaną statutową siedzibę SE i proponowany Statut SE, gdy jest to właściwe, włącznie z jej nową firmą. Nowy statut powinien zawierać zmiany w zakresie niezbędnym do prawidłowego funkcjonowania w obszarze nowych przepisów, z odmiennymi często od dotychczasowych rozwiązaniami prawnymi. Spółka, która zmienia siedzibę, nie ma nawet obowiązku zachowania swojej firmy. Możemy więc mieć do czynienia z „zupełnie nowym podmiotem”, o zmienionej firmie, zmienionej strukturze organizacyjnej, sposobie zarządzania i nadzoru oraz funkcjonującym w odmiennych uwarunkowaniach prawnych.

Dodatkowo plan przeniesienia powinien zawierać wszelkie konsekwencje, jakie przeniesienie może mieć dla uczestnictwa pracowników spółki. Przepisy o SE kładą bardzo duży nacisk na zapewnienie możliwości udziału pracowników w sprawach dotyczących tworzenia spółki, dostępu do informacji o strategicznych decyzjach podejmowanych przez organ zarządzający, desygnowania przedstawicieli pracowników do organów nadzoru czy w końcu umożliwienia wypowiedzania się pracowników odnośnie do kluczowych działań podejmowanych w ramach SE²³.

W planie przeniesienia musi zostać uwzględniony również proponowany harmonogram przeniesienia oraz wszelkie prawa zagwarantowane w celu ochrony akcjonariuszy i/lub wierzycieli.

Całą procedurę przeniesienia pod względem legalności i spełnienia wszystkich warunków formalnych bada sąd rejestrowy właściwy dla siedziby spółki. Jeżeli wszystkie wymogi zostaną spełnione, sąd wydaje zaświadczenie o spełnieniu wszystkich czynności i formalności wymaganych przez prawo, niezbędnych do przeniesienia siedziby do innego państwa Unii Europejskiej. Takie zaświadczenie stanowi warunek *sine qua non* rozpoczęcia rejestracji siedziby w nowym państwie członkowskim. Po spełnieniu wymagań formalnych związanych z wymogami danego kraju organ rejestrowy zatwierdza przeniesienie siedziby SE. Musimy pamiętać, że przepisy dotyczące rejestracji spółek nie są ustandaryzowane w ramach UE i każde z państw decyduje o rodzaju procedur, jakie w tym kraju obowiązują.

²² Rozporządzenie Rady (WE) NR 2157/2001 z dnia 8 października 2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej (SE).

²³ A. Giedrewicz-Niewińska, *Środki zapobiegające nadużyciom w zakresie uczestnictwa pracowników w spółce europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, R. LXXX, z. 3, s. 48-51.

5. Funkcjonowanie spółki europejskiej w przestrzeni gospodarczej

Pomimo że prace nad stworzeniem podwalin pod przepisy umożliwiające utworzenie spółki europejskiej trwały ponad 30 lat i były przedmiotem wielu konsultacji, nie udało się ostatecznie stworzyć ram organizacyjnych, które spowodowałyby znaczące zainteresowanie przedsiębiorstw i inwestorów tego rodzaju spółką.

Tabela 1. Rozkład geograficzny SE

Państwo	Liczba SE zarejestrowanych w poszczególnych państwach	Liczba SE zatrudniających powyżej 5 pracowników	Pozostałe SE
Czechy	1898	90 (4,74%)	1808 (95,26%)
Niemcy	411	232 (56,45%)	179 (43,55%)
Słowacja	123	13 (10,57%)	110 (89,43%)
Wielka Brytania	42	14 (33,33%)	28 (66,67%)
Francja	35	24 (68,57%)	11 (31,43%)
Holandia	30	16 (53,33%)	14 (46,67%)
Luksemburg	26	12 (46,00%)	14 (54,00%)
Austria	24	11 (46,15%)	13 (53,85%)
Cypr	24	9 (37,50%)	15 (62,50%)
Lichtenstein	11	4 (36,36%)	7 (63,64%)
Belgia	11	4 (36,36%)	7 (63,67%)
Irlandia	9	2 (22,22%)	7 (77,78%)
Estonia	8	7 (87,50%)	1 (12,50%)
Malta	7	0 (0,00%)	7 (100,00%)
Szwecja	5	2 (40,00%)	3 (60,00%)
Węgry	5	4 (80,00%)	1 (20,00%)
Łotwa	5	3 (60,00%)	2 (40,00%)
Polska	5	1 (20,00%)	4 (80,00%)
Norwegia	4	2 (50,00%)	2 (50,00%)
Estonia	3	0 (0,00%)	3 (100,00%)
Pozostałe 7 krajów	9	3 (33,33%)	6 (66,67%)
Ogółem:	2757	451 (16,36%)	2306 (83,64%)

Źródło: A. Giedrewicz-Niewińska, *Środki zapobiegające nadużyciom w zakresie uczestnictwa pracowników w spółce Europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, R. LXXX, z. 3, s. 52. Zestawienie na dzień 31 marca 2017 r.

Na dzień 31 grudnia 2021 r. liczba spółek europejskich w Polsce zwiększyła się do dwudziestu²⁴, nie zmienia to jednak znacząco sytuacji w porównaniu z rokiem

²⁴ Elektroniczny system Krajowego Rejestru Sądowego, <https://ekrs.ms.gov.pl/>.

2017, jeżeli zestawimy to z danymi dotyczącymi ogólnej liczby spółek prawa handlowego funkcjonujących w Polsce.

Tabela 2. Liczba spółek prawa handlowego w Polsce w latach 2012-2019

Wyszczególnienie	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Spółki handlowe	348 952	382 526	413 813	456 910	501 056	537 273	489 908	521 073
Spółki akcyjne	10 182	10 491	10 895	11 380	11 769	12 044	9938	10 021
Spółki z o.o.	290 291	317 698	345 135	382 394	420 789	451 863	402 168	429 136
Spółki partnerskie	1775	1922	2046	2150	2249	2333	2376	2402
Spółki jawne	33 388	34 048	34 841	35 896	36 368	36 399	35 753	35 229
Spółki komandytowe	10 500	12 658	15 652	20 391	25 647	30 654	35 826	40 578
Spółki komandytowo-akcyjne	2816	5709	5244	4699	4234	3980	3847	3707

Źródło: Zmiany strukturalne grup podmiotów gospodarki narodowej w rejestrze REGON, 2019 r. Tablice w formacie XLS, https://stat.gov.pl/download/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5504/1/24/1/zmiany_strukturalne_grup_podmiotow_gospodarki_narodowej_w_rejestrze_regon_2019_r.xls [dostęp: 15.01.2022].

Z analizy danych zamieszczonych w tabeli 2 możemy wyciągnąć wniosek, że omawiana forma prawna spółki europejskiej stanowi marginalny procent w skali całości podmiotów prawa handlowego funkcjonującego w Polsce.

Wracając jednak do struktury geograficznej SE zawartej w tabeli 1, na uwagę zasługuje na pewno wysoka pozycja Czech czy Słowacji, zważywszy na fakt, że nie są to najbardziej rozwinięte gospodarki Unii Europejskiej. Wynika to z wprowadzenia w tych krajach uproszczonych procedur zakładania SE oraz korzyści podatkowych, jakie daje prowadzenie tego rodzaju spółki. Widać to wyraźnie, śledząc poziom zatrudnienia, który w większości tych spółek mieści się poniżej pięciu pracowników. W krajach, w których mamy do czynienia z optymalizacją podatkową, z wykorzystaniem spółki europejskiej, wielkość zatrudnienia zazwyczaj wynosi poniżej pięciu pracowników. W głównej mierze wynika to z faktu, że system podatkowy, według którego następuje opodatkowanie, jest właściwy dla siedziby spółki. W związku z tym podstawowa działalność (produkcja, handel, usługi) może być prowadzona w jednym kraju, np. ze względu na dostępną infrastrukturę, a podatki będą odprowadzane w innym, zgodnie z ustanowioną siedzibą spółki. Taką sytuację możemy zaobserwować na przykładzie Czech, gdzie, zgodnie z tabelą 1, aż 95,26% firm zatrudnia poniżej pięciu pracowników; na Słowacji, gdzie wskaźnik wynosi 89,43%; w Irlandii, gdzie mamy 77,78% oraz na Cyprze, w Lichtensteinie, gdzie wskaźnik wynosi powyżej 60%. W krajach takich jak Belgia i Szwecja również mamy do czynienia ze wskaźnikiem przekraczającym 60%, chociaż nie są to kraje, które dają duże pole do prowadzenia optymalizacji podatkowej. Może to być

spowodowane zbyt małą liczbą spółek (w Belgii 11, w Szwecji 5), aby proporcje co do liczby osób zatrudnionych w poszczególnych grupach uznać za miarodajne.

Jeżeli spojrzymy na największe gospodarki w UE pod względem PKB jak Niemcy, Francja, Wielka Brytania (dane sprzed *brevit-u*), Włochy, Hiszpania, to liczba zarejestrowanych SE w tych krajach wynosiła zaledwie 490. Przy generowaniu przez te pięć krajów 71% PKB Unii Europejskiej, tylko 18% z całkowitej liczby spółek europejskich było zarejestrowanych w tych państwach. Pokazuje to ewidentny rozdźwięk pomiędzy założeniami, dla jakich taka forma została stworzona, a praktyką gospodarczą w UE.

Zakładając, że przedsiębiorcy i inwestorzy dokonują racjonalnych wyborów, możemy skonstatować, iż spółka europejska oferuje zbyt mało korzyści w stosunku do nałożonych obowiązków i ograniczeń. Poniżej postaram się przedstawić kilka powodów, z których może wynikać taki stan rzeczy.

Pierwszym z problemów, jakie możemy zauważyć, jest uprzywilejowana pozycja pracowników, z którą mamy do czynienia nie tylko na etapie tworzenia SE, ale również przy jej działalności operacyjnej i likwidacji²⁵. Podstawowym aktem prawnym, który wyznacza podstawowe wymogi, jakie w stosunku do zatrudnionych musi spełnić SE, jest Dyrektywa Rady 2001/86/WE z 8 października 2001 r. uzupełniająca statut spółki europejskiej w odniesieniu do uczestnictwa pracowników. Daje ona przedstawicielom pracowników szerokie uprawnienia do nadzorowania i wpływania na kluczowe decyzje podejmowane w spółce. Chodzi tu zwłaszcza o kwestie związane z zasiadaniem przedstawicieli pracowników w organach nadzoru²⁶. Zgodnie z art. 26 ust. 2 ustawy z dnia 4 marca 2005 r. o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej każdy członek rady nadzorczej może żądać od członków zarządu i pracowników SE przedstawienia radzie nadzorczej na jej najbliższym posiedzeniu dokumentów, sprawozdań lub wyjaśnień. Są to bardzo szerokie kompetencje, chociażby w porównaniu z uprawnieniami, jakie przysługują pracownikom w ramach rady pracowników w myśl ustawy z 7 kwietnia 2006 r. o informowaniu pracowników i przeprowadzaniu z nimi konsultacji.

Kolejnym elementem jest zagwarantowane uczestnictwo pracowników przy zakładaniu SE²⁷. Prawo europejskie nie narzuca konkretnych rozwiązań dotyczących zaangażowania pracowników w działalność nowo tworzonej spółki, ale pozostawia to do wypracowania specjalnemu zespołowi negocjacyjnemu²⁸. Zespół złożony jest z przedstawicieli załogi i organów zarządzających spółek zmierzających

²⁵ J. Wratny, *Regulacja partycypacji pracowniczej w prawie wspólnotowym*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1993, nr 4, s. 4-5.

²⁶ M. Gersdorf, E. Maniewska, M. Raczkowski, K. Rączka, *Prawo pracy. Pytania i odpowiedzi*, Warszawa 2020, LEX.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Spółki handlowe...*

do utworzenia SE. O ile można zrozumieć ideę, jaka przyświecała takiemu rozwiązaniu i miała zapewnić ochronę praw pracowniczych, o tyle trzeba wziąć pod uwagę fakt, że taka procedura może nadmiernie nie tylko wydłużyć powstawanie SE, ale również zwiększyć ryzyka prawne. Narzucenie tak daleko idącej ingerencji pracowników w sprawy spółki i nadanie im tak szerokich kompetencji może skutecznie zniechęcać potencjalnych inwestorów do angażowania się w prowadzenie działalności w formie spółki europejskiej.

Następnym problemem, na który warto zwrócić uwagę, jest brak możliwości tworzenia SE przez osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą. Chociaż jednoosobowa działalność gospodarcza kojarzy nam się zazwyczaj z mikroprzedsiębiorczością, to są również podmioty, które w ramach takiej formy prawnej prowadzą zarówno przedsiębiorstwa mikro, małe, średnie, jak i duże. Przypomnę tylko, że zgodnie z art. 7 ustawy z 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców²⁹ firma jest uważana za:

1. mikro przedsiębiorcę, jeżeli zatrudnia poniżej 10 pracowników, jej przychody roczne są poniżej 2 mln euro i suma bilansowa nie przekracza 2 mln euro,
2. małego przedsiębiorcę, jeżeli zatrudnia poniżej 50 pracowników, jej przychody roczne są poniżej 10 mln euro i suma bilansowa nie przekracza 10 mln euro,
3. średniego przedsiębiorcę, jeżeli zatrudnia poniżej 250 pracowników, jej przychody roczne są poniżej 50 mln euro i suma bilansowa nie przekracza 43 mln euro,
4. dużego przedsiębiorcę, jeżeli zatrudnia powyżej 250 pracowników, jej przychody roczne są powyżej 50 mln euro i suma bilansowa przekracza 43 mln euro.

Jeżeli porównamy te wartości do minimalnego kapitału założycielskiego, jaki są obowiązani wnieść akcjonariusze, a który wynosi 120 tys. euro, to zauważymy, że jest to niewspółmiernie mało, nawet do pierwszego progu obrotów rocznych, czyli do 2 mln euro, który dotyczy mikro przedsiębiorstw. Mając jednocześnie na uwadze, że największy wkład, bo aż 72,3% w PKB przedsiębiorstw, generują właśnie mikro, małe i średnie przedsiębiorstwa, to brak dostępu osób fizycznych, spółek osobowych czy spółek z ograniczoną odpowiedzialnością do możliwości skorzystania z założenia spółek europejskich zdecydowanie wpływa na tak znikomą ich liczbę w polskim życiu gospodarczym.

Problemem, który na pewno mocno utrudnia działalność, jest brak ustandaryzowanych przepisów dotyczących rejestracji i przenoszenia spółek europejskich pomiędzy krajami wspólnotowymi. Każde z państw UE ma możliwość dowolnego kształtowania wymogów, jakie stawia przed nowo powstającym podmiotem, aby mógł zostać zarejestrowany i mógł prowadzić działalność w tym kraju. Wymaga to od podmiotów tworzących SE znajomości przepisów państwa, w którym spółka

²⁹ T.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 162.

ma mieć swoją siedzibę. SE będą tworzyły podmioty, które z zasady muszą pochodzić z dwóch różnych krajów, w których mogą obowiązywać zupełnie inne regulacje, wynikające chociażby z tradycji czy kultury prawnej. Analogicznie wygląda sytuacja związana z przeniesieniem siedziby do innego kraju wspólnoty. Tu również będzie wymagane dostosowanie obecnie obowiązujących w spółce rozwiązań do nowych warunków prawnych.

Bardzo ważny w kontekście przeniesienia siedziby z jednego kraju wspólnoty do innego był Wyrok Trybunału (wielka izba) z 25 października 2017 r. w sprawie C-106/16³⁰. Rozstrzygnięcie dotyczyło pytania prejudycjalnego o wykładnię art. 49 i 54 TFUE, w związku z obowiązującymi w Polsce przepisami i linią orzeczniczą, która wskazywała, że podmiot, który został zarejestrowany i prowadzi działalność gospodarczą na podstawie prawa polskiego (inny niż SE), chce przenieść swoją siedzibę na teren innego kraju wspólnotowego, nie może tego zrobić bez przeprowadzenia procesu likwidacji. Trybunał nie podzielił takiego poglądu i stwierdził, że:

- 1) artykuły 49 i 54 TFUE należy interpretować w ten sposób, że swoboda przedsiębiorczości ma zastosowanie do przeniesienia statutowej siedziby spółki utworzonej na mocy prawa jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego w celu przekształcenia jej w spółkę prawa tego innego państwa członkowskiego, w zgodzie z warunkami ustanowionymi w ustawodawstwie tego ostatniego państwa, któremu to przeniesieniu nie towarzyszy przeniesienie miejsca rzeczywistej siedziby rzeczony spółki;
- 2) artykuły 49 i 54 TFUE należy interpretować w ten sposób, że postanowienia te stoją na przeszkodzie przepisom państwa członkowskiego, które uzależniają przeniesienie statutowej siedziby spółki utworzonej na podstawie prawa jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego w celu przekształcenia jej w spółkę prawa tego innego państwa członkowskiego, w zgodzie z warunkami ustanowionymi w ustawodawstwie tego ostatniego państwa, od przeprowadzenia likwidacji pierwszej spółki³¹.

Powyższe orzeczenie pozwala podmiotom, które zostały utworzone na podstawie przepisów jednego z krajów wspólnoty, na swobodne przenoszenie swojej siedziby do innego kraju, bez obowiązku przeprowadzania likwidacji. Reasumując, korzyści, jakie miały stać za tworzeniem spółki europejskiej, a dotyczące wyjątkowego atutu w stosunku do innych podmiotów funkcjonujących na rynku, czyli zachowania swojej tożsamości podmiotowej przy przenoszeniu siedziby spółki do innego kraju, stają się czysto iluzoryczne.

³⁰ Wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Sąd Najwyższy (Polska) postanowieniem z dnia 22 października 2015 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 22 lutego 2016 r., w postępowaniu wszczętym przez: Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o., w likwidacji.

³¹ *Ibidem*.

6. Wnioski

Kiedy po raz pierwszy weszły w życie przepisy rozporządzenia w sprawie statutu spółki europejskiej (SE), Wspólnota Europejska była jeszcze związkiem luźno powiązanych ze sobą państw, których głównym spoiwem była współpraca gospodarcza i idea utrzymania pokoju w Europie. Dopiero Traktat lizboński z 2007 r. wprowadził istotne zmiany w jej funkcjonowaniu, ustanawiając osobowość prawną Unii Europejskiej i formując nowy jej kształt jako instytucji ponadnarodowej. Musimy o tym pamiętać, kiedy zastanawiamy się, co legło u podstaw powołania do życia spółki europejskiej i w jakich uregulowaniach prawnych miała ona wówczas funkcjonować.

Do niewątpliwych zalet prowadzenia działalności w formie spółki europejskiej na pierwszym miejscu możemy wymienić jej ponadpaństwowy charakter. Zakładając spółkę w jednym kraju, możemy zarówno otwierać jej oddziały w innych państwach Unii Europejskiej, jak również przenieść jej główną siedzibę do dowolnego kraju wspólnoty. Powiązaniem z tym aspektem działaniem jest możliwość przeprowadzenia fuzji przedsiębiorstw poprzez nabycie udziałów lub akcji innej spółki, nabycie przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części. Pozwala to na dopasowanie prowadzonej działalności do wymagań i charakteru rynku, kultury organizacyjnej funkcjonującej w danym kraju czy też szybkiego dostosowania się do wymogów prawnych funkcjonujących w przedmiotowym państwie.

Kolejną zaletą prowadzenia działalności w formie spółki europejskiej jest brak konieczności tworzenia spółek zależnych, a co za tym idzie – ujednoclenie systemu administracyjnego i systemu sprawozdawczości finansowej niezależnie od miejsca położenia siedziby spółki i jej oddziałów. Ma to niewątpliwie wpływ na ograniczenie wysokości kosztów związanych z funkcjonowaniem spółki, a tym samym na zwiększenie jej konkurencyjności na rynku.

Zaletą, o której również warto wspomnieć, jest możliwość unormowania w statucie spółki sposobu zarządzania według modelu monistycznego lub dualistycznego. Uwzględniając różnorodność systemów prawnych funkcjonujących w ramach państw Unii Europejskiej, wynikających w głównej mierze z kwestii historycznych, możemy mówić o dużej elastyczności w podejściu do tworzenia i działalności spółki europejskiej. Pozwala to na lepsze dostosowanie się do wymogów stawianych przez systemy prawne obowiązujące w państwach Unii Europejskiej, ale również może mieć niebagatelny wpływ na przyzwyczajenia inwestorów do kultury organizacyjnej panującej w przedsiębiorstwie.

Na niekorzyść tworzenia spółek europejskich przemawia brak ujednoczonych procedur związanych z przeniesieniem siedziby spółki. Chociaż w założeniach spółka miała mieć możliwość szybkiego i łatwego przenoszenia siedziby i rejestra-

cji w innym kraju wspólnotowym, to, niestety, praktyka nie poszła w ślad za tymi założeniami. W chwili obecnej każde z państw członkowskich ma swoją odrębną procedurę, od której uzależnia przeniesienie siedziby spółki do innego kraju Unii Europejskiej. Musimy mieć również na uwadze Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 25 października 2017 r. w sprawie C-106/16, który zezwala na przeniesienie siedziby przedsiębiorstwa działającego w innej formie prawnej niż spółka europejska do innego państwa członkowskiego bez przeprowadzenia likwidacji w państwie macierzystym. Rozszerza to zakres podmiotów, które poza spółką europejską mają możliwość przenoszenia siedziby na zasadach, jakie do momentu wydania wyroku były zastrzeżone dla SE.

Drugim niewątpliwym obciążeniem związanym z zawiązaniem spółki europejskiej są kwestie wynikające z uprzywilejowania pracowników. Na tle przepisów dotyczących funkcjonowania na rynku podmiotów posiadających osobowość prawną większość z nich nie jest związana regulacjami dającymi specjalne prawa pracownicze do wpływania na sposób funkcjonowania na rynku, decyzje inwestycyjne, przenoszenie siedziby i otwieranie nowych oddziałów czy w końcu likwidację przedsiębiorstwa. We wszystkich tych działaniach musi być uwzględnione stanowisko pracowników. Z punktu widzenia przeciętnego człowieka wszystkie te elementy są jak najbardziej właściwie. Jeżeli jednak spojrzymy na ten aspekt z punktu widzenia inwestora, dla którego celem nadrzędnym jest wypracowywany przez firmę zysk, a ma on do dyspozycji inne formy prowadzenia działalności, to zapewne wybierze takie formy, które przyniosą mu największy zwrot z kapitału, a nie te, które zapewniają największe zabezpieczenia socjalne pracownikom. Od razu zaznaczyć, że powyższe stwierdzenie nie ma na celu kwestionowania potrzeby uwzględnienia czynnika pracowniczego w funkcjonowaniu firmy, a jedynie pokazanie, które elementy ważą na podejmowaniu przez inwestorów decyzji o wyborze formy organizacyjnej przedsiębiorstwa.

Kolejną przeszkodą rozwoju SE jest zaproponowany w przepisach model jej założenia, który ogranicza się tylko do jednej z pięciu podstawowych procedur. Wyłącza to niejako „wprost” utworzenie spółki przez osoby fizyczne, spółki osobowe czy spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością. Pomimo że takie podmioty mogą z sukcesami działać na rynku wspólnotowym w różnych krajach, generując znaczne obroty, ustawodawca ograniczył możliwość zawiązania spółki europejskiej do: połączenia się spółek akcyjnych, utworzenia holdingowej SE, utworzenia zależnej SE, przekształcenia się krajowej spółki akcyjnej w SE lub założenia nowej SE przez już istniejącą spółkę europejską. Tak duża bariera proceduralna w zawiązaniu SE, połączona z wieloma uprawnieniami pracowniczymi, o których już wcześniej było wspomniane, tworzy mało atrakcyjną konstrukcję do prowadzenia biznesu na terenie Unii Europejskiej. Z powodu wspomnianych ograniczeń ist-

niejących w systemie prawnym każdego z państw UE, alternatywne formy prowadzenia spółek posiadających osobowość prawną stanowią dla firm działających na rynku znacznie korzystniejszy wybór od omawianej tu spółki europejskiej.

Wydaje się, że uwarunkowania gospodarcze już dawno wyprzedziły rozwiązania, jakie spółka europejska miała wypełnić. Bez przeprowadzenia szerszych zmian legislacyjnych w zakresie zakładania i funkcjonowania SE, na chwilę obecną zostanie już chyba tylko ciekawym konstruktem prawnym, bez szerszego zastosowania we współczesnej gospodarce wspólnotowej.

Literatura

- Banaś N., *Europejska spółka akcyjna w postępowaniu rejestrowym*, Warszawa 2012.
 Gersdorf M. i in., *Prawo pracy. Pytania i odpowiedzi*, Warszawa 2020.
 Giedrewicz-Niewińska A., *Środki zapobiegające nadużyciom w zakresie uczestnictwa pracowników w spółce europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, R. LXXX, z. 3.
Meritum. Prawo spółek, t. II, red. A. Kidyba, Warszawa 2020.
Prawo gospodarcze i handlowe, red. W.J. Katner, Warszawa 2020.
Prawo handlowe dla ekonomistów, red. B. Gnela, Warszawa 2019.
Prawo spółek handlowych, red. A. Koch, J. Napierała, Warszawa 2019.
Spółki handlowe. Pytania i odpowiedzi, red. J. Jacyszyn, Warszawa 2016.
 Wratny J., *Regulacja partycypacji pracowniczej w prawie wspólnotowym*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1993, nr 4.

Akty prawne

- Rozporządzenie Rady (WE) NR 2157/2001 z dnia 8 października 2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej (SE), Dziennik Urzędowy UE L 294, 10/11/2001 P. 0001–0021.
 Dyrektywa Rady 2001/86/WE z dnia 8 października 2001 r. uzupełniająca statut spółki europejskiej w odniesieniu do uczestnictwa pracowników, Dziennik Urzędowy UE L 294, 10/11/2001 P. 0022–0032.
 Ustawa z dnia 4 marca 2005 r. o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej (Dz.U. z 2018 r. poz. 2036 t.j. ze zm.).
 Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1526 t.j. ze zm.).
 Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. z 2021 r. poz. 112 ze zm.).
 Ustawa z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (Dz.U. z 2021 r. poz. 1933 t.j.).
 Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r. poz. 162).
 Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 listopada 2014 r. w sprawie szczegółowego sposobu prowadzenia rejestrów wchodzących w skład Krajowego Rejestru Sądowego oraz szczegółowej treści wpisów w tych rejestrach (Dz.U. z 2014 poz. 1667, ze zm.).

Orzecznictwo

- Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 25 października 2017 r. w sprawie C-106/16, mającej za przedmiot wnioszek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Sąd Najwyższy (Polska) postanowieniem z dnia 22 października 2015 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 22 lutego 2016 r., w postępowaniu wszczętym przez: Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o., w likwidacji.

Piotr Sobański

Uniwersytet Zielonogórski

ORCID 0000-0001-8303-1125

piotr.sobanski@adwokatura.pl, p.sobanski@wpa.uz.zgora.pl

Błażej Kmieciak

Uniwersytet Medyczny w Łodzi

ORCID 0000-0002-6347-1796

bkmieciak@02.pl

Cierpienie na sali sądowej: wybrane konteksty dotyczące prawa człowieka do godnej śmierci z perspektywy krajowych dyskusji społecznych oraz międzynarodowych orzeczeń sądowych

Słowa kluczowe: eutanazja, prawa człowieka, terapia uporczywa, prawo do życia, godna śmierć

Streszczenie: Dyskusja dotycząca prawnych i etycznych kontekstów eutanazji stanowi nieuchronnie szczególnie i emocjonujący element debaty publicznej. W ramach toczonych sporów obserwujemy pomieszanie wielu obszarów, argumentów oraz naukowych perspektyw. Dostrzegamy konteksty etyczne i teologiczne, które dotyczą tematu dobra i zła. Słyszymy o licznych sporach natury prawnej. Jak bowiem konstruować przepisy dotyczące końca ludzkiego życia? Co pewien czas wypowiadają się również medycy starający się rozoznać: gdzie leży granica pomiędzy pomaganiem pacjentowi a szkodzeniem jego zdrowiu i życiu? Debata te pojawiają się zarówno w krajowych mediach, jak i wśród międzynarodowych organów podejmujących kluczowe decyzje.

Jak obiektywnie podjąć decyzję dotyczącą kontynuacji życia człowieka, który cierpi? Czy mamy narzędzia rozstrzygające, które postępowanie będzie dla niego lepsze? W jaki sposób realizować prawo człowieka do życia w chwili, w której to życie jest źródłem największego cierpienia? Czy pozabawienie kogoś życia może być uznane za realizację jego prawa do profesjonalnej opieki medycznej? Być może wszystkie podobne, emocjonalne dyskusje opierają się na braku wiedzy? Być może nadal nie potrafimy w dyskusjach dokładnie scharakteryzować określonych stanów klinicznych pacjenta, które pokazują różnicę między eutanazją a końcem uporczywej terapii?

Wątpliwości te pojawiają się nie tylko – jak wspomniano – w lokalnych, krajowych sporach. Widzimy je również w kolejnych sprawach prowadzonych przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC). Proponowane poniżej rozważania mają na celu udzielenie odpowiedzi na przedstawione wątpliwości. Działanie to odbywać się będzie poprzez przedstawienie kluczowych, istotnych społecznie casusów, ważnych orzeczeń ETPC oraz analizę sytuacji, jaka kresli się w tych kontekstach w temacie eutanazji.

Suffering in the courtroom: selected contexts regarding the human right to a dignified death from the perspective of national social discussions and international judicial decisions

Keywords: euthanasia, human rights, persistent therapy, right to life, death in dignity

Summary: Discussion of the legal and ethical contexts of euthanasia inevitably constitutes a specific and emotional element of the public debate. As part of the ongoing disputes, we observe the con-

fusion in many areas, arguments and scientific perspectives. We perceive the ethical and theological contexts that touch upon the theme of good and evil. We hear about numerous legal disputes. How to construct regulations concerning the end of human life? From time to time also doctors try to discern: what is the line between helping the patient and harming his health and life? These debates appear both in the national media and in international key decision-making bodies.

How to objectively make a decision about the continuation of the life of a suffering person? Do we have the tools to decide which course is better for him? How to realize the human right to life at a time when this life is the source of the greatest suffering? Can taking someone's life be considered a realization of their right to professional medical care? Perhaps all of these emotional discussions are based on a lack of knowledge? Perhaps we are still not able to accurately characterize the specific clinical conditions of the patient in discussions that show the difference between euthanasia and the end of persistent therapy?

These doubts arise not only - as mentioned - in local, national disputes. We can also see them in subsequent cases conducted by the European Court of Human Rights (ECHR). The considerations proposed below are intended to answer the doubts presented. This activity will take place through the presentation of key, socially significant cases, important judgments of the ECtHR, and an analysis of the situation that is outlined in these contexts in the subject of euthanasia.

1. Wstęp

Co pewien czas w poszczególnych krajach powraca temat prawa pacjenta do godnej śmierci. Zagadnienie to najczęściej odnosi się do problematyki możliwości rezygnacji pacjenta z podejmowania względem niego dalszych działań terapeutycznych, możliwości zadania mu śmierci na jego wniosek oraz prawa do udzielenia mu wsparcia w skróceniu własnego cierpienia, jakie wywołuje choroba. W Polsce bardzo szeroka dyskusja dotycząca prawa pacjenta do zakończenia własnego życia odbyła się na początku 2002 r. To w tamtym czasie media przedstawiły treść pierwszego formalnego wniosku dotyczącego zakończenia uporczywej terapii. Skierował go do sądu Janusz Świtaj. Była to prośba o zaprzestanie leczenia rozumianego przez wnioskodawcę jako bolesne podtrzymywanie życia. Pan Świtaj był całkowicie sparaliżowany w wyniku wypadku motocyklowego. Jak sam zaznaczał: „Wybiegając w przyszłość, nie wyobrażam sobie dalszego, według mnie bezsensownego, przedłużania uporczywej terapii w szpitalach, DPS czy hospicjach. [...] Proszę o poważne potraktowanie mojego wniosku, w którym apeluję głośno i z rozpaczą o zgodę na przerwanie terapii”¹. Uzupełniając tę wypowiedź, warto przedstawić argumenty, jakie Janusz Świtaj przedstawił we własnej książce, która opublikowana została pod wymownym tytułem *12 oddechów na minutę*. Janusz Świtaj, wnioskując o zakończenie własnego życia, zwrócił jednocześnie uwagę, że jego zdaniem nie jest usprawiedliwiony stan rzeczy, w którym to osoby znajdujące się w takiej sytuacji jak on nie mogą otrzymać realnej i skutecznej pomocy ze strony państwa, co ważne, pomocy, która w pełni szanuje ich godność. W tej publikacji, opisującej

¹ *Wniosek Pana Janusza Świtaja do Sądu rejonowego w Jastrzębiu Zdroju*, Jastrzębie Zdrój, 2 lutego 2007 r., s. 2, za: J. Świtaj, *12 oddechów na minutę*, Kraków 2008, s. 134-135.

wyraźnie doświadczany przez tę osobę dramat, pokazana jest jednocześnie walka o życie. Janusz Świtaj zaznacza, że w swojej niezwykle trudnej sytuacji największe wsparcie otrzymał nie tyle ze strony państwowych organów i instytucji, ile od prywatnych osób dobrej woli i organizacji pozarządowych. W opinii autora wniosku to państwo ma obowiązek wziąć na siebie odpowiedzialność za osoby znajdujące się w tak dramatycznej sytuacji życiowej jak on. Krytyka wyrażona przez Janusza Świtaję jest jednocześnie rodzajem manifestu powiązanego w sposób bezpośredni z dyskusjami dotyczącymi prawa ciężko chorego i cierpiącego człowieka do wyrażania autonomicznej decyzji dotyczącej własnej śmierci. Zaznacza on, że władza publiczna nie ma prawa arbitralnie zakazywać podjęcia decyzji o zakończeniu własnego życia, gdy jednocześnie nie bierze na siebie realizacji obowiązku udzielenia konkretnego i skutecznego wsparcia osobie potrzebującej oraz jej bliskim².

Zatrzymując się na wątku praw umierającego pacjenta, należy pamiętać o sytuacji rodzin osób cierpiących. Ich bliscy bywają głównymi orędownikami walki o prawo do zakończenia życia osoby chorej. Doskonałym przykładem takiej sytuacji może być apel Barbary Jackiewicz, także składającej wniosek o zaprzestanie uporczywej terapii. W odróżnieniu od Janusza Świtaję osoba ta nie składała go we własnym imieniu, ale w imieniu syna, który znajdował się od ponad dwóch dekad w stanie wegetatywnym. Wspomniana tutaj wnioskodawczyni dwa razy kierowała formalną prośbę o umożliwienie jej dokonania eutanazji na własnym synu, Krzysztofie. W wyniku ciężkich powikłań po przebytej w okresie dzieciństwa odrze funkcjonuje on w stanie uniemożliwiającym samodzielną egzystencję (nie ma z nim logicznego kontaktu). Ukazując wskazaną tutaj sprawę, media zaznaczały, że pan Krzysztof jest całkowicie zdany na pomoc własnej mamy. Pomimo funkcjonowania w stanie wegetatywnym, często doświadcza cierpień fizycznych, np. szczególnie bolesnych dla pacjenta zabiegów cewnikowania³. Barbara Jackiewicz w jednej z wypowiedzi bardzo dokładnie odniosła się do dramatu, jaki przeżywa jej syn. Jak sama podkreśla:

W listopadzie odbyła się rozprawa. Po raz kolejny opowiedziałam całą historię. Mówiłam też o tym, co przechodzę ze strony publicznej służby zdrowia. Że z jednej strony nie pozwala się synowi odejść z tego świata, z drugiej – nie szanuje jak człowieka: „Po co mamy mu leczyć zatakowane grzybicą paznokcie? Po co dbać o zęby? Lepiej wyrwać, po co mu zęby?”. Perystaltyka zanika, nie ma parcia, więc stosuje się lewatywę. Tylko że ona nie zawsze jest skuteczna, więc od lat sama pomagam Krzysiovi wypróżniać się manualnie. Skoro nie ma najmniejszych szans na poprawę, jaki jest sens w uporczywym trzymaniu go przy życiu w takim stanie? Roz-

² *Ibidem*.

³ V. Ozminkowski, *Przez 26 lat patrzeć, jak twoje dziecko umiera*, <https://www.newsweek.pl/polska/eutanazja-w-polsce-czyli-blaganie-o-smierc/8wkrw7f> [dostęp: 16.08.2011]. Tak jak już wspomniano, apel Barbary Jackiewicz stanowił drugą w historii próbę uzyskania sądowej zgody na „zakończenie życia” – w tym wypadku chodziło o życie syna. Zob. także: E. Siedlecka, *Pozwólcie mu umrzeć*, http://wyborcza.pl/1,76842,9660902,Pozwolcie_mu_umrzec.html [dostęp: 6.11.2012].

prawa trwała półtorej godziny. Pokazywałam zdjęcia i widziałam w oczach pani sędzi przerwienie. Takie miałam przynajmniej wrażenie. Czułam, że w głębi duszy mnie rozumie⁴.

Dwa przedstawione tutaj casusy przedstawiają rzeczywistość osoby chorej (oraz osób jej bliskich). Dla części opinii publicznej uzasadnione jest zapewne postawienie tezy, zgodnie z którą dotkliwie cierpiący pacjent powinien posiadać pełne prawo do zdecydowania o chwili, w której chce zakończyć własne życie. Dla części osób prawo do przerywania długo trwającej terapii powinna mieć także rodzina (bliscy) pacjenta. Mowa zwłaszcza o przypadkach stanów wegetatywnych oraz stanach trudnego do opanowania silnego bólu i cierpienia.

Mając na względzie podobne spojrzenie, warto dostrzec także inne płaszczyzny, istotne dla prowadzenia debaty dotyczącej godnej śmierci pacjenta. Analizując prawno-społeczną rzeczywistość Holandii (w której obowiązuje prawo pacjenta do eutanazji), trzeba dostrzec, że przerywanie życia pacjenta dokonane przez medyka przedstawia całkowicie nową odsłonę relacji: lekarz – pacjent. Osoba wykształcona w diagnozie i leczeniu przestaje odgrywać rolę terapeuty wykorzystującego zdobytą wiedzę do jak najmniej uciążliwego poddawania chorego odpowiedniemu postępowaniu medycznemu. W układzie tym staje się on ekspertem, który jako jedyny może podjąć działania zmierzające do zakończenia życia pacjenta⁵. Co istotne, pacjent w takim kontekście nigdy nie będzie wiedział, czy może w pełni zaufa lekarzowi. Powołany do leczenia medyk nagle staje się specjalistą od działań zmierzających do doprowadzenia pacjenta do śmierci.

Wskazane tutaj rozważania socjoetyczne mają kluczowe znaczenie nie tylko dla doktrynalnych dyskusji prawnych, ale również dla jakości oraz kształtu orzeczeń sądowych dotyczących problemu godnej śmierci pacjenta. Pojawienie się tematu eutanazji w sporze sądowym nieuchronnie – co widać na powyższych przykładach – kieruje nas w stronę sytuacji mających istotny ładunek emocjonalny. W jaki bowiem sposób połączyć stosowanie przepisów prawa ze zdarzeniami, które bardzo wyraźnie pokazują nam ludzkie cierpienie? Jak rozumieć dzisiaj pojęcie praw człowieka w chwili, w której z jednej strony dana osoba ma zagwarantowane prawo do życia, a z drugiej sama zaznacza, że to życie jest dla niej źródłem nieopisanego cierpienia? Czy sądy, w tym międzynarodowe trybunały, są kompetentne, by ocenić, jakie rozwiązanie będzie najpełniej szanować godność człowieka? Czy terminy, takie jak: eutanazja, wspomagane samobójstwo i zaprzestanie uporczywej

⁴ K. Surmiak-Domańska, *Pozwólcie mi umrzeć! – matka walczy o skrócenie cierpienia syna. Bezskutecznie. Wywiad z Barbarą Jackiewicz*, http://www.wysokieobcasy.pl/wysokie-abcasy/1,96856,11576486,Pozwolicie_mu_umrzec_matka_walczy_o_skrócenie_cierpienia.html [dostęp: 6.11.2012]. W tym kontekście zob. także: E. Wanat, *Dyskusja nad z prof. Markiem Wichrowskim na temat artykułu: Chcę oddać jego serce*, www.tok.fm. (archiwum) [dostęp: 12.06.2012].

⁵ W omawianym kontekście zob. także: P. Wadowski, *Ostatni zastrzyk*, <https://www.polityka.pl/archiwumpolityki/1813570,1,ostatni-zastrzyk.read> [dostęp: 16.08.2011].

terapii, nie są zbyt trudne do rozdzielenia? W końcu, czy nie doszliśmy do paradoksalnej sytuacji, w której prawo do życia stało się głównym argumentem walki o prawo do śmierci?

Pytania te stanowiąc będą drogowskaz dalszej refleksji, która będzie się opierać na analizie wybranych orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Mowa tutaj o orzeczeniach dotyczących problematyki szeroko pojętej eutanazji.

2. Szeroko pojęta eutanazja w perspektywie wybranych orzeczeń ETPC

Zgodnie z treścią art. 2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności:

1. Prawo każdego człowieka do życia jest chronione przez ustawę. Nikt nie może być umyślnie pozbawiony życia, wyjąwszy przypadki wykonania wyroku sądowego, skazującego za przestępstwo, za które ustawa przewiduje taką karę. 2. Pozbawienie życia nie będzie uznane za sprzeczne z tym artykułem, jeżeli nastąpi w wyniku bezwzględnie koniecznego użycia siły: a) w obronie jakiegokolwiek osoby przed bezprawną przemocą; b) w celu wykonania zgodnego z prawem zatrzymania lub uniemożliwienia ucieczki osobie pozbawionej wolności zgodnie z prawem, c) w działaniach podjętych zgodnie z prawem w celu stłumienia zamieszek lub powstania⁶.

Jak wskazuje Marek A. Nowicki, prawo do życia jest prawem szczególnym, a jego przestrzeganie jest pierwszym i podstawowym warunkiem istnienia wszystkich pozostałych praw i wolności. Państwa nie mogą uchylić się od zobowiązań wynikających z art. 2 EKPC nawet w sytuacjach nadzwyczajnych, o których mowa w art. 15 EKPC⁷. Artykuł 2 EKPC wyraża łącznie z art. 3 EKPC⁸ jedną z pod-

⁶ Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

⁷ Art. 15 EKPC [Uchylenie stosowania zobowiązań w stanie niebezpieczeństwa publicznego]. „1. W przypadku wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego zagrażającego życiu narodu, każda z Wysokich Układających się Stron może podjąć środki uchylające stosowanie zobowiązań wynikających z niniejszej konwencji w zakresie ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji, pod warunkiem że środki te nie są sprzeczne z innymi zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego.

2. Na podstawie powyższego przepisu nie można uchylić zobowiązań wynikających z artykułu 2, z wyjątkiem przypadków śmierci będących wynikiem zgodnych z prawem działań wojennych, oraz zobowiązań zawartych w artykułach 3, 4 (ustęp 1) i 7.

3. Każda z Wysokich Układających się Stron, korzystając z prawa do uchylenia zobowiązań, poinformuje wyczerpująco Sekretarza Generalnego Rady Europy o środkach, które podjęła, oraz powodach ich zastosowania. Informować będzie również Sekretarza Generalnego Rady Europy, kiedy podjęte środki przestaną działać, a przepisy konwencji będą ponownie w pełni stosowane”.

⁸ Art. 3 EKPC [Zakaz tortur]

„Nikt nie może być poddany torturom ani nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu”.

stawowych wartości społeczeństw demokratycznych, które tworzą Radę Europy⁹. Konrad Burdziak zauważa, że uregulowanie zawarte w art. 2 EKPC potwierdza ogromną wartość ludzkiego życia¹⁰. Przy tym godności człowieka, która jest fundamentem człowieczeństwa, należy zawsze poszukiwać u źródeł autonomii człowieka¹¹. Artykuł 2 EKPC powinien być tak interpretowany i stosowany, aby zawarte w nim gwarancje były rzeczywiste i skuteczne¹².

Istnieje orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, które odnosi się do kwestii dotyczących samobójstwa, samobójstwa wspomaganego oraz eutanazji. Szczególnie istotne są w tym zakresie: orzeczenie z 29 kwietnia 2002 r. w sprawie *Pretty v. Wielka Brytania* (nr skargi 2346/02)¹³, orzeczenie z 20 stycznia 2011 r. w sprawie *Haas v. Szwajcaria* (nr skargi 31322/07)¹⁴, wyrok z 19 lipca 2012 r. w sprawie *Koch v. Niemcy* (skarga nr 497/09)¹⁵, wyrok z 14 maja 2013 r. w sprawie *Gross v. Szwajcaria* (skarga nr 67810/10)¹⁶, decyzja z 23 czerwca 2015 r. w sprawie *Nicklinson i Lamb v. Wielka Brytania* (skargi nr 2478/15 i 1787/15)¹⁷, wyrok z 5 czerwca 2015 r. w sprawie *Lambert i inni v. Francja* (nr 46043/14)¹⁸. Analizując postępowania w poszczególnych sprawach, należy mieć

⁹ M. Glanc, *Zaprzestanie terapii medycznej. Głosa do wyroku ETPC z dnia 5 czerwca 2015 r., 46043/14*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2016, nr 1, LEX; M.A. Nowicki, *Komentarz do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, [w:] *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, wyd. VII, [art. 3], Warszawa 2017, LEX; M.A. Nowicki, *Komentarz do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, [w:] *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, wyd. VII, [art. 2], Warszawa 2017, LEX.

¹⁰ K. Burdziak, *Samobójstwo w prawie polskim. Samobójstwo a akty prawne o charakterze ponadnarodowym*, Warszawa 2019, LEX.

¹¹ Por.: A. Wnukiewicz-Kozłowska, *Prawo do godnej śmierci (wspomagane samobójstwo, eutanazja, zaprzestanie uporczywej terapii) w interpretacji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Prawo i Medycyna” 2016, nr 3, LEX.

¹² E.H. Morawska, *Od obowiązku zapobiegania do obowiązku umożliwienia: złożone podejście Europejskiego Trybunału Praw Człowieka do samobójstwa*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego” 2016, nr 7, s. 203-204; por.: J. Cymerys-Cesarz, *Prawo do ochrony zdrowia w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, https://nil.org.pl/uploaded_files/1604408333_11-cymerys-cesarz.pdf [dostęp: 15.10.2021].

¹³ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 29 kwietnia 2002 r. w sprawie *Pretty v. Wielka Brytania*; 2346/02.

¹⁴ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 20 stycznia 2011 r. w sprawie *Haas v. Szwajcaria*; 31322/07.

¹⁵ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawie *Koch v. Niemcy*; 497/09.

¹⁶ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 14 maja 2013 r. w sprawie *Gross v. Szwajcaria*; 67810/10.

¹⁷ Decyzja Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 23 czerwca 2015 r. w sprawie *Nicklinson i Lamb v. Wielka Brytania*; 2478/15, 1787/15.

¹⁸ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 5 czerwca 2015 r. w sprawie *Lambert i inni v. Francja*; nr 46043/14.

na uwadze, że – jak zauważa słusznie Konrad Burdziak – analogicznie jak w przypadku samobójstwa, nie ma jednej, powszechnie akceptowanej definicji eutanazji¹⁹.

Stan faktyczny w sprawie Pretty dotyczył odmowy zgody na zwolnienie od odpowiedzialności karnej za udzielenie pomocy w samobójstwie osoby nieuleczalnie chorej²⁰. ETPC podkreślił w wyroku wydanym w sprawie Pretty, że art. 2 EKPC należy traktować jako jedno z najbardziej kluczowych postanowień EKPC, gdyż przepis ten chroni prawo do życia. Bez ochrony tego prawa korzystanie z jakichkolwiek innych praw i wolności zagwarantowanych w EKPC byłoby nic nieznaczące. Artykuł 2 ust. 1 zd. 1 EKPC nakazuje państwu zarówno powstrzymanie się od zamierzonego i bezprawnego pozbawiania życia, jak i podjęcie stosownych kroków, aby chronić życie osób, które podlegają jurysdykcji państwa. Zdaniem ETPC gwarantowane przez art. 2 EKPC prawo do życia nie może być interpretowane jako zawierające aspekt negatywny. ETPC dostrzegł, że art. 2 EKPC został inaczej sformułowany i nie jest związany z jakością życia lub z tym, co człowiek decyduje się zrobić ze swoim życiem. Artykuł 2 EKPC nie może być, bez zniekształcenia jego treści, interpretowany jako przyznający prawo odwrotne, tj. prawo do śmierci. Artykuł 2 EKPC nie może również stworzyć prawa do samostanowienia w sensie przyznania osobie prawa do zadecydowania, czy człowiek wybiera raczej śmierć niż życie. Z art. 2 EKPC nie może zostać wyprowadzone prawo do śmierci czy to z rąk osoby trzeciej, czy przy pomocy organów państwa. Artykuł 2 EKPC jest przede wszystkim i ponad wszystko zakazem używania śmiertelnej siły oraz innych zachowań mogących prowadzić do śmierci człowieka. Konsekwentnie ETPC uznał w sprawie Pretty, że art. 2 EKPC nie daje osobie prawa wymagania od państwa udzielenia zezwolenia na śmierć lub ułatwienia śmierci²¹. ETPC uznał, że decyzje władz Wielkiej Brytanii, które odmawiały uchylecia karalności pomocy w samobójstwie, nie naruszyły EKPC²².

W sprawie Haas ETPC orzekł, że brak spełnienia żądania skarżącego, który choruje od około 20 lat na zaburzenie afektywne dwubiegunowe, aby zapewnić mu śmiertelną dawkę leków bez przewidzianej prawem procedury, nie stanowiło naruszenia prawa do życia prywatnego²³. Jak zauważa Marcin Szwed, ETPC podkreślił w sprawie Haas, że jeżeli państwo zdecyduje się na legalizację eutanazji, to w świetle art. 2 EKPC państwo będzie zobowiązane do wprowadzenia regulacji zapewniających, iż decyzja pacjenta o zakończeniu swojego życia będzie odzwier-

¹⁹ K. Burdziak, *op. cit.*

²⁰ Szerzej: L. Garlicki, *Wartości lokalne a orzecznictwo ponadnarodowe – „kulturowy margines oceanu” w orzecznictwie strasburskim?*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 4, LEX.

²¹ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 29 kwietnia 2002 r. w sprawie Pretty v. Wielka Brytania; 2346/02.

²² Szerzej: L. Garlicki, *op. cit.*

²³ M. Górski, *Glosa do wyroku ETPC z dnia 5 czerwca 2015 r., 46043/14*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2017, nr 2, LEX.

ciędlą jego rzeczywistą wolę²⁴. Sprawa Haas dotyczyła tzw. wspomaganego samobójstwa. O ile zarzut główny w skardze do ETPC został sformułowany na tle art. 8 EKPC²⁵, to ETPC uznał, że w analizie należało odnieść się również do art. 2 EKPC, gdyż EKPC musi być zawsze interpretowana jako całość²⁶. Pojęcie prywatności w rozumieniu art. 8 EKPC można określić jako domenę autonomicznej aktywności, która jest wolna od kontroli innych podmiotów²⁷. Prawo określone w art. 8 EKPC ma przede wszystkim chronić jednostkę przed arbitralną ingerencją ze strony władz publicznych²⁸. W ocenie Marcina Pryciaka trudno znaleźć precyzyjną definicję pojęcia prywatności w systemach prawnych poszczególnych państw, będących sygnatariuszami EKPC²⁹. Należy przy tym mieć na uwadze, że – jak wskazuje Lech Garlicki – życie prywatne jest sferą zdominowaną w silny sposób przez wartości moralne i kulturalne³⁰.

W sprawie Pretty ETPC stwierdził, że wybór sposobu i momentu zakończenia własnego życia, jeżeli dysponent tego życia świadomie i konsekwentnie uznaje, że jego kontynuacja stanowiłaby dla niego trwanie w warunkach nieludzkich i niegodnych, zawiera się w pojęciu prawa do życia prywatnego w rozumieniu art. 8 EKPC. Ani w sprawie Pretty, ani w sprawie Haas ETPC nie uznał uprawnienia do nałożenia na państwo obowiązków pozytywnych, a wręcz przeciwnie, ETPC zawsze podkreślał, że brak jest prawa podmiotowego do żądania pomocy w samobójstwie. Tym samym można mówić nie o prawie do śmierci, lecz o wolności do samobójstwa. W związku z tym należy przyjąć, że państwo ma jedynie nie przeszkadzać w realizacji wolności do samobójstwa, państwo nie musi natomiast umożliwiać jednostce jej faktycznej egzekucji³¹. Agata Wnukiewicz-Kozłowska zauważa

²⁴ M. Szwed, *Przymusowe umieszczenie w zakładzie psychiatrycznym w świetle współczesnych standardów ochrony praw człowieka*, Warszawa 2020, LEX.

²⁵ Art. 8 EKPC [Prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego]

„1. Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji.

2. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób”.

²⁶ M.A. Nowicki, *Komentarz do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, [w:] *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* [art. 3].

²⁷ M. Pryciak, *Prawo do prywatności*, <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/37379/PDF/011.pdf> [dostęp: 13.10.2021].

²⁸ M.A. Nowicki, *Komentarz do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, [w:] *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* [art. 8], wyd. VII, Warszawa 2017, LEX.

²⁹ M. Pryciak, *Prawo...*

³⁰ L. Garlicki, *op. cit.*

³¹ Szerzej: M. Szeroczyńska, *Orzeczenie: Haas v. Szwajcaria. Niezmiennie „nie” Trybunatu Praw Człowieka dla „prawa do śmierci”*, <http://www.prawaczlowieka.uw.edu.pl/index.php?orzeczenie=1368d271ae6a831386917603bd1f80b959a5c7dd-b0> [dostęp: 16.10.2021]; K. Burdziak, *op. cit.*

w tym kontekście, że zaprzeczenie prawa do życia z założenia godziłoby w konstrukcję praw i wolności, która została przyjęta w EKPC, a ponadto byłoby sprzeczne z logiką³².

W sprawie *Nicklinson i Lamb v. Wielka Brytania* jedna z osób skarżących Jane Nicklinson była wdową po Tony'm Nicklinsonie, który w wyniku udaru mózgu cierpiał na zespól zamknięcia. Z kolei drugi skarżący, Paul Lamb, został sparaliżowany na skutek wypadku samochodowego, a jego stan był nieodwracalny. Obaj mężczyźni chcieli umrzeć, ale nie mogli popełnić samobójstwa bez pomocy innej osoby. W sprawie *Nicklinson* zarzucono, że poprzez odmowę rozstrzygnięcia zgodności art. 2 ust. 1 ustawy o samobójstwach z 1961 r. z prawem do poszanowania życia prywatnego sądy dopuściły się naruszenia prawa zagwarantowanego w art. 8 EKPC. W sprawie *Lamb* zarzucono w skardze naruszenie art. 6, 8, 13 i 14 EKPC. Paul Lamb twierdził, że nie mógłby popełnić samobójstwa nawet z czyjąś pomocą ze względu na uniemożliwienie mu domagania się udzielenia przez sąd zezwolenia na podanie śmiertelnej dawki trucizny za jego zgodą³³. Skarżący kwestionował przed Sądem Apelacyjnym zakaz wspomaganego samobójstwa oraz ustawę o zabójstwach, która nie zawiera wyjątków przewidujących brak zagrożenia karą w przypadku dobrowolnej eutanazji. Przed Sądem Najwyższym skarżący jako podstawę skargi wskazał wyłącznie zakaz wspomaganego samobójstwa. Sąd Najwyższy nie mógł tym samym rozpatrzyć zarzuconego naruszenia EKPC. ETPC podkreślił istnienie wymogu, aby zarzuty, które miałyby być następnie przedmiotem skargi do ETPC, zostały podniesione również przed sądem krajowym, przynajmniej co do istoty, zgodnie z formalnymi wymogami i przy zachowaniu określonych prawem terminów. Skarga została odrzucona w tym zakresie jako niedopuszczalna z powodu niewykorzystania krajowych środków prawnych. Decyzja zapadła jednogłośnie³⁴. W omawianym kontekście warto dodać, że przestrzeganie zasady wyczerpania środków służy zapobiegnięciu przedwczesnemu przekształceniu się sporu między jednostką a państwem w spór międzynarodowy³⁵. Temu służy określony w art. 35 ust. 1 EKPC jeden z wymogów dopuszczalności skargi, w myśl którego ETPC może rozpatrywać sprawę dopiero po wyczerpaniu wszystkich środków

³² A. Wnukiewicz-Kozłowska, *op. cit.*

³³ M.A. Nowicki, *Komentarz do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, [w:] *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* [art. 3]; *idem*, *Nicklinson i Lamb przeciwko Wielkiej Brytanii – decyzja ETPC z dnia 23 czerwca 2015 r.*, *Izba (Sekcja IV), skargi nr 2478/15 i 1787/15*, [w:] *idem*, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2015*, Warszawa 2016, LEX.

³⁴ Decyzja Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 23 czerwca 2015 r. w sprawie *Nicklinson i Lamb v. Wielka Brytania*; 2478/15, 1787/15; M.A. Nowicki, *Nicklinson...*

³⁵ Por.: P. Sobański, *Roszczenia Polski wobec RFN w świetle doktryny niemieckiej*, Poznań 2019, s. 324-325.

odwoławczych, przewidzianych prawem wewnętrznym, zgodnie z powszechnie uznanymi zasadami prawa międzynarodowego³⁶.

Z powołanego wyżej orzecznictwa ETPC odnoszącego się do kwestii związanych z samobójstwem i z eutanazją wynika, że art. 2 EKPC nie może być interpretowany w sposób, z którego wynikałoby, że w treści art. 2 EKPC zostało zawarte zupełnie inne prawo, tj. prawo do śmierci, a w prawie do stanowienia o sobie należy doszukiwać się zgody na samobójstwo. Uprawnienie do zakończenia ludzkiego życia nie wynika z art. 2 EKPC³⁷. Przy tym, jak zauważa K. Burdziak, w ocenie ETPC państwa powinny mieć swobodę, ale nie obowiązek, w zakresie oceny i regulowania zachowań związanych z eutanazją czy pomocnictwem do samobójstwa³⁸. Unormowanie zawarte w art. 2 EKPC nie oznacza przeszkody dla wprowadzenia tego rodzaju regulacji, co może wynikać z treści konstytucji oraz wartości, które państwo członkowskie uznaje za naczelne³⁹. Wówczas należy określić w ustawodawstwie wewnętrznym jasne i skonkretyzowane przesłanki umożliwiające skorzystanie z procedur dotyczących wspomaganego samobójstwa czy eutanazji. Trzeba w tej sytuacji również zagwarantować możliwość poddania kontroli instytucjonal-

³⁶ Art. 31 EKPC [Wymogi dopuszczalności]

„1. Trybunał może rozpatrywać sprawę dopiero po wyczerpaniu wszystkich środków odwoławczych, przewidzianych prawem wewnętrznym, zgodnie z powszechnie uznanymi zasadami prawa międzynarodowego, i jeśli sprawa została wniesiona w ciągu sześciu miesięcy od daty podjęcia ostatecznej decyzji.

2. Trybunał nie rozpatruje żadnej skargi wniesionej w trybie artykułu 34, która:

a) jest anonimowa lub

b) jest co do istoty identyczna ze sprawą już rozpatrzoną przez Trybunał lub ze sprawą, która została poddana innej międzynarodowej procedurze dochodzenia lub rozstrzygnięcia, i jeśli skarga nie zawiera nowych, istotnych informacji.

3. Trybunał uznaje za niedopuszczalną każdą skargę indywidualną wniesioną w trybie artykułu 34, jeśli uważa, że:

a) skarga nie daje się pogodzić z postanowieniami Konwencji lub jej Protokołów, jest w sposób oczywisty nieuzasadniona lub stanowi nadużycie prawa do skargi; lub

b) skarżący nie doznał znaczącego uszczerbku, chyba że poszanowanie praw człowieka w rozumieniu Konwencji i jej Protokołów wymaga rozpatrzenia przedmiotu skargi oraz pod warunkiem, że żadna sprawa, która nie została należycie rozpatrzona przez sąd krajowy, nie może być odrzucona na tej podstawie.

4. Trybunał odrzuca każdą skargę, którą uzna za niedopuszczalną w myśl niniejszego artykułu. Trybunał może tak zdecydować w każdej fazie postępowania”.

³⁷ Por.: I.C. Kamiński, *Proceduralne gwarancje praw do aborcji. Glosa do wyroku ETPC z dnia 20 marca 2007 r., 5410/03*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 4, LEX; M.A. Nowicki, *Komentarz do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, [w:] *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* [art. 3]; M.A. Nowicki, *Komentarz do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, [w:] *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, wyd. VII [art. 2]; P. Kuczma, *Prawna ochrona życia*, http://repozytorium.uni.wroc.pl/Content/52912/PDF/01_Pawel_Kuczma.pdf [dostęp: 13.10.2021].

³⁸ K. Burdziak, *op. cit.*

³⁹ M. Płatek, [w:] M. Mozgawa, *Eutanazja*, Warszawa 2015, LEX.

nej oraz sądowej prawidłowości procesu decyzyjnego i wykonawczego, dotyczącego realizacji prawa do zadecydowania o zakończeniu życia⁴⁰.

Zdaniem K. Budziaka w sytuacji, gdyby ETPC uznał, że każdemu człowiekowi przysługuje prawo do śmierci, to wówczas wszystkie państwa członkowskie Rady Europy musiałyby znieść zakaz zachowań eutanatycznych i zapewnić jednostce realną pomoc w odebraniu sobie życia. Co więcej, gdyby ta pomoc okazała się nieskuteczna, to potencjalny samobójca mógłby domagać się od państwa przyznania mu odszkodowania oraz podjęcia niezbędnych działań w zakresie udzielenia pomocy w odebraniu życia⁴¹. Jak wskazuje Marek Mozgawa, ETPC potwierdził, że „w braku przepisów pozytywnie regulujących eutanazję nie dochodzi do naruszenia ani zakazu tortur i niehumanitarnego lub poniżającego traktowania, ani prawa do prywatności, ani prawa do wolności sumienia”⁴².

Warto dodać, że ETPC w wyroku z 5 grudnia 2002 r. w sprawie *Arskaya v. Ukraina* (nr skargi 45076/05)⁴³ uznał, że prawo do wyrażenia zgody na leczenie lub sprzeciwu wobec leczenia jest kluczowe dla poszanowania autonomii ludzkiej. Europejski Trybunał Praw Człowieka potraktował zmuszanie dorosłego i zdolnego do podejmowania decyzji pacjenta, aby poddał się on zabiegowi medycznemu, jako poważną ingerencję w prawa chronione na podstawie art. 8 EKPC. Dotyczy to nawet sytuacji, gdy wyrażenie zgody na leczenie jest konieczne do ratowania życia. Jednak treść art. 2 EKPC obliguje państwo do zapobiegania odbieraniu życia, jeżeli decyzja w tej kwestii nie została podjęta w pełni świadomie i dobrowolnie. Tym samym, jeżeli pacjent odmawia zgody na poddanie się zabiegowi niezbędnemu do ratowania życia, należy dokonać oceny, czy jego decyzja jest świadoma, czy też została ona podjęta pod wpływem zaburzeń psychicznych. W uzasadnieniu wyroku w sprawie *Arskaya* ETPC odniósł się także do orzeczeń wydanych w sprawach *Pretty* i *Haas*⁴⁴. Jak zauważa Agata Wnukiewicz-Kozłowska,

Akceptowalne prawnie jest poszanowanie świadomej decyzji pacjenta o nieprzedłużaniu jego życia opartej na racjonalnych podstawach. Są to: zbliżanie się końca życia potwierdzone aktualną wiedzą i badaniami medycznymi, brak możliwości skutecznego odwrócenia procesu umierania oraz nasilanie się cierpienia fizycznego i mentalnego związanego z umieraniem. Stanowi to wyraz szacunku dla jego autonomii, a zatem też prywatności⁴⁵.

Sprawy *Koch v. Niemcy* ETPC i *Gross v. Szwajcaria* dotyczyły wspomaganego samobójstwa. W skargach do ETPC podnoszono naruszenie ze strony państw art.

⁴⁰ A. Wnukiewicz-Kozłowska, *op. cit.*

⁴¹ K. Burdziak, *op. cit.*

⁴² M. Płatek, *op. cit.*

⁴³ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 5 grudnia 2002 r. w sprawie *Arskaya v. Ukraina*; 45076/05.

⁴⁴ Szerzej: M. Szwed, *op. cit.*

⁴⁵ A. Wnukiewicz-Kozłowska, *op. cit.*

8 EKPC⁴⁶. Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził w sprawie Koch, że państwo ma obowiązek wprowadzenia odpowiednich procedur, które dotyczą rozpatrywania wniosków o pomoc we wspomaganym samobójstwie. Uznał on w sprawie Gross, że szwajcarskie prawo było niejasne w zakresie regulującym przesłanki wydania zgody na wspomagane samobójstwo, a zatem było niezgodne z art. 8 EKPC. Na marginesie warto dodać, że to orzeczenie zostało uchylone przez Wielką Izbę, która uznała skargę za niedopuszczalną ze względu na nadużycie prawa⁴⁷.

Kolejną sprawą dotyczącą kwestii eutanazji była sprawa Lambert i inni v. Francja. Skarga miała na celu zakwestionowanie ostatecznej decyzji o zaprzestaniu kontynuowania leczenia Vincenta Lamberta, który na skutek wypadku motocyklowego doznał urazu mózgu i od tego czasu, mimo że oddychał samodzielnie, był sparaliżowany, a pokarm dostarczano mu za pomocą sondy gastrycznej. Biegli określili jego stan jako wegetatywny i nieodwracalny⁴⁸. W 2013 r. lekarz prowadzący Vincenta Lamberta podjął na podstawie francuskich przepisów, po konsultacji z żoną chorego pacjenta, decyzję o odłączeniu od żywienia dojelitowego. Ostateczny wyrok w sprawie wydała w 2014 r. Rada Stanu. Decyzja lekarska została utrzymana w mocy⁴⁹. W złożonej przez członków rodziny skardze podniesiono, że zastrzeżenie możliwości podjęcia przez lekarza decyzji o zaprzestaniu kontynuowania leczenia Vincenta Lamberta narusza obowiązki państwa, które zostały określone w art. 2 i art. 3 EKPC. Podniesiono również naruszenie prawa do fizycznej integralności pacjenta wynikające z art. 8 EKPC. Europejski Trybunał Praw Człowieka nie podzielił argumentacji skarżących, uznając, że państwowi musi być przyznany margines swobody w zakresie decyzji o kontynuowaniu uporczywej terapii. Państwa powinny mieć także margines swobody co do sposobu uregulowania tej kwestii, m.in. wyboru osoby upoważnionej do podjęcia decyzji o zaniechaniu kontynuowania terapii medycznej oraz wyboru okoliczności podjęcia tej decyzji⁵⁰. ETPC uznał, że sprawę należy rozpatrywać w kontekście pozytywnych obowiązków państwa odnoszących się do ochrony życia, przy czym decyzja lekarza została potraktowana jako rezygnacja z terapii, a nie jako eutanazja lub wspomagane samobójstwo. ETPC powołał się na brak konsensusu wśród państw w zakresie przyjętych uregulowań, które odnoszą się do analogicznych sytuacji. Jednocześnie ETPC nie znalazł podstaw do kwestionowania rekonstrukcji woli Vincenta Lamberta odnośnie

⁴⁶ Por.: Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 5 czerwca 2015 r. w sprawie Lambert i inni v. Francja; nr 46043/14.

⁴⁷ Szerzej: M. Górski, *op. cit.*

⁴⁸ M. Glanc, *op. cit.*

⁴⁹ Szerzej: M. Górski, *op. cit.*

⁵⁰ M. Glanc, *op. cit.*

do pozostawania w stanie wegetatywnym, dokonanej przez Radę Stanu. Należy jednak mieć przy tym na względzie, że sędziowie ETPC nie byli jednomyślni⁵¹.

3. Dyskusja i podsumowanie

Jak ocenić ludzkie cierpienie? W jaki sposób dokonać rozstrzygnięcia, jakie będzie dobre, a jakie złe postępowanie w sytuacji, gdy dostrzegamy cierpienie człowieka, którego zminimalizowanie jest mało prawdopodobne, bądź też którego dalsze trwanie prowadzi nieuchronnie do śmierci, co ważne, śmierci doświadczanej wraz z silnym bólem? Przedstawione powyżej sprawy rozstrzygane przez Trybunał dotyczą relacji istniejącej między życiem a śmiercią. Ich charakter odnosi się jednakże do różnych sytuacji, które najczęściej wiązane są w społeczeństwie z pojęciem eutanazji. Poszukując ogólnego wyjaśnienia wskazanego tutaj terminu, natrafiamy na jego definicję, zgodnie z którą „Eutanazja, to «spowodowanie śmierci osoby nieuleczalnie chorej wywołane współczuciem»”⁵². Czy jednak ta śmierć powinna być w omawianym kontekście zadawana na żądanie osoby bliskiej (por. art. 150 kodeksu karnego – zabójstwo eutanatyczne⁵³), czy też wystarczy uzasadnione podejrzenie, że stan cierpiącego człowieka jest w swej istocie niemożliwy do poprawy, a kontakt z nim jest utrudniony, co umożliwi podjęcie *de facto* bez niego decyzji o zakończeniu jego życia? Ostatnia ze wskazanych tutaj sytuacji przedstawia nam szczególnie skomplikowany problem, także przedstawiony we wcześniej przytoczonych sprawach rozgrywających się zarówno w Polsce, jak i za granicą. Jak bowiem odróżnić eutanazję bierną (rozumianą jako zaprzestanie beznadziejnych w swej istocie działań leczniczych) od słusznego zaprzestania uporczywej terapii? Terminem tym określamy

stosowanie procedur medycznych, urządzeń technicznych i środków farmakologicznych w celu podtrzymywania funkcji życiowych nieuleczalnie chorego, które przedłuża jego umieranie, wiążąc się z naruszeniem godności pacjenta, w szczególności z nadmiernym cierpieniem; nie stanowi uporczywej terapii stosowanie podstawowych zabiegów pielęgnacyjnych, łagodzenie bólu i innych objawów oraz karmienie i nawadnianie, o ile służą dobru pacjenta⁵⁴.

Granica ludzkiego życia, działanie zgodnie z zasadą szacunku dla cierpiącego oraz decyzja o zaprzestaniu stosowania dalszych procedur medycznych na stałe zaogościły na salach sądowych. Z jednej strony wpływają wnioski osób chorych i ich

⁵¹ M. Górski, *op. cit.*

⁵² *Słownik języka polskiego*, PWN, hasło: eutanazja, <https://sjp.pwn.pl/sjp/eutanazja;2557257.html> [dostęp: 15.11.2021].

⁵³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1444).

⁵⁴ Cyt. za K. Szewczyk, *Uporczywa terapia w projekcie tzw. ustawy bioetycznej – pięć krytycznych konkluzji*, Kraków 2009, s. 2 (archiwum autorów).

bliskich chcących zakończyć bolesne życie. Przykłady podane we wstępie bardzo dobrze oddają tę rzeczywistość, będącą jednocześnie wołaniem o pomoc. Z drugiej perspektywy widzimy coraz bardziej skomplikowany charakter procesów, w których poruszana jest ta tematyka. Jest także trzecia płaszczyzna, która zmusza do zadania pytania: czy niezwykle złożony charakter podobnych procesów umożliwia stworzenie sądowych mechanizmów zapewniających sprawiedliwe rozstrzygnięcie sprawy?

W przedstawionych powyżej sprawach prowadzonych przez ETPC pojawia się kilka kluczowych zagadnień. Trybunał słusznie nie przyjął podnoszonego przez część skarżących błędnego sposobu interpretacji art. 2 EKPC, według którego zagwarantowane człowiekowi prawo do życia łączy się z istnieniem prawa do śmierci. Przyjęcie podobnej argumentacji likwidowałoby rdzeń znaczenia pojęcia prawa człowieka do życia, będącego z całą pewnością bazowym uprawnieniem wynikającym z godności człowieka. Prawo to nie ma charakteru absolutnego. Krajowe normy przewidują istnienie sytuacji, które wprowadzają chociażby istotne kontratypy wyłączające zastosowanie kary w określonych przypadkach pozbawienia życia danego człowieka, np. w przypadku obrony koniecznej. Odejście jednak od traktowania prawa człowieka do życia jako swoistego drogowskazu postępowania i przedefiniowanie go przez pryzmat prawa do śmierci doprowadzić może do sytuacji, w której to zaburzone zostaną fundamenty medycyny, pokazujące kluczowy charakter relacji lekarza i pacjenta, relacji opartej na trosce i zaufaniu. Brak absolutnego charakteru prawa do życia z całą pewnością objawia się w możliwości, jaką człowiek posiada w zakresie odebrania sobie życia (nieudolne działanie samobójcze nie wiąże się z pojawieniem się sankcji). Sytuacja ta staje się nieuchronnie dramatem, poprzedzonym ludzkim cierpieniem. Używanie w tym kontekście zwrotu „prawo do” zawsze wiązać się będzie z dostrzeganą sprzecznością. W przypadku praw człowieka mówimy bowiem o ich rozwoju, czymś, co ma prowadzić do pozytywnej zmiany dla jednostki. Prawa człowieka, jak wskazuje Marek Piechowiak, „pełnią w systemach prawnych i w sporach wokół istoty prawa, jak i w życiu społecznym funkcje podobne do tych, które wcześniej pełniło prawo naturalne; stanowią kryterium oceny regulacji, są podstawą postulatów wobec władzy [...], niekiedy stanowią kryterium rozstrzygające o obowiązku posłuszeństwa (nieposłuszeństwa) prawu pozytywnemu”⁵⁵. Wiktor Osiatyński podkreśla, że prawa człowieka stanowią nade wszystko zobowiązanie moralne państwa, co wynika z uznania, że władza państwowa posiada charakter ograniczony, a prawa człowieka są przyrodzone, niezbywalne oraz powszechne, a zatem należne każdemu człowiekowi⁵⁶. Zobowiązanie to nie ist-

⁵⁵ M. Piechowiak, *Prawa człowieka* [hasło encyklopedyczne], [w:] *Powszechna encyklopedia filozofii*, s. 1, www.ptta.pl/pef/pdf/suplement/prawa_czlowieka.pdf [dostęp: 12.11.2021].

⁵⁶ W. Osiatyński, *Wprowadzenie do praw człowieka*, s. 1, http://www.hfhrpol.waw.pl/pliki/WO-siatynski_HistIFilo.pdf [dostęp: 15.06.2012].

nieje jednak jedynie po stronie państwa, ale również po stronie tych, którzy – mając stosowne uprawnienia – realizują pewne zadania ochronne i wspierające, a zleczone przez władze państwa. Działania takie realizują przede wszystkim lekarze. Ich aktywności mają w swej podstawowej istocie cel związany z niesieniem dobra drugiemu człowiekowi. Prawa człowieka w medycynie opierają się w swej aktywnej odsłonie nie tylko na realizacji norm prawa pozytywnego, ale na szacunku dla ludzkiej godności⁵⁷. Szacunek ten nie może być jednakże realizowany w inny sposób niż przyjęcie założenia, zgodnie z którym medyk nie może współdziałać w celowym pozbawieniu pacjenta jego życia. Tutaj dostrzegamy kluczową wątpliwość co do interpretacji art. 8 EKPC.

Trybunał w Strasburgu w sytuacji, gdy odnosi się do prawa do poszanowania prywatności i życia rodzinnego, stara się w sposób wyraźny analizować, czy normy krajowe umożliwiają w sposób sprawiedliwy realizację wskazanego uprawnienia. Jeśli dotyka ono możliwości takiego czy innego działania prowadzącego do śmierci pacjenta, to zasada równości, sprawiedliwości i niedyskryminacji nakazuje, by każdy miał takie same możliwości realizacji zaplanowanego działania, np. samobójczego. Pamiętać jednak należy, że prawo do prywatności zawarte w przywołanym w tym miejscu przepisie także nie ma charakteru absolutnego. Realizacja prywatnych i ważnych dla danej osoby działań nie może wiązać się z naruszeniem praw i godności innych osób.

Z całą pewnością ETPC nie raz jeszcze będzie odnosić się do złożonych sytuacji, w których to konieczne będzie dokonanie oceny słuszności postępowania kierowanego w stronę umierającego pacjenta. Czy jednakże sędziowie są dostatecznie przygotowani do rozstrzygnięcia spraw niosących w sobie tak potężny ładunek emocjonalny?

Zdaniem Anatonina Scali, szukając odpowiedzi na kluczowe pytania dotyczące standardów ochrony praw człowieka, coraz częściej uznaje się współcześnie, że najlepszym rozwiązaniem jest powierzenie rozstrzygnięcia trudnych sporów instytucjom oraz ekspertom. Przekonanie to doprowadziło do stanu, w którym to np. sędziowie coraz częściej wydają orzeczenia dotyczące nie tyle prawa, ile moralności. Zmarły kilka lat temu Scalia, będąc sędzią Sądu Najwyższego USA, określał często swoich kolegów mianem „sędziów moralistów” lub też „mułłów zachodu”⁵⁸. Warto w tym kontekście dodać, że pozytywne zjawisko rozwoju oraz popularności

⁵⁷ J. Bomba, *Wartości humanistyczne a poszanowanie praw człowieka w trudnych warunkach*, „Psychiatria Polska” 1993, nr 3, s. 229-234.

⁵⁸ A. Scalia, *Mułłowie zachodu: sędziowie jako arbitrzy moralni*, Warszawa 2009, s. 28. Słowo mułła oznacza „tytuł nadawany w krajach muzułmańskich teologom, prawnikom, używany gł. w Iranie i Azji Środkowej w odniesieniu do niższych rangą urzędników przy meczetach” (źródło: Mułła, [w:] *Słownik wyrazów obcych PWN*, <http://encyklopedia.pwn.pl/haslo.php?id=3944348> [dostęp: 16.08.2011].

idei praw człowieka doprowadziło do wytworzenia się tendencji do tzw. sakralizacji praw człowieka. Termin ten skonstruowany został przez Marcela Gaucheta, który zwrócił uwagę, że na przełomie XX i XXI w. coraz więcej społeczeństw doświadcza kryzysu wartości. Prawa człowieka stały się dla wielu nie tylko uniwersalną normą, do której należy dążyć. Są one mocnym fundamentem, będącym bazą interpretacyjną w stosunku do wszelkich kluczowych zjawisk⁵⁹. Stan ten prowadzi do pojawienia się, niestety, sytuacji paradoksalnej. Z jednej strony jest to – wskazane już w sprawach prowadzonych przez ETPC – interpretowanie prawa do życia przez pryzmat prawa do śmierci. Z drugiej zaś strony prawa człowieka są głównym argumentem uzasadniającym wprowadzenie normy, na podstawie której uprawnione jest pozbawienie człowieka jego życia⁶⁰. Niestety, wsparcie podobnych argumentów przez decyzje poszczególnych sędziów prowadzić może do stanu trwałej zmiany. W kontekście eutanazji zjawisko to dostrzegane jest w szczególności w Holandii, gdzie podstawą akceptacji działań zmierzających do uśmiercania pacjentów stały się głośne orzeczenia sądowe, w których odstępowano od wymierzenia kary lekarzom pozbawiających swoich pacjentów życia na ich żądanie bądź pod wpływem współczucia⁶¹. Co jest zaskakujące i niepokojące, kryteria podejmowania podobnych działań ulegają co pewien czas rozszerzeniu. Prowadzi to do sytuacji, w której – najpierw akceptując pozbawianie życia osób w stanach terminalnych – powoli zaakceptowano stan, w którym uśmiercane są osoby doświadczające zaburzeń psychicznych⁶².

⁵⁹ E. Roccella, L. Scaraffia, *Wojna z chrześcijaństwem. ONZ i Unia Europejska jako nowa ideologia*, Częstochowa 2006, s. 38-40.

⁶⁰ B. Wach, *Eutanazja w Europie*, „Głos dla życia” 2013, nr 4, s. 16.

⁶¹ K. Szaulińska, *Prawa do śmierci*, „Psychiatria. Pismo dla praktyków” 2016, nr 2, s. 10-13.

⁶² Warto w tym miejscu zacytować opinię polskiego sądu, który z obawy o życie dziecka doświadczającego zaburzeń ze spektrum autyzmu, nie zgodził się na jego powrót do kraju, tj. Holandii. Chłopiec był izolowany przez kilkanaście miesięcy od swoich rodziców w związku z podejrzeniem występowania przemocy w rodzinie. Rodzice chłopca uciekli z nim do Polski. Sąd Okręgowy w Warszawie nie zgodził się na wydanie dziecka do kraju pochodzenia. Przewodniczący składu orzekającego stwierdził: „W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że w Holandii od 1 kwietnia 2002 roku prawnie dopuszczalne jest zabijanie ciężko chorych lub nawet ciężko przygnębionych ludzi, w tym dzieci od 12. roku życia, przez lekarzy w ramach tzw. eutanazji (ustawa z 1 kwietnia 2002 roku „Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding”). Wystarczy, aby lekarz (po konsultacji z innym lekarzem) był przekonany, że prośba pacjenta o dokonanie eutanazji jest dobrowolna i została głęboko przemyślana, jego cierpienie było nie do zniesienia (*ondraaglijk*) i bez szans na poprawę (*uitzichtloos*). Przeróżające jest jednak, że możliwość zabijania ludzi chorych przez lekarzy odnosi się także do osób chorych psychicznie, w tym na demencję (najczęściej w formie choroby Alzheimera) a nawet depresję. Przy tym decyzja o zabiciu psychicznie chorych może zapaść także wobec dzieci po ukończeniu 12. roku życia. Powyższe sytuacje nie są niestety teoretyczne. [...] Należy wyjaśnić, dlaczego sąd w sprawie niniejszej kwestię tę podnosi: otóż dziecko, to konkretne dziecko – M. d. H., w przypadku odebrania rodzicom pełni praw rodzicielskich (co jest wysoce prawdopodobne), jego powrotu do Holandii, znaczącego pogorszenia stanu zdrowia i pogłębienia się dolegliwości psychicznych (co także jest w izolacji od rodziców wysoce prawdopodobne) po ukończeniu 12. roku życia może zostać pozbawione życia przez lekarzy bez zgody, a nawet bez wie-

Sądy powszechne oraz ETPC w Strasburgu bardzo często mogą nie posiadać dostatecznej wiedzy dotyczącej stanu pacjenta oraz obiektywnych przesłanek wskazujących na zasadność dalszego działania. Doskonale oddaje to wcześniej przytoczona sprawa Vincenta Lamberta. ETPC oddał jej pełne rozstrzygnięcie władzom francuskim, wskazując na konieczność istnienia marginesu możliwych do podjęcia w prawie krajowym działań. Należy jednakże zaznaczyć, że sprawa ta nie dotyczyła wyłącznie możliwości takiego bądź też innego stosowania przepisów formalnych. ETPC uznał, że państwa powinny mieć margines swobody co do sposobu uregulowania kwestii m.in. wyboru osoby upoważnionej do podjęcia decyzji o zaniechaniu kontynuowania terapii medycznej oraz wyboru okoliczności podjęcia tej decyzji. Sprawa ta oddaje jednak bardzo złożony charakter sytuacji dotyczących końca ludzkiego życia. Nie wiadomo bowiem, czy działania polegające na zaprzestaniu karmienia Vincenta Lamberta były zaprzestaniem stosowania uporczywej terapii względem niego, czy też były „zaaplikowaniem” uporczywego umierania pacjentowi, który samodzielnie oddychał.

Nieuchronny jest stan, w którym to sądy będą miały trudność w dokonaniu obiektywnej oceny sytuacji, w jakiej znajduje się cierpiący lub umierający pacjent. Zarówno sąd krajowy, jak i międzynarodowy trybunał muszą tutaj opierać się na opinii ekspertów wyjaśniających znaczenie konkretnych zwrotów medycznych i sytuacji diagnostycznych. Warto pamiętać, że perspektywa eutanazji nie może zdominować medycyny, której zadaniem jest leczyć oraz łagodzić cierpienie człowieka, szanując jego godność. Na takim podejściu opiera się tzw. ortotanazja. Wojciech Bołoz w książce *Bioetyka i prawa człowieka* stwierdza, że jest ona oparta na założeniu: „poszanowania dla ludzkiego życia i prawa do godnej śmierci”. Zdaniem W. Bołoz ortotanazja to „summarum praw człowieka umierającego”. Charakteryzuje je pogląd, według którego to osoba umierająca ma pełne prawo do podejmowania istotnych dla niej decyzji związanych z leczeniem. Ma prawo do kontaktu z bliskimi jej osobami oraz do świadomego umierania i wyrażenia swoich uczuć wobec zbliżającej się śmierci. Podejście to zakłada ponadto konieczność otoczenia opieką medyczną osoby niesprawnej, dzięki czemu będzie mogła doświadczyć ulgi w bólu. Konieczne jest zagwarantowanie umierania w sposób bezbolesny, umożliwiający obecność osób bliskich⁶³.

dzy swoich rodziców. Zatem kwestią najistotniejszą rozstrzyganą w sprawie niniejszej jest nie tylko kwestia naruszenia przez Holandię praw człowieka przysługujących rodzicom, dobro czy zdrowie dziecka, ale życie – biologiczne przetrwanie tego konkretnego dziecka. Sąd Okręgowy w Warszawie nie mogąc wykluczyć takiego biegu wydarzeń, nie weźmie na swoje sumienie życia tego dziecka już pokrzywdzonego przez los i władze holenderskie”. Postanowienie SO Sygn. akt VIII Kop 180/20.

⁶³ W. Bołoz, *Bioetyka i prawa człowieka*, Warszawa 2007, s. 153 i 188.

Literatura

- Bomba J., *Wartości humanistyczne a poszanowanie praw człowieka w trudnych warunkach*, „Psychiatria Polska” 1993, nr 3.
- Bołoz W., *Bioetyka i prawa człowieka*, Warszawa 2007.
- Burdziak K., *Samobójstwo w prawie polskim*, Warszawa 2019.
- Cymerys-Cesarz J., *Prawo do ochrony zdrowia w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, https://nil.org.pl/uploaded_files/1604408333_11-cymerys-cesarz.pdf.
- Garlicki L., *Wartości lokalne a orzecznictwo ponadnarodowe – „kulturowy margines oceny” w orzecznictwie strasburskim?*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 4.
- Glanc M., *Zaprzestanie terapii medycznej. Głosa do wyroku ETPC z dnia 5 czerwca 2015 r.*, 46043/14, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2016, nr 1.
- Górski M., *Głosa do wyroku ETPC z dnia 5 czerwca 2015 r.*, 46043/14, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2017, nr 2.
- Kamiński I.C., *Proceduralne gwarancje praw do aborcji. Głosa do wyroku ETPC z dnia 20 marca 2007 r.*, 5410/03, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 4.
- Kmiecik B., *Prawa pacjenta i ich ochrona. Studium socjologiczne*, Lublin 2015.
- Kuczma P., *Prawna ochrona życia*, http://repozytorium.uni.wroc.pl/Content/52912/PDF/01_Pawel_Kuczma.pdf.
- Morawska E.H., *Od obowiązku zapobiegania do obowiązku umożliwienia: złożone podejście Europejskiego Trybunału Praw Człowieka do samobójstwa*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarne” 2016, nr 7.
- Nowicki M.A., *Komentarz do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, [w:] *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, wyd. VII, [art. 2], Warszawa 2017.
- Nowicki M.A., *Komentarz do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, [w:] *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, wyd. VII, [art. 3], Warszawa 2017.
- Nowicki M.A., *Komentarz do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, [w:] *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, [art. 8], wyd. VII, Warszawa 2017.
- Nowicki M.A., *Nicklinson i Lamb przeciwko Wielkiej Brytanii – decyzja ETPC z dnia 23 czerwca 2015 r.*, Izba (Sekcja IV), skargi nr 2478/15 i 1787/15, [w:] M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2015*, Warszawa 2016.
- Osiatyński W., *Wprowadzenie do praw człowieka*, s. 1, http://www.hfhrpol.waw.pl/pliki/WOsiatyński_HistIFilo.pdf.
- Ozminkowski V., *Przez 26 lat patrzeć, jak twoje dziecko umiera*, <https://www.newsweek.pl/polska/eutanazja-w-polsce-czyli-blaganie-o-smierc/8wkrw7f>.
- Piechowiak M., *Prawa człowieka* [hasło encyklopedyczne], [w:] *Powszechna encyklopedia filozofii*, www.ptta.pl/pef/pdf/suplement/prawa_czlowieka.pdf.
- Plątek M., *Zakończenie. Między prawem do życia i prawem do śmierci*, [w:] M. Mozgawa, *Eutanazja*, Warszawa 2015.
- Pryciak M., *Prawo do prywatności*, <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/37379/PDF/011.pdf>.
- Roccella E., Scaraffia L., *Wojna z chrześcijaństwem. ONZ i Unia Europejska jako nowa ideologia*, Częstochowa 2006.
- Siedlecka E., *Pozwólcie mi umrzeć*, http://wyborcza.pl/1,76842,9660902,Pozwolicie_mi_umrzec.html.
- Sobański P., *Roszczenia Polski wobec RFN w świetle doktryny niemieckiej*, Poznań 2019.
- Surmiak-Domańska K., *Pozwólcie mi umrzeć! – matka walczy o skrócenie cierpienia syna. Bezskutecznie. Wywiad z Barbarą Jackiewicz*, http://www.wysokieobcasy.pl/wysokie-obcasy/1,96856,11576486,Pozwolicie_mi_umrzec_mamka_walczy_o_skrócenie_cierpienia.html.
- Scalia A., *Multowie zachodu: sędziowie jako arbitrzy moralni*, Warszawa 2009.
- Szaulińska K., *Prawo do śmierci*, „Psychiatria. Pismo dla praktyków” 2016, nr 2.

- Szeroczyńska M., *Orzeczenie: Haas v. Szwajcaria. Niezmiennie „nie” Trybunału Praw Człowieka dla „prawa do śmierci”*, <http://www.prawaczlowieka.uw.edu.pl/index.php?orzeczenie=1368d271a-e6a831386917603bd1f80b959a5c7dd-b0>.
- Szewczyk K., *Uporczywa terapia w projekcie tzw. ustawy bioetycznej – pięć krytycznych konkluzji*, Kraków 2009 (archiwum autorów).
- Szwed M., *Przymusowe umieszczenie w zakładzie psychiatrycznym w świetle współczesnych standardów ochrony praw człowieka*, Warszawa 2020.
- Świtaj J., *12 oddechów na minutę*, Kraków 2008.
- Wach B., *Eutanazja w Europie*, „Głos dla życia” 2013, nr 4.
- Wadowski P., *Ostatni zastrzyk*, <https://www.polityka.pl/archiwumpolityki/1873570,1,ostatni-zastrzyk.read>.
- Wanat E., *Dyskusja nad z prof. Markiem Wichrowskim na temat artykułu: Chcę oddać jego serce*, www.tok.fm (archiwum).
- Wnukiewicz-Kozłowska A., *Prawo do godnej śmierci (wspomagane samobójstwo, eutanazja, zaprzestanie uporczywej terapii) w interpretacji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Prawo i Medycyna” 2016, nr 3.

Tomasz Srogosz

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

ORCID 0000-0001-9753-8920

tsrogos@afm.edu.pl

Prawo narodów z perspektywy Trzeciego Świata

Słowa kluczowe: prawo międzynarodowe, Trzeci Świat, historia, podmiotowość, prawa człowieka

Streszczenie. W artykule wskazano, że nauczanie prawa powinno nie tylko przygotowywać do praktycznego wykonywania zawodu, lecz także rozwijać wrażliwość humanisty, potrzebną każdemu prawnikowi. W przeciwnym wypadku społeczeństwo zostanie skazane na rzesze bezdusznie stosujących prawo „farmaceutów”. Prawo międzynarodowe, jako przedmiot ogólnoinformujący, może pełnić szczególną rolę w rozwijaniu wrażliwości społecznej dzięki prezentowaniu różnych podejść, perspektyw teoretyczno-prawnych i filozoficznych. Jedną z propozycji jest ruch *Third World Approaches to International Law*, oferujący spojrzenie Trzeciego Świata (skupiającego ludy postkolonialne, nazywane też Południem) na prawo narodów. Materialistyczna wizja prawa międzynarodowego i jego historii widoczna w poglądach przedstawicieli TWAIL, proponująca krytyczne podejście do prawa, pokrewna z *New Approaches to International Law* czy też *Integrated Marxist Approach to International Law*, może stanowić ciekawe uzupełnienie wykładów prawa narodów chociażby w zakresie jego historii, podmiotowości czy też praw człowieka, wychodzące nieco poza mainstreamowy nurt oparty na narracji naturalistycznej i pozytywistycznej.

Law of Nations from a Third World perspective

Key words: international law, Third World, history, subjectivity, human rights

Summary. The article points out that law teaching should not only prepare for the practice of the profession but should develop the sensitivity of the humanist needed by every lawyer. Otherwise, society will be condemned to a multitude of “pharmacists” who apply the law ruthlessly. International law, as a subject of general information, can play a special role in developing social sensitivity by presenting different approaches, theoretical-legal, and philosophical perspectives. One of the proposals is the *Third World Approaches to International Law* movement, which offers a view of the Third World (which brings together post-colonial, also known as the South) on the law of nations. The materialistic vision of international law and its history, visible in the views of TWAIL representatives, proposing a critical approach to law, related to *New Approaches to International Law*, or *Integrated Marxist Approach to International Law*, can be an interesting complement to lectures on the law of nations, e.g. in the area of its history, subjectivity or human rights, going slightly beyond the mainstream current based on naturalistic and positivist narrative.

Wprowadzenie

Jakość i zakres badań naukowych wytyczają granice nauczania: im są bogatsze i wszechstronne, tym bardziej owocne jest nauczanie uniwersyteckie, które powinno przygotowywać nie tylko do praktycznego wykonywania zawodu. Nie można zapominać również o tym, że prawnik powinien być przede wszystkim humanistą, a nie „farmaceutą”¹. Witold Wołodkiewicz trafnie podkreśla, że „prawnik humanista powinien zachować perspektywę wobec prawa jako zjawiska kulturalnego, społecznego i historycznego”, a „przedmioty ogólnoinformujące powinny dać prawnikowi dystans co do prawa, jego celów i przemian”². Student opuszczający mury wydziału prawa powinien posiadać umiejętność krytycznego spojrzenia na procesy społeczne, w tym zachodzące w porządkach prawnych na poziomie krajowym, europejskim i międzynarodowym, cytując W. Wołodkiewicza: powinien zachować perspektywę i dystans wobec prawa. Utrzymanie takiego dystansu i perspektywy możliwe jest dzięki przedmiotom ogólnoinformującym, do jakich – obok prawa rzymskiego, historii państwa i prawa, historii doktryn politycznych czy filozofii prawa – zaliczyć należy również prawo międzynarodowe publiczne, a w ramach tego przedmiotu historię, teorię i filozofię prawa narodów. Bez nich absolwent może stać się „farmaceutą”, urzędnikiem z *Procesu* Franza Kafki, nieposiadającym odpowiedniej wrażliwości koniecznej podczas stosowania prawa. Pamiętać przy tym należy, że przedmioty te powinny być wykładane z uwzględnieniem różnych nurtów, szkół czy ruchów, czyli nie tylko z wiodącej perspektywy pozytywistycznej i naturalistycznej. W nauczaniu powinno się znaleźć również miejsce dla innych, mniej popularnych w Polsce podejść, wzbogacających wiedzę absolwentów humanistów. Na studiach prawnych, poza wiodącym nurtem pozytywistycznym i naturalistycznym, niezbędne są nawiązania do innych podejść, a tych po prostu nie ma w podręcznikach prawa międzynarodowego czy publikacjach dotyczących jego historii³.

Celem niniejszego artykułu jest zaproponowanie polskim dydaktykom prawa narodów jednego z punktów widzenia na prawo i jego historię, który określanym jest mianem *Third World Approaches to International Law*, w skrócie TWAIL (specjalnie użyłem tu słowa „prawo”, a nie „prawo międzynarodowe”, ponieważ TWAIL rzuca światło nie tylko na istotę porządku prawnomiędzynarodowego i jego instytucji, ale także szerzej, na prawo krajowe i unijne). Obalenie pomników byłych kolonizatorów ma wymiar nie tylko społeczny, kulturowy, ale może także z powodzeniem stać

¹ Zob. O. Balzer, *Nauka uniwersytecka a kolejność studiów w uniwersyteckiej nauce prawa*, Warszawa 1921, s. 25-37.

² W. Wołodkiewicz, *Nauczanie prawa czy przepisów prawnych?*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2015, t. LXVII, z. 1, s. 247.

³ Por. M. Muszyński, *Sila, norma, idea. Prawo międzynarodowe w ujęciu historycznym*, t. 1, Warszawa 2019.

się ikoną TWAIL, prowadząc do inspirującego *twailersów* pytania, czym w istocie była i jest dekolonizacja i czy tak naprawdę się zakończyła? W swoich wykładach na temat TWAIL prof. Anthony Anghie nawiązuje do sceny „odkrycia” Ameryki przez Krzysztofa Kolumba, twierdząc, że miała ona wymiar symboliczny w dziejach prawa narodów⁴. Tymczasem pomniki Kolumba w 2020 r. usuwano i niszczone kolejno w Baltimore, Bostonie, Wirginii, Chicago, a próbowano to zrobić w Barcelonie. Taki sam los spotkał pomniki Leopolda II w Antwerpii i Brukseli, Colstona w Bristolu, Milligana w Londynie, natomiast w Oxfordzie domagano się usunięcia pomnika Rhodesa. Fala ta nie ominęła Polski, mimo iż nie była ona państwem kolonialnym. W Warszawie na pomniku Tadeusza Kościuszki namalowano napis *Black Lives Matter*. W uprawianiu nauki i nauczaniu prawa narodów, także w Polsce, nie można pomijać TWAIL, który jak inne *approaches to international law* (naturalistyczne, marksistowskie, realistyczne, konstruktywistyczne, pozytywistyczne, Law & Economics, feministyczne) pozwalają na krytyczne i szersze spojrzenie na prawo, ułatwiając zrozumienie zachodzących procesów społecznych oraz obdarzając swego rodzaju wrażliwością, w tym społeczną, podczas wykładni i stosowania prawa. W kontekście wspomnianych wydarzeń TWAIL jawi się jako ciekawa propozycja, pozwalająca na wzbogacenie wiedzy na temat różnych aspektów i instytucji prawa międzynarodowego, w tym ewolucji i korzeni prawa narodów, suwerenności, podmiotowości, prawa globalnego, dekolonizacji, praw człowieka, ochrony klimatu i środowiska, ludów tubylczych czy organizacji międzynarodowych. Z uwagi na ograniczone ramy artykułu poniżej przedstawione zostaną, poza zdefiniowaniem tzw. Trzeciego Świata oraz wskazaniem korzeni i charakteru TWAIL, trzy zagadnienia: historia prawa narodów, podmiotowość i prawa człowieka.

Trzeci Świat

W nazwie TWAIL znalazło się pojęcie Trzeciego Świata, które obecnie, z uwagi na konieczność zachowania poprawności politycznej, ma wydźwięk pejoratywny. Nie bez przypadku pojawiło się po 1997 r., w którym to miała miejsce pierwsza konferencja TWAIL w Harvard Law School, a więc już po rozpadzie złożonego z „trzech światów” systemu zimnowojennego. W okresie postzimnowojennym, w którym nastąpił podział na państwa rozwinięte i rozwijające się, zastępujący niepopularne już, trącające rasizmem „trzy światy”, zwolennicy prezentowanego podejścia celowo zdecydowali się na odwołanie do *Third World*. Powodem była chęć nawiązania do kolonialnej historii prawa narodów i problemów ludów post-

⁴ A. Anghie, *The Standard of Civilization. The History of Continuity*, <https://www.youtube.com/watch?v=Jd8MA6mYVac> [dostęp: 20.12.2020].

kolonialnych. Podkreślić należy, że nie jest to perspektywa z pozycji państw postkolonialnych. Trzeci Świat nie jest tu rozumiany państwowo-centricznie, za tym pojęciem kryje się nawiązanie do kryzysu postkolonialnych społeczeństw i ludów. Dlatego TWAIL należy do jurysprudenencji socjologicznej, obok krytycznych studiów nad prawem (*Critical Legal Studies*), z którymi zresztą, tak jak jurysprudenca feministyczna, jest ściśle związany⁵.

Trzeciego Świata nie należy zatem rozumieć jako grupy państw, w szczególności związanej z Grupą 77. W tym znaczeniu pojęcie przeszło do lamusa wraz z upadkiem muru berlińskiego. W ramach TWAIL ma ono wymiar bardziej społeczny niżli polityczny, a jedynym łącznikiem między dawnym a obecnym pojęciem jest zasięg geograficzny obejmujący tzw. Południe. Nie można zatem postawić znaku równości między pojęciami Trzeciego Świata i państw rozwijających się. Trzeci Świat wiąże się z ludami i społeczeństwami, które z uwagi na kolonialną przeszłość znajdują się w stanie ubóstwa i dominacji ze strony państw rozwiniętych, czyli byłego Pierwszego Świata. Makau wa Mutua stawia Trzeci Świat bezpośrednio w opozycji do hegemonii tzw. Zachodu⁶. Bhupinder S. Chimni akceptuje aktualność pojęcia odnoszącego się do podziału między postkolonialnym Południem a hegemonistyczną Północą⁷, jednak w ostateczności, prezentując marksistowskie podejście do prawa międzynarodowego (*Integrated Marxist Approach to International Law* – IMAIL), pisze o uciskanej klasie transnarodowej (*transnational oppressed classes* – TOC)⁸. Traktowanie Trzeciego Świata jako grupy państw pozostawałoby w sprzeczności z historyczną narracją TWAIL, w której państwa postkolonialne przedstawiane są jako twory europejskiej myśli prawa narodów⁹. Różnica między Trzecim Światem a tzw. państwami Północy ma charakter kulturowy, a nie polityczny. Nie jest to podział polityczny w społeczności międzynarodowej złożonej z państw, ale podział kulturowy nazywany przez A. Anghiego *cultural difference*, wynikający z kolonialnej przeszłości, w którym dokonano rozróżnienia na ludy cywilizowane i niecywilizowane¹⁰. Trzeci Świat jest pojęciem z jednej strony ko-

⁵ Zob. J. Cabaj, *Wpływ postmodernizmu na feministyczną teorię prawa*, „Ius Novum” 2011, nr 2, s. 122-123; F.N. Lone, *Cross-Fertilization of Westphalian Approaches to International Law: Third World Studies and a New Era of International Law Scholarship*, „Emory International Law Review” 2020, vol. 34, s. 957.

⁶ M. wa Mutua, *What is TWAIL?*, „Proceedings of the ASIL Ann. Meeting” 2000, vol. 94, s. 36.

⁷ B.S. Chimni, *Third World Approaches to International Law: A Manifesto*, „International Community Law Review” 2006, vol. 8, s. 4-7.

⁸ *Idem*, *International Law and World Order. A Critique of Contemporary Approaches*, 2nd ed., Cambridge 2017, s. 507; *idem*, *Prolegomena to a Class Approach to International Law*, „European Journal of International Law” 2010, vol. 20, nr 1, s. 76-81.

⁹ A. Anghie, *The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities*, „Third World Quarterly” 2006, vol. 27, nr 5, s. 747-749.

¹⁰ *Idem*, *Imperialism, Sovereignty and Making of International Law*, Cambridge 2007, s. 310.

jarzonym z historycznie uwarunkowaną podległością na poziomie globalnym¹¹, a z drugiej – niosącym za sobą potrzebę uwolnienia ludów i społeczeństw postkolonialnych spod tej podległości w celu zrównania z tzw. Pierwszym Światem (w przypadku IMAIL chodzi o emancypację TOC)¹². Owa wrażliwość na rzeczywistość społeczno-ekonomiczną Trzeciego Świata sprawia, że TWAIL reprezentuje materialistyczną wizję prawa międzynarodowego i jego historii¹³, w której jest miejsce chociażby na poglądy Chimniego.

Ruch

Charakter TWAIL można wyjaśnić, odwołując się w pierwszej kolejności do jego genezy i ewolucji. W doktrynie wskazuje się, że TWAIL korzeniami sięga dziewiętnastowiecznej praktyki prawa narodów związanej z nowo powstałymi postkolonialnymi państwami Ameryki Łacińskiej. Za przedstawicieli południowoamerykańskiego podejścia do prawa międzynarodowego uznaje się argentyńskich dyplomatów Carlosa Calvo i Luisa M. Drago, forsujących politykę ograniczenia interwencji państw europejskich w sprawy państw amerykańskich¹⁴. Na kontynentach afrykańskim i azjatyckim za źródło TWAIL wskazuje się natomiast konferencję w Bandungu (1955), podczas której zadeklarowano sprzeciw wobec kolonializmu i dyskryminacji rasowej¹⁵. Łączenie korzeni TWAIL z doktrynami Calvo i Drago czy też Ruchem Państw Niezaangażowanych nie może mieć jednak racji bytu. Inicjatywy polityczne państw postkolonialnych wiążą się raczej z ewentualną regionalizacją prawa międzynarodowego¹⁶ niżli załączkiem teoretyczno-filozoficznego podejścia do prawa narodów. Pamiętać należy o tym, że twórcami tych inicjatyw byli politycy wykształceni w duchu europejskim, uczestniczący w budowaniu tych państw postkolonialnych według modelu europejskiego. Polityczna współpraca na poziomie międzyrządowym nie miała nic wspólnego z TWAIL, chociaż w pewnym sensie stworzyła atmosferę dogodną do powstania ruchu naukowego, którego podłożem również był antykolonializm.

¹¹ O.Ch. Okafor, *Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our Time: A TWAIL Perspective*, „Osgoode Hall Law Journal” 2005, vol. 43, nr 1-2, s. 174-176.

¹² L. Ramina, *Framing the Concept of TWAIL: “Third World Approaches to International Law”*, „Justiça do Direito” 2018, vol. 32, nr 1, s. 10.

¹³ Por. L. Eslava, *The Materiality of International Law: Violence, History and Joe Sacco’s the Great War*, „London Review of International Law” 2017, vol. 5, s. 49.

¹⁴ Zob. I.T. Gathii, *The Agenda of Third World Approaches of International Law (TWAIL)*, [w:] *International Legal Theory: Foundations and Frontiers*, red. J. Dunoff, M. Pollack, Cambridge 2019, s. 30, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3304767 [dostęp: 15.12.2020].

¹⁵ Zob. F.N. Lone, *op. cit.*, s. 965.

¹⁶ Zob. np. A. Alvarez, *Latin America and International Law*, „American Journal of International Law” 1909, vol. 3, z. 2, s. 269-353.

Pierwsza generacja TWAIL (tzw. TWAIL I; inaczej *Asian-African approach to international law*) rozwinęła się w latach 60. i 70. XX w., a jej przedstawicielami byli między innymi: Georges Abi-Saab, R.P. Anand, Mohammed Bedjaoui, Taslim Olawale Elias, Keba M'baye czy Christopher Weeramantry. Warto wspomnieć, że za prekursora TWAIL uważany jest także profesor Karol Alexandrowicz¹⁷ – prawnik polskiego pochodzenia, badacz historii prawa międzynarodowego, w tym wkładu państw azjatyckich do rozwoju tego systemu¹⁸.

Granica między pierwszą a drugą generacją TWAIL nie wynika ze zmiany pokoleniowej, ale charakteru i metod prowadzonych badań. Zarysowała się wraz z rozwojem krytycznych studiów nad prawem (*Critical Legal Studies*), a następnie pojawieniem się nowych podejść do prawa międzynarodowego (*New Approaches to International Law* – NAIL), wywodzących się z Harvard Law School oraz reprezentowanych odpowiednio przez Duncana Kennedy'ego i Davida Kennedy'ego. Generacja TWAIL II (Anthony Anghie, James Thuo Gathii, Balahrishnan Rajagopal, Musembi Celestine Nyamu, Hani Sayed, Vasuki Nesiah, Obiora Chinedu Okafor) związana była z Harvard Law School i wspierana od początku przez Profesora Davida Kennedy'ego. Początki TWAIL II tłumaczą też jego bliskie relacje z podejściem feministycznym, IMAIL¹⁹, NAIL²⁰ czy też *Critical Race Theory*. Projekt harwardzki zaowocował pierwszą konferencją poświęconą TWAIL, która odbyła się w 1997 r. Uważa się, że to ona zapoczątkowała TWAIL II, chociaż zwiastuny pojawiły się wcześniej w pracach B.S. Chimniego czy też innych publikacjach sięgających nawet lat 80.²¹

W nazwie TWAIL nie bez przypadku pojawiło się słowo *approaches*, świadczące o tym, że TWAIL II niewątpliwie nie jest teorią naukową na miarę chociażby czystej teorii prawa Hansa Kelsena. TWAIL traktowany powinien być jako teoretyczno-filozoficzne ujęcie (punkt widzenia, perspektywa) odnoszące się do prawa narodów, wewnątrznie niejednolite. Można go określić jako luźną sieć naukowców²² lub ruch naukowy²³. Te propozycje najlepiej oddają istotę TWAIL II, ponieważ

¹⁷ B.S. Chimni, *The World of TWAIL: Introduction to the Special Issue*, „Trade, Law and Development” 2011, nr 3, s. 16.

¹⁸ Zob. C.H. Alexandrowicz, *The Law of Nations in Global History*, Oxford 2016.

¹⁹ B.S. Chimni, który był profesorem wizytującym w Harvard Law School, uważa się za twórcę (zob. B.S. Chimni, *International...* 2017, s. 15), a jego książka z 1993 r. (*International Law and World Order. A Critique of Contemporary Approaches* 1993) pojawiła się jeszcze przed TWAIL II.

²⁰ Wspomnieć należy o Martti Koskenniemi, reprezentującym krytyczne podejście do prawa międzynarodowego, w tym historii tego systemu, w wielu aspektach zbieżne z TWAIL II (zob. *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. Hersch Lauterpacht Memorial Lectures 2007).

²¹ Zob. *Third World Attitudes Toward International Law: Introduction*, red. F. Snyder, S. Sathirathai, Dordrecht-Boston 1987.

²² I.T. Gathii, *op. cit.*, s. 5.

²³ Zob. M. wa Mutua, *What...*, s. 36.

trudno jest go zakwalifikować jako szkołę prawa międzynarodowego z uwagi na wysoce zdecentralizowaną i heterogeniczną naturę, wyrażającą się w tym, że należą do niego badacze niekiedy o zupełnie odmiennych poglądach, czego najlepszym dowodem są prace B.S. Chimniego. Wspólnym mianownikiem dla TWAIL II są z pewnością: założenie o kolonialnych korzeniach prawa narodów; krytyka eurocentrycznej natury prawa narodów; zorientowanie na różnorodność kulturową w ramach porządku prawnomiędzynarodowego, dążenie do „moralnej równości kultur” i kształtowania prawa narodów z uwzględnieniem dialogu międzykulturowego; krytyka tego porządku (uznawanego za niesprawiedliwy) z perspektywy Trzeciego Świata; założenie o dominującej roli państw Północy, między innymi z uwagi na znaczenie Rady Bezpieczeństwa ONZ²⁴. Powyższe cechy plasują TWAIL II jako krytyczny ruch zakładający postmodernistyczne podejścia do prawa międzynarodowego (zakorzeniony w *Critical Legal Studies*), będący kontynuacją lub odłamem NAIL²⁵. Punktem wyjścia dla TWAIL II jest krytyczne spojrzenie na „grocjańską”, imperialną historię prawa narodów. Pamiętać jednak należy, że ruch nie sprowadza się tylko do krytyki o podłożu historycznym i dekonstrukcji istniejącego porządku. Ma on także wymiar reformatorski, konstruktywny, proponując modyfikację norm i instytucji zastanego porządku międzynarodowego²⁶. W ramach ruchu wyróżnić można w szczególności podejścia (*approaches*) do: historii i ewolucji prawa narodów (A. Anghie), podmiotowości prawnomiędzynarodowej (O.Ch. Okafor), praw człowieka (M. wa Mutua) czy ochrony środowiska (K. Mickelson). Trudno zgodzić się z Okaforem, że spełniają one warunki teorii naukowej²⁷. Są to raczej teoretyczno-filozoficzne i krytyczne ujęcia określonych etapów rozwoju, działań czy instytucji prawa narodów, niosące za sobą propozycje zmiany istniejącego porządku prawnomiędzynarodowego.

Historia prawa narodów

W polskiej nauce historia tego systemu prawa nigdy nie odgrywała istotnego znaczenia. W podręcznikach omawiana jest z perspektywy myśli europejskiej, w której główną rolę przypisuje się tzw. ojcom prawa narodów – Francesco de Vitorii,

²⁴ Por. B.S. Chimni, *International...* 2017, s. 15-17; M. wa Mutua, *What...*, s. 36; D.P. Fidler, *Re-volt Against or From Within the West? TWAIL, the Developing World, and the Future Direction of International Law*, „Chinese Journal of International Law” 2003, vol. 2(1), s. 29-33.

²⁵ Por. A.F. Sunter, *TWAIL as Naturalized Epistemological Inquiry*, „Canadian Journal of Law & Jurisprudence” 2007, vol. 20, z. 2, s. 475-507; F.N. Lone, *op. cit.*, s. 973-974; A. Carty, *Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law*, „European Journal of International Law” 1991, vol. 2, s. 1.

²⁶ Por. M. wa Mutua, *What...*, s. 32.

²⁷ O.Ch. Okafor, *Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology, or Both*, „International Community Law Review” 2008, vol. 10, s. 376.

Hugonowi Grocjuszowi czy Alberto Gentiliemu. Według autorów tych podręczników historia prawa narodów to w istocie historia Europy i europejskiej myśli prawniczej i politycznej²⁸. W polskiej doktrynie prawa międzynarodowego widoczne jest silne przywiązanie do porządku westfalskiego i grocjańskiej, europocentrycznej myśli prawa narodów, wynikające z tego, że Polska wyłączona była z procesów kolonizacyjnych i dekolonizacyjnych.

Tymczasem w nauce zagranicznej, zwłaszcza w państwach byłych imperiów kolonialnych, zauważalny jest zwrot w kierunku krytycznego myślenia o historii tegoż porządku, uwzględniającego perspektywę pozaeuropejską²⁹. Nie ulega wątpliwości, że jego źródłem i inspiracją była harwardzka szkoła prawa, związana początkowo z krytycznymi studiami nad prawem (*Critical Legal Studies*), a następnie NAIL. Nowe podejście do historii prawa międzynarodowego przedstawił Martti Koskenniemi, które zostało następnie przejęte i rozwinięte w rozważaniach *twailersa* A. Anghiego na temat kolonialnego rodowodu prawa narodów. Widoczne jest u nich spojrzenie postmodernistyczne, w którym prawo międzynarodowe jawi się jako instrument w rękach polityków pragnących dzięki niemu realizować swoje interesy, a prawnicy tworzący podwaliny tego systemu prawa – jako grupa dżentelmenów pochodzących z dobrych europejskich domów. Historia prawa międzynarodowego przedstawiana jest z perspektywy gabinetów europejskich intelektualistów, dlatego też nosi miano biograficznej lub kontekstualnej (*biographical/contextual legal history*)³⁰. O ile dla M. Koskenniemi okres powstawania źróbów prawa międzynarodowego i krystalizowania się jego kolonialnego rodowodu przypadał na XIX w. (Rolin, Bluntschli, Westlake)³¹, o tyle A. Anghie dostrzegł te korzenie wcześniej – w twórczości Vitorii i Grocjusza³². Obaj podkreślają, że prawo narodów powstało na potrzeby kolonizacji. Służyć miała temu funkcja rozwoju, na początku której znajdować się miały „ludy niecywilizowane”, a na końcu „narody cywilizowane”. Owo rozróżnienie, w istocie opierające się na podziałach rasowych (Anghie mówi o *cultural difference*), miało zasadnicze znaczenie dla rozumienia kluczowej w prawie międzynarodowym koncepcji suwerenności. Z jej dobrodziejstwa w postaci przynależności do zamkniętej egalitarnej społeczności międzynarodowej korzystać mogły tylko „narody cywilizowane”, a więc państwa europejskie. Dzięki tejże koncepcji stworzony został mechanizm pozwalający na

²⁸ Por. np. W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2014, s. 19-32; J. Barcik, T. Srogosz, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2019, s. 11-27.

²⁹ Zob. np. *The Oxford Handbook of the History of International Law*, red. B. Fassbender, A. Peters, Oxford 2013.

³⁰ M. Craven, *Introduction: International Law and Its Histories*, [w:] *Time, History and International Law*, red. M. Craven, M. Fitzmaurice, M. Vogiatzi, Leiden-Boston 2011, s. 13.

³¹ M. Koskenniemi, *The Gentle...*, s. 11-166.

³² A. Anghie, *Imperialism...*, s. 13-114.

wykluczenie „ludów niecywilizowanych” z grona społeczności międzynarodowej i poza nawias prawa narodów, wyrazem czego było traktowanie ziem należących do ludów afrykańskich i amerykańskich jako *terra nullius*³³. Celem *ius inter gentes* była misja cywilizacyjna, która miała w przypadku systemu mandatowego i powierniczego rzekomo wspomóc „ludy niecywilizowane” w rozwoju, zbudowaniu instytucji państwowych odpowiadających europejskim standardom i ostatecznie przyjęciu do grona „narodów cywilizowanych”³⁴.

Spojrzenie na historię prawa narodów z perspektywy dotkniętego kolonializmem Trzeciego Świata rzutuje na podejścia *twailersów* do współczesnych instytucji i norm prawnomiędzynarodowych. A. Anghie podkreśla, że kolonialny rodowód prawa międzynarodowego, wywodzący się z dorobku Vitorii w postaci koncepcji suwerenności, wbudowany jest we współczesny porządek prawnomiędzynarodowy³⁵. John Reynolds, idąc śladem A. Anghiego, wskazuje na nieustanne dążenie imperiów do utrzymywania „stanu niebezpieczeństwa” (*emergency*), odpowiednio w postaci projektu kolonialnego, a następnie walki z terroryzmem, uzasadniającego interwencję dyskryminującą Trzeci Świat³⁶. Ale TWAIL nie ogranicza się tylko do krytyki, stara się także konstruować oryginalne koncepcje, w których widoczne jest zerwanie z *cultural difference*. W tychże koncepcjach prawo narodów jawi się jako porządek czerpiący z dorobku wszystkich kontynentów, państw i ludów, w tym Trzeciego Świata, niezależnie od ich „ucywilizowania”³⁷. W pierwszej kolejności na uwagę zasługuje, jakże istotna dla każdego systemu prawa, kwestia podmiotowości.

Podmiotowość³⁸

Jak twierdzi A. Anghie, kontynuując opowieść o historii prawa narodów, oparty na kryterium rozwoju podział na „ludy cywilizowane” i „niecywilizowane” niewątpliwie miał wpływ na dotychczasową ewolucję prawa narodów i koncepcję jego pod-

³³ M. Koskenniemi, *The Gentle...*, s. 127-128; A. Anghie, *Imperialism...*, s. 52-65; A. Anghie, *The Evolution...*, s. 740-744.

³⁴ A. Anghie, *Imperialism...*, s. 115-195; *idem*, *The Evolution...*, s. 745-746.

³⁵ *Idem*, *Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law*, „Social & Legal Studies” 1996, vol. 5(3), s. 332.

³⁶ J. Reynolds, *Empire, Emergency and International Law*, Cambridge 2017, s. 17.

³⁷ Por. T.O. Elias, *The Berlin Treaty and the River Niger Commission*, „American Journal of International Law” 1963, vol. 57, s. 873-882; zob. także T.O. Elias, *Africa and the Development of International Law*, wyd. zredagował i uaktualnił R. Akinjide, Dordrecht-Boston-London 1988, s. 3-34.

³⁸ Zob. T. Srogosz, *Podmiotowość prawnomiędzynarodowa w świetle Third World Approaches to International Law*, [w:] *Podmiotowość prawnomiędzynarodowa i jej współczesne aspekty*, red. E. Cała-Wacinkiewicz, J. Menkes, W. Staszewski, J. Nowakowska-Małusecka, Warszawa 2020, CH Beck, s. 57-70; T. Srogosz, *Pierwsze Narody w prawie międzynarodowym – podmiot praw czy prawa?*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2021, vol. XIX, s. 163-180.

miotowości. Jego skutkiem było przyjęcie instytucji uznania, która determinowała krąg podmiotów prawa międzynarodowego. Czerpiące z dobrodziejstwa podmiotowości państwa europejskie arbitralnie korzystały z przywileju uznania, decydując o podmiotowości pozostałych państw i ludów. Nie czyniły tego z ochotą (wyjątkiem było uznanie Japonii lub Turcji, które ocenione zostały jako państwa spełniające kryterium odpowiedniego rozwoju cywilizacyjnego). Tym samym znaczna część państw i ludów pozaeuropejskich pozostawała poza porządkiem prawa międzynarodowego, zamieszkując w rozumieniu ówczesnej doktryny ziemie niczyje. Takie podejście uprawniało do legalnego nabywania terytoriów na skutek podbojów i okupacji. A. Anghie zwraca uwagę na jeszcze jedną ważką kwestię – mimo wykluczenia ludów tubylczych z grona podmiotów, państwa europejskie stosowały praktykę zawierania umów z wodzami (dotyczących handlu czy też terytorium). W takich sytuacjach rodził się problem statusu tych ludów, skoro z jednej strony jako „niecywilizowane” nie posiadały miana podmiotów prawa międzynarodowego, a z drugiej strony – posiadały *ius contrahendi* w relacjach z państwami europejskimi. I w tej sytuacji doktryna europejska świetnie sobie poradziła, uznając, że traktaty te pozostawały poza sferą prawa narodów, a ich realizacja była raczej kwestią honoru. Co więcej, twierdzono, że nawet jeżeli przyjąć podmiotowość tych ludów, to tylko w zakresie określonym traktatem³⁹.

Powyższa historia prawa międzynarodowego, kształtowanego w murach europejskich pałaców i gabinetów, wpłynęła na obecnie dominujące, w tym w Polsce, spojrzenie na podmiotowość i katalog podmiotów ograniczający się co do zasady do państw (jako podmiotów pierwotnych i suwerennych), organizacji międzynarodowych czy Stolicy Apostolskiej (*notabene* korzystającej z tego przywileju dzięki związkom misji cywilizacyjnej z chrześcijaństwem)⁴⁰. W tym katalogu nie ma miejsca dla ludów tubylczych, które tworzyły przedkolonialną historię prawa międzynarodowego i stosunków międzynarodowych na terytoriach pozaeuropejskich. Decyzja o ich przyjęciu do grona podmiotów prawa międzynarodowego należała i należy do państw, czyli podmiotów pierwotnych i suwerennych, w tym państw amerykańskich i afrykańskich, zbudowanych według europejskiego wzorca i rządzonych od ich początków przez elity wykształcone w duchu grocjańskiego porządku międzynarodowego. Znamienne jest, że od kilkudziesięciu lat, mimo toczącej się na forum międzynarodowym i w doktrynie dyskusji, nie udało się wypracować modelu podmiotowości prawnej tych ludów, które nadal zdane są na łaskę państw postkolonialnych (w Afryce i Ameryce Południowej), Stanów Zjednoczonych

³⁹ A. Anghie, *Imperialism...*, s. 65-87.

⁴⁰ Por. np. W. Czaplinski, A. Wyrozumka, *op. cit.*, s. 167-608; J. Barcik, T. Srogosz, *op. cit.*, s. 163-207; W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 2006, s. 139-148; A. Łazowski, A. Zawadzka, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2003, s. 74-75;

Ameryki, Kanady czy Australii. Postulaty związane z prawami ludów tubylczych wydają się raczej iluzoryczne, chociażby z tego względu, że w porządku grocjańskim o przyznaniu tych praw decydują państwa. Powyższe dobrze obrazuje ewolucja tych praw, sprowadzająca się do jednej mało reprezentatywnej konwencji⁴¹ oraz niewiążącej prawnie deklaracji⁴².

W kontekście powyższych rozważań na uwagę zasługuje stanowisko TWAIL dotyczące podmiotowości prawnomiędzynarodowej ludów tubylczych lub *sub-states groups* wyrażone przez O.Ch. Okafora. Jego zdaniem bezpośrednią konsekwencją kolonialnych i imperialnych korzeni prawa międzynarodowego jest podejście do podmiotowości prawnej państw. O.Ch. Okafor zwraca uwagę na to, że w prawie narodów dominuje: skłonność do uznania podmiotowości państw w ramach historycznie europocentrycznej „rodziny narodów” (*persistent oscillation and deference to peer-review*); skłonność do zasady efektywności pomimo rosnącego znaczenia normatywnych wymogów państwowości, związanych chociażby z zakazem użycia siły (*deference to the effectiveness principle*); gloryfikacja imperium, czyli scentralizowanych jednostek geopolitycznych (*glorification of empire*); homogenizacja i udomowienie kulturowo i socjologicznie odrębnych grup w celu budowania jednolitych „państw narodowych” (*homogenisation/domestication of socio-culturally differentiated groups*)⁴³. Zauważalna jest zgodność takiego spojrzenia z historyczną argumentacją A. Anghiego podkreślającą wykluczenie „niecywilizowanych” ludów i państw pozaeuropejskich z grona „cywilizowanej” społeczności międzynarodowej. Poglądy O.Ch. Okafora są przykładem na to, że TWAIL nie ogranicza się jedynie do krytyki zastanego porządku prawnomiędzynarodowego, ale proponuje także zmiany w jego ramach, które dotyczą podmiotowości *sub-states groups* na forum międzynarodowym. Dobrym zwiastunem tych zmian jest ewolucja stanowiska afrykańskich instytucji międzynarodowych, w coraz większym stopniu uwzględniającego rzeczywistą fragmentację państw afrykańskich oraz uznającego podmiotowość *sub-states groups*⁴⁴.

⁴¹ Indigenous and Tribal Peoples Convention, International Labour Organization, No. 169, 27.06.1989 r., weszła w życie 5.09.1991 r., https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169 [dostęp: 20.12.2020]; została ratyfikowana przez 23 państwa, w tym w większości państwa południowoamerykańskie i europejskie, bez udziału państw afrykańskich, północnoamerykańskich, azjatyckich i Australii.

⁴² United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 13.09.2007 r., <https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples.html> [dostęp: 20.12.2020]; Australia, Nowa Zelandia, Stany Zjednoczone i Kanada głosowały przeciwko, z czasem jednak zaaprobowały deklarację.

⁴³ O.Ch. Okafor, *Re-defining Legitimate Statehood. International Law and State Fragmentation in Africa*, Haga-Boston-London 2000, s. 53-91.

⁴⁴ Zob. Declaration of the Assembly of Heads of State and Governments on the Establishment Within the OAU of a Mechanism for Conflict Prevention, Management and Resolu-

Podjęcie TWAIL do podmiotowości wynika z prezentowanej przez jego przedstawicieli wersji historii prawa narodów, w której w europejskich pałacach i gabinetach celowo pominięto ludy, narody i państwa „niecywilizowane” z myślą o budowaniu europocentrycznej społeczności międzynarodowej. Dlatego też w nauczaniu prawa międzynarodowego nie można zapominać o tejże historii, która rzuca nowe światło na rozważania o podmiotowości prawnomiędzynarodowej. Dotychczas ludy tubylcze przedstawiane były (albo i nie) na wykładach w ramach prezentacji praw człowieka. Wkomponowane w te ramy skazane są na ciągłą marginalizację i uzależnienie od wątpliwej ewolucji praw ludów tubylczych jako praw trzeciej generacji (w których zarezerwowano już miejsce dla samostanowienia narodów państwowo-centrycznych). Można pokusić się o uwzględnienie ich problematyki w rozważaniach na temat podmiotowości. Jak słusznie podnosi Irene Watson, nawiązując do A. Anghiego, prawo międzynarodowe i koncepcja suwerenności stworzone były po to, aby wykluczyć ludy pozaeuropejskie (w tym Aborygenów), które były na swoich ziemiach od zawsze i na tych ziemiach są ważniejsze od eurocentrycznego systemu stworzonego na potrzeby kolonialnej ekspansji na tzw. ziemiach niczyich⁴⁵. Idąc za O.Ch. Okaforem, można postulować ich uznanie na forum międzynarodowym, np. jako obserwatorów lub skarżących w wybranych organach międzynarodowych.

Prawa człowieka

Krytyczne podejście do praw człowieka nie jest modne, a krytycy praw człowieka mogą być, szczególnie w państwach posttotalitarnych, uważani za zwolenników zmian antydemokratycznych. Tymczasem TWAIL proponuje taką krytykę, nie dążąc do zniewolenia, ale, wręcz przeciwnie, do emancypacji, zrzućcia jarzma upolitycznienia, imperializmu i kolonializmu, na rzecz – jak to określił Makau wa Mutua – oddolnego budowania zasad i struktur sprzyjających ludzkiej godności⁴⁶. Krytyka praw człowieka, tak jak i postulaty związane z problematyką podmiotowości, również oparte są na szczególnym podejściu TWAIL do historii i ewolucji prawa narodów. Prawa człowieka traktowane są jako jeden z komponentów misji cywilizacyjnej i imperialnej polityki państw Północy wobec Trzeciego Świata. Widoczne jest zatem postmodernistyczne założenie krytycznych studiów nad prawem, ujawniające związek prawa z polityką, w którym to prawo, będąc narzędziem

tion, 28-30 June 1993, „African Journal of International and Comparative Law” 1994, vol. 6, s. 158; O. Ch. Okafor, *Re-defining...*, s. 136-140.

⁴⁵ I. Watson, *First Nations, Indigenous Peoples: Our Laws Have Always Been Here*, [w:] *Indigenous Peoples as Subjects of International Law*, red. I. Watson, Routledge 2018, s. 97-103.

⁴⁶ M. wa Mutua, *The Ideology of Human Rights*, „Virginia Journal of International Law” 1996, vol. 36, s. 657.

ideologicznym, jawi się jako doskonały instrument służący do kształtowania społeczeństwa. Wspomnieć należy, że krytyczne podejście do praw człowieka wywodzące się z *Critical Legal Studies* nie jest reprezentowane tylko przez Makau wa Mutua, jednak jego poglądy w największym stopniu odpowiadają ideom TWAİL. Chociaż B.S. Chimni przedstawia się jako *twailers*, to uznać należy, że jego stanowisko w zakresie praw człowieka z czasem ewoluowało w całości w stronę filozofii marksistowskiej, nie opierając się na ich kolonialnym, lecz klasowym i burżuazyjnym rodowodzie⁴⁷.

Makau wa Mutua stara się demaskować związek między prawami człowieka a misją cywilizacyjną, która obecnie przybrała formę projektu liberalnej demokracji⁴⁸. W tym zakresie jego poglądy zbieżne są z rozważaniami A. Anghiego, dla którego to historia kolonializmu nie zakończyła się wraz z tzw. dekolonizacją Afryki w latach 50. i 60. XX w., ale trwa pod postacią polityki państw Północy, w której misja cywilizacyjna zastąpiona została chociażby koncepcjami interwencji humanitarnej, *good governance* lub wojny z terroryzmem⁴⁹. Zdaniem M. wa Mutua filozofia praw człowieka ma podłoże europejskie, a warunkiem ich realizacji jest wyłącznie ustrój oparty na liberalnej demokracji. Z tego względu w prawie narodów wprowadzono podział na trzy generacje praw, z tym że pierwsza obejmuje prawa polityczne i obywatelskie, które stanowią rdzeń praw człowieka silnie zakorzeniony w liberalnej demokracji. Ideologia praw człowieka w istocie kontynuuje podział na ludy „cywilizowane”, czyli liberalne demokracje, które przestrzegają praw człowieka, oraz „niecywilizowane”, do których zalicza się Trzeci Świat. Zauważalne jest to, co A. Anghie nazywa *cultural difference*, a wyrazem podziału między Trzecim Światem a Północą jest to, że szkoły praw człowieka, jak i organizacje pozarządowe zaangażowane w ich przestrzeganie w większości reprezentowane są przez zachodnie elity i „białych”. Ich głównym zadaniem jest promowanie uniwersalizacji praw człowieka, w której szczególnie nacisk położono na prawa pierwszej generacji, a prawa społeczne i gospodarcze mają raczej znaczenie marginalne⁵⁰. W TWAİL podkreśla się ponadto, że liberalny projekt Północy, który od początków miał mieć charakter powszechny, w rzeczywistości nie sprawdził się nie z tego powodu, że Południe go nie akceptowało, lecz ze względu na utrzymywany przez państwa zachodnie „stan niebezpieczeństwa” (*emergency*) uzasadniający wyłączenie respektowania praw człowieka w stosunku do ludów kolonialnych i postkolonialnych (np. w ramach walki z terroryzmem)⁵¹.

⁴⁷ B. S. Chimni, *International...* (2017), s. 534-543.

⁴⁸ M. wa Mutua, *Ideology...*, s. 591.

⁴⁹ A. Anghie, *Imperialism...*, s. 245-309.

⁵⁰ M. wa Mutua, *Ideology...*, s. 593-629.

⁵¹ J. Reynolds, *op. cit.*, s. 111-137.

Podejście TWAIL do praw człowieka wiąże się ze znanym w polskiej doktrynie prawa narodów problemem poszukiwania konsensusu pomiędzy uniwersalizmem a relatywizmem praw człowieka⁵². Głos M. wa Mutua można uznać za reprezentatywny w tym zakresie, natomiast w międzykulturowej debacie jest to jedno z wielu stanowisk związanych z relatywizmem praw człowieka, które można przyporządkować do doktryny prawa międzynarodowego rozwijanej w ramach Trzeciego Świata, a w szczególności w postkolonialnej Afryce Subsaharyjskiej. Idąc w ślad za wywodem Jerzego Zajadły, można powiedzieć, że propozycja M. wa Mutua zmierzająca do pogodzenia uniwersalizmu z relatywizmem praw człowieka jest w miarę bezpieczna, ponieważ sprowadza się, jak wskazano wcześniej, do rozwiązania negującego powszechne prawa człowieka oraz oddolnego, lokalnego i regionalnego konstruowania tych praw zgodnie z kulturowymi potrzebami, jednak z zachowaniem idei godności ludzkiej. Co więcej, M. wa Mutua podkreśla, że taki proces wzmocni ochronę tej godności w większym stopniu niżli akceptacja praw uniwersalnych⁵³.

Wnioski

Powyżej wskazana propozycja krytycznego podejścia do prawa międzynarodowego z pewnością nie zastąpi wiodącej do tej pory grocjańskiej narracji na wykładach prawa narodów. Może natomiast takie wykłady wzbogacić i jednocześnie skłonić uczestników do krytycznego i twórczego myślenia o procesach zachodzących we współczesnym świecie. TWAIL jest odpowiednią przeciwwagą dla entuzjastycznych rozważań na temat rozwoju *global governance* czy też ekspansji praw człowieka. Niewątpliwie może zaszcześcić w adeptach kierunków prawniczych wrażliwość w zakresie zachodzących procesów społecznych i gospodarczych na poziomie międzynarodowym oraz wyposażyć w czujność w odniesieniu do ewolucji prawa narodów, chociażby w kierunku tzw. prawa globalnego.

Pamiętać należy o tym, że omówione w niniejszym artykule zagadnienia (historia i ewolucja prawa narodów, podmiotowość i prawa człowieka) stanowią tylko część materii, jaką zajmuje się TWAIL i jego przedstawiciele. Pozostałe, w tym np. prawo organizacji międzynarodowych czy ochrona środowiska, mogą być przedmiotem odrębnej publikacji, którą może na przykład stanowić monografia prezentująca prawo międzynarodowe z perspektywy krytycznych studiów nad prawem i nurtów z nimi związanych (NAIL, TWAIL). Z uwagi na objętość artykułu taka prezentacja nie była możliwa. Jego zadaniem było natomiast zasygnalizowa-

⁵² Zob. J. Zajadło, *Standardy praw człowieka – uniwersalne czy relatywne?*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2014, t. XXXII, s. 415-435.

⁵³ M. wa Mutua, *Ideology...*, s. 657.

nie jednego z niegrocjańskich sposobów myślenia, dla którego do tej pory nie ma miejsca podczas wykładów prawa narodów na polskich wydziałach prawa. Takowe można chociażby wzbogacić o krytyczne podejście do historii, podmiotowości prawa międzynarodowego lub praw człowieka, bez rezygnacji z dotychczasowego mainstreamowego programu nauczania. Prawo międzynarodowe jako przedmiot ogólnie-informujący, na którym podnoszone są zagadnienia historyczno-prawne, teoretyczno-prawne czy też filozoficzno-prawne, powinno dawać studentom możliwość wyboru różnych sposobów myślenia o prawie narodów, poczynając od wiodącego do tej pory naturalistycznego i pozytywistycznego, poprzez *twailowskie*, feministyczne, aż po marksistowskie. Takie założenie stwarza możliwość rozwoju krytycznego myślenia o prawie pod bardzo istotnym warunkiem determinującym prawidłowość przekazu, jakim jest zupełna rezygnacja z nawiązywania do polskich opcji politycznych, przeszłych, jak i obecnych.

Literatura

- Alexandrowicz C.H., *The Law of Nations in Global History*, Oxford 2016.
- Alvarez A., *Latin America and International Law*, „American Journal of International Law” 1909, vol. 3, z. 2.
- Anghie A., *Fransisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law*, „Social & Legal Studies” 1996, vol. 5(3).
- Anghie A., *Imperialism, Sovereignty and Making of International Law*, Cambridge 2007.
- Anghie A., *The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities*, „Third World Quarterly” 2006, vol. 27, nr 5.
- Balzer O., *Nauka uniwersytecka a kolejność studiów w uniwersyteckiej nauce prawa*, Warszawa 1921.
- Cabaj J., *Wpływ postmodernizmu na feministyczną teorię prawa*, „Ius Novum” 2011, nr 2.
- Carty A., *Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law*, „European Journal of International Law” 1991, vol. 2.
- Chimni B.S., *International Law and World Order. A Critique of Contemporary Approaches*, New Delhi-Newbury Park-London 1993.
- Chimni B.S., *International Law and World Order. A Critique of Contemporary Approaches*, 2nd ed., Cambridge 2017.
- Chimni B.S., *Prolegomena to a Class Approach to International Law*, „European Journal of International Law” 2010, vol. 20, nr 1.
- Chimni B.S., *The World of TWAIL: Introduction to the Special Issue*, „Trade, Law and Development” 2011, nr 3.
- Chimni B.S., *Third World Approaches to International Law: A Manifesto*, „International Community Law Review” 2006, vol. 8.
- Craven M., *Introduction: International Law and Its Histories*, [w:] *Time, History and International Law*, red. M. Craven, M. Fitzmaurice, M. Vogiatzi, Leiden-Boston 2011.
- Elias T.O., *Africa and the Development of International Law*, wyd. zredagował i uaktualnił R. Akinjide, Dordrecht-Boston-London 1988.
- Elias T.O., *The Berlin Treaty and the River Niger Commission*, „American Journal of International Law” 1963, vol. 57.
- Eslava L., *The Materiality of International Law: Violence, History and Joe Sacco's the Great War*, „London Review of International Law” 2017, vol. 5.

- Fidler D.P., *Revolt Against or From Within the West? TWAIL, the Developing World, and the Future Direction of International Law*, „Chinese Journal of International Law” 2003, vol. 2(1).
- Gathii I.T., *The Agenda of Third World Approaches of International Law (TWAIL)*, [w:] *International Legal Theory: Foundations and Frontiers*, red. J. Dunoff, M. Pollack, Cambridge 2019, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3304767.
- Góralczyk W., Sawicki S., *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 2006.
- Koskeniemi M., *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960. Hersch Lauterpacht Memorial Lectures*, Cambridge 2007.
- Lone F.N., *Cross-Fertilization of Westphalian Approaches to International Law: Third World Studies and a New Era of International Law Scholarship*, „Emory International Law Review” 2020, vol. 34.
- Łazowski A., Zawidzka A., *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2003.
- Muszyński M., *Sila, norma, idea. Prawo międzynarodowe w ujęciu historycznym*, t. 1, Warszawa 2019.
- Okafor O.Ch., *Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology, or Both*, „International Community Law Review” 2008, vol. 10.
- Okafor O.Ch., *Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our Time: A TWAIL Perspective*, „Osgoode Hall Law Journal 2005”, vol. 43, nr 1-2.
- Okafor O.Ch., *Re-defining Legitimate Statehood. International Law and State Fragmentation in Africa*, Haga-Boston-London 2000.
- Ramina L., *Framing the Concept of TWAIL: “Third World Approaches to International Law”*, „Justiça do Direito” 2018, vol. 32, nr 1.
- Reynolds J., *Empire, Emergency and International Law*, Cambridge 2017.
- Srogosz T., *Podmiotowość prawnomiędzynarodowa w świetle Third World Approaches to International Law*, [w:] *Podmiotowość prawnomiędzynarodowa i jej współczesne aspekty*, red. E. Cała-Wacinkiewicz, J. Menkes, W. Staszewski, J. Nowakowska-Mafusecka, Warszawa 2020.
- Sunter A.F., *TWAIL as Naturalized Epistemological Inquiry*, „Canadian Journal of Law & Jurisprudence” 2007, vol. 20, z. 2.
- The Oxford Handbook of the History of International Law*, red. B. Fassbender, A. Peters, Oxford 2013.
- The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, red. A. Orford, F. Hoffmann, Oxford 2016.
- Theory and Philosophy of International Law. Philosophical Inquiries and General Theoretical Concerns*, vol. I, red. A. Bianchi, Elgar 2017.
- Third World Attitudes Toward International Law: Introduction*, red. F. Snyder, S. Sathirathai, Dordrecht-Boston 1987.
- wa Mutua M., *The Ideology of Human Rights*, „Virginia Journal of International Law” 1996, vol. 36.
- wa Mutua M., *What is TWAIL?*, „Proceedings of the ASIL Ann. Meeting” 2000, vol. 94.
- Watson I., *First Nations, Indigenous Peoples: Our Laws Have Always Been Here*, [w:] *Indigenous Peoples as Subjects of International Law*, red. I. Watson, Routledge 2018.
- Zajadło J., *Standardy praw człowieka – uniwersalne czy relatywne?*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2014, t. XXXII.

Paweł Jakub Szewczyk

Uniwersytet Opolski

ORCID 0000-0003-2127-4003

adwokat@pawelszewczyk.com

Trybunał Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej jako gwarant integracji państw członkowskich EaUG? Analiza formalno-prawna

Słowa kluczowe: organizacje międzynarodowe o charakterze rządowym, Wspólnota Niepodległych Państw, Euroazjatycka Wspólnota Gospodarcza, Euroazjatycka Unia Gospodarcza

Streszczenie. Trybunał Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej to, chronologicznie rzecz ujmując, trzeci organ sądowy organizacji międzynarodowej na obszarze byłego Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich. Pierwszym organem sądowym organizacji międzynarodowej, który powstał na obszarze byłego ZSRR, jest istniejący od 1992 r. do chwili obecnej: Trybunał Gospodarczy Wspólnoty Niepodległych Państw. Następnie w 2012 r. został utworzony Trybunał Euroazjatyckiej Wspólnoty Gospodarczej. Ów organ nie powstał jednak wraz z utworzeniem tej organizacji, tj. Euroazjatyckiej Wspólnoty Gospodarczej, gdyż w okresie od 3 marca 2004 r. do 1 stycznia 2012 r. funkcję Trybunału Euroazjatyckiej Wspólnoty Gospodarczej pełnił Trybunał Gospodarczy WNP. Działalność Trybunału EaWG zakończyła się 1 stycznia 2015 r. wraz z rozwiązaniem organizacji, w ramach której funkcjonował ów organ. Następcą prawnym Euroazjatyckiej Wspólnoty Gospodarczej została Euroazjatycka Unia Gospodarcza, a kompetencje Trybunału Euroazjatyckiej Wspólnoty Gospodarczej przejął Trybunał Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej. Ten ostatni organ sądowy nie został zatem utworzony od podstaw, lecz stał się kontynuatorem w zakresie kompetencyjnym i instytucjonalnym swoich protoplastów.

The Court of the Eurasian Economic Union as a Guarantor of the Integration of EAEU Member States? A Formal-Legal Analysis.

Summary. The Court of the Eurasian Economic Union (EAEU) is, chronologically speaking, the third judicial body of an international organization in the territory of the former Union of Soviet Socialist Republics (USSR). The first such body, the Economic Court of the Commonwealth of Independent States (CIS), has existed since 1992. Subsequently 2012, the Court of the Eurasian Economic Community was established. However, this body did not emerge concurrently with the creation of the Eurasian Economic Community; from March 3, 2004, to January 1, 2012, the role of the Court of the Eurasian Economic Community was fulfilled by the Economic Court of the CIS. The activities of the Eurasian Economic Community Court concluded on January 1, 2015, with the dissolution of the organization within which it operated. The Eurasian Economic Union legally succeeded the Eurasian Economic Community, and the Court of the Eurasian Economic Union assumed the competencies of the Court of the Eurasian Economic Community. Thus, this latest judicial body was not established from scratch but became a continuator in competencies and institutional aspects of its predecessors.

Keywords: International governmental organizations, Commonwealth of Independent States, Eurasian Economic Community, Eurasian Economic Union

1. Wprowadzenie

Próby integracji gospodarczej państw członkowskich Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej, tj. Federacji Rosyjskiej, Republiki Kazachstanu, Republiki Białorusi, Republiki Kirgistanu i Republiki Armenii, podejmowano już od dnia upadku Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich. Pierwszym tego rodzaju przedsięwzięciem było utworzenie Wspólnoty Niepodległych Państw (WNP) w grudniu 1991 r. Ta międzynarodowa organizacja rządowa, integrująca m.in. wyżej wymienione państwa, w ramach swej struktury posiada stały organ sądowy – Trybunał Gospodarczy Wspólnoty Niepodległych Państw. Organ ten ma prawo do rozstrzygnięcia sporów gospodarczych, a także innych sporów, jeżeli zostaną Trybunałowi przekazane na mocy porozumień państw członkowskich WNP¹. Legitymację czynną posiada każdy sygnatariusz Porozumienia o statusie Trybunału Gospodarczego WNP, a także organy Wspólnoty. Trybunał WNP rozstrzyga o naruszeniu prawa lub braku takiego naruszenia, w tym pierwszym zaś przypadku nadto wskazuje działania, jakie państwo zobowiązane jest podjąć w celu eliminacji naruszenia i jego skutków. Trybunał dokonuje także wykładni przepisów porozumień i innych gospodarczych aktów Wspólnoty. Wykładni wskazanych aktów Trybunał dokonuje na wniosek państw członkowskich, organów Wspólnoty, gospodarczych sądów arbitrażowych i innych organów sądowych rozstrzygających w państwach członkowskich spory gospodarcze². Tym samym kognicja Trybunału Gospodarczego WNP została w zasadzie ograniczona do spraw ze stosunków gospodarczych występujących pomiędzy państwami członkowskimi Wspólnoty, mimo że Statut WNP nie odnosi się jedynie do współpracy gospodarczej, a wskazuje na potrzebę integracji państw członkowskich również w sferach: politycznej, kulturalnej, współdziałania na rzecz pokoju i bezpieczeństwa, przestrzegania praw człowieka i podstawowych swobód, czy też w zakresie umożliwienia obywatelom państw członkowskich swobodnego kontaktowania się i przemieszczania na obszarze Wspólnoty³.

Nie wszystkie jednak państwa członkowskie Wspólnoty Niepodległych Państw wykazywały realną wolę integracji, co w konsekwencji sprawiło, iż organizacja ta służyła bardziej jako forum współpracy politycznej, niż podmiot spajający pod

¹ *Устав Содружества Независимых Государств, принят Советом глав государств Содружества 22 января 1993 г.*, ратифицирован постановлением Верховного Совета РФ от 15 апреля 1993 года N 4799-1, <https://docs.cntd.ru/document/1903017> [dostęp: 10.04.2021].

² *Соглашение о статусе Экономического суда Содружества Независимых Государств*, заключено в г. Москве 06.07.1992, с изм. от 13.09.2017, вместе с „Положением об Экономическом суде Содружества Независимых Государств”, ратифицировано постановлением Верховного Совета РФ от 23 октября 1992 года N 3707-1, <https://docs.cntd.ru/document/9011610> [dostęp: 12.04.2021].

³ *Устав Содружества Независимых...*

jakimkolwiek względem swoich uczestników⁴. Tym niemniej w ramach WNP niezmienną potrzebę integracji gospodarczej wykazywały: Federacja Rosyjska, Republika Kazachstanu, Białoruś, Tadżykistanu i Kirgistanu. Stąd państwa te 10 października 2000 r. podpisały umowę o utworzeniu Euroazjatyckiej Wspólnoty Gospodarczej (EaWG). Celem powołanej organizacji było efektywne przyspieszenie procesu tworzenia unii celnej i wspólnej przestrzeni gospodarczej na terytoriach państw członkowskich EaWG. Euroazjatycka Wspólnota Gospodarcza również została wyposażona w stały organ sądowy – Trybunał Wspólnoty. Organ ten stał na straży jednolitego stosowania przez państwa członkowskie aktów prawa pierwotnego oraz decyzji podjętych przez organy EaWG, a także rozpatrywał spory o charakterze gospodarczym pomiędzy państwami członkowskimi w zakresie wykonania aktów prawa pierwotnego oraz decyzji organów Euroazjatyckiej Wspólnoty⁵. Warto nadmienić, iż od 3 marca 2004 r. do 1 stycznia 2012 r. funkcję Trybunału Euroazjatyckiej Wspólnoty Gospodarczej pełnił Trybunał Gospodarczy WNP. Wedle bowiem Porozumienia pomiędzy Wspólnotą Niepodległych Państw i Euroazjatycką Wspólnotą Gospodarczą o pełnieniu przez Trybunał Gospodarczy WNP funkcji Trybunału Euroazjatyckiej Wspólnoty Gospodarczej z 17 stycznia 2011 r. do kompetencji Trybunału Gospodarczego WNP należało zapewnienie jednolitego stosowania postanowień umowy o utworzeniu Euroazjatyckiej Wspólnoty Gospodarczej z 10 października 2000 r., innych umów zawartych w ramach EaWG oraz decyzji organów EaWG. Jurysdykcja Trybunału Gospodarczego WNP funkcjonującego w ramach EaWG obejmowała także rozstrzygnięcie między państwowych sporów o charakterze gospodarczym dotyczących: wykładni stosowania umowy o utworzeniu Euroazjatyckiej Wspólnoty Gospodarczej z 10 października 2000 r., innych umów zawartych w ramach EaWG, decyzji organów EaWG, a ponadto wykonania zobowiązań wynikających z tychże umów i decyzji. Trybunał WNP mógł też rozstrzygać inne spory przekazane pod jurysdykcję tego organu na podstawie umów międzynarodowych zawartych w ramach EaWG. W przypadku wydania orzeczenia stwierdzającego naruszenie prawa, Trybunał wskazywał także działania, jakie państwo członkowskie zobowiązane było podjąć w celu eliminacji tegoż naruszenia i jego skutków. Wreszcie Trybunał Gospodarczy WNP dokonywał wykładni postanowień umów zawartych w ramach EaWG oraz decyzji organów Wspólnoty, a czynił to na wniosek państw członkowskich, Międzypaństwowej Rady, Międzyparlamentarnego Zgromadzenia Wspólnoty oraz Komitetu Integracyjnego,

⁴ R. Mazur, *Mechanizmy i struktury organizacyjne państw w przestrzeni WNP*, [w:] *Organizacje w stosunkach międzynarodowych. Istota – mechanizmy działania – zasięg*, red. T. Łoś-Nowak, Wrocław 2009, s. 231.

⁵ *Договор об учреждении Евразийского экономического сообщества от 10 октября 2000 г.*, <http://www.kremlin.ru/supplement/3402> [dostęp: 12.04.2021].

czyli organów EaWG⁶. W dniu 1 stycznia 2012 r. wskazana powyżej umowa przestała obowiązywać i tego samego dnia zgodnie z decyzją Międzypaństwową Rady EaWG z 19 grudnia 2011 r. swoje kompetencje faktycznie rozpoczął wykonywać Trybunał Euroazjatyckiej Wspólnoty Gospodarczej⁷.

Działalność Euroazjatyckiej Wspólnoty Gospodarczej – w tym Trybunału EaWG – zakończyła się 1 stycznia 2015 r. na mocy traktatu z 10 października 2014 r.⁸ W przywołanym akcie państwa sygnatariusze powołali się na podpisany 29 maja 2014 r. Traktat o Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej (EaUG), co pozwałała na stwierdzenie, iż została podówcześnie utworzona organizacja międzynarodowa będąca następcą prawnym EaWG. Tym samym następcą prawnym Trybunału Euroazjatyckiej Wspólnoty Gospodarczej stał się Trybunał Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej⁹. O ile jednak traktat o zakończeniu działalności Euroazjatyckiej Wspólnoty Gospodarczej zawarły wszystkie państwa członkowskie tej organizacji, tj. Federacja Rosyjska, Republika Kazachstanu, Białorusi, Kirgistanu i Tadżykistanu, to wśród sygnatariuszy traktatu powołującego do życia Euroazjatycką Unię Gospodarczą nie było już tego ostatniego państwa – Republiki Tadżykistanu – a miejsce to zajęła Republika Armenii¹⁰.

Celem artykułu jest ukazanie zarysu ewolucji organów sądowych trzech organizacji międzynarodowych funkcjonujących w przestrzeni terytorialnej WNP ze szczególnym uwzględnieniem zakresu kognicji i struktury instytucjonalnej Trybunału EaUG. Autor niniejszego artykułu pragnie odpowiedzieć na następujące pytania: Czy Trybunał EaUG ma realny wpływ na integracje państw członkowskich Unii Euroazjatyckiej? Czy rzeczywiście mamy do czynienia z ewolucją organów sądowych w przestrzeni WNP? W jakie prerogatywy winien być wyposażony analizowany organ sądowy, by mógł skuteczniej wpływać na procesy integracyjne państw członkowskich Unii Euroazjatyckiej? Autor, przygotowując niniejszy

⁶ *Соглашение между Содружеством Независимых Государств и Евразийским экономическим сообществом о выполнении Экономическим Судом Содружества Независимых Государств функций Суда Евразийского экономического сообщества от 3 марта 2004 г.*, с изм. и доп. от 17.01.2011 г., https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30069752 [dostęp: 12.04.2021].

⁷ *Решение Межгосударственного Совета Евразийского экономического сообщества от 19 декабря 2011 г. №583 «О формировании и организации деятельности Суда Евразийского экономического сообщества»*, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_130499/ [dostęp: 13.04.2021].

⁸ *Договор о прекращении деятельности Евразийского экономического сообщества от 10 октября 2014 г.*, ратифицирован Федеральным законом от 3.02.2015 N 1-ФЗ, <https://docs.cntd.ru/document/420227082> [dostęp: 13.04.2021].

⁹ Е.Ю. Винокуров, Д.А. Коршунов, В.С. Перебоев, Т.В. Цукарев, *Евразийский экономический союз*, Санкт-Петербург 2017, s. 87-88.

¹⁰ *Договор о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 г.*, подписан в г. Астане, с изм. и доп., вступ. в силу с 1.10.2019 г., https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_16385 [dostęp: 13.04.2021].

artykuł, wykorzystał analizę aktów prawnych oraz literaturze przedmiotu w językach polskim, rosyjskim i angielskim, by następnie móc zweryfikować i ewentualnie poprawić postawione hipotezy badawcze.

2. Kompetencje Trybunału EaUG

Zakres uprawnień Trybunału Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej w dużej mierze pozostaje zbieżny z kompetencjami Trybunału Euroazjatyckiej Wspólnoty Gospodarczej, a nawet Trybunału Gospodarczego Wspólnoty Niepodległych Państw. Trybunał EaUG, podobnie jak Trybunał EaWG i Trybunał Gospodarczy WNP, w swojej kognicji został ograniczony do spraw ze stosunków gospodarczych. Euroazjatycką Unię Gospodarczą powołano bowiem w celu dalszej integracji gospodarczej nie tylko w obszarze unii celnej i wspólnej przestrzeni gospodarczej, ale też w celu utworzenia wspólnego rynku, w ramach którego zapewniony będzie swobodny przepływ towarów, usług, kapitału i pracowników przy jednoczesnej realizacji skoordynowanej polityki w sektorach gospodarki poszczególnych państw członkowskich¹¹.

Ten stały organ sądowy ma zatem za zadanie przede wszystkim czuwać nad jednolitym stosowaniem przez państwa członkowskie i organy EaUG aktu prawa pierwotnego w postaci Traktatu o EaUG, umów zawartych w ramach EaUG, międzynarodowych umów EaUG ze stronami trzecimi, a także decyzji organów tej organizacji. Trybunał EaUG dokonuje w tym celu m.in. wykładni aktu prawa pierwotnego i aktów prawa wtórnego na wniosek państw członkowskich oraz organów Unii Euroazjatyckiej. Wykładni międzynarodowych umów EaUG ze stronami trzecimi Trybunał dokonuje tylko wtedy, gdy taka umowa wprost to przewiduje. Organ sądowy EaUG dokonuje wykładni, kierując się zasadami prawa międzynarodowego, aktami prawa Unii Euroazjatyckiej, a także przyjętym zwyczajem¹².

Analizowany Trybunał, podobnie jak Trybunał EaWG i Trybunał Gospodarczy WNP, posiada kompetencje do rozstrzygnięcia sporów wynikłych na skutek powstania obowiązku realizacji postanowień traktatu założycielskiego, umów zawartych w ramach organizacji, której jest organem, a także decyzji organów tej organizacji. Trybunał EaUG nie posiada natomiast uprawnień do rozstrzygnięcia sporów powstałych na podstawie umów międzynarodowych zawartych przez EaUG ze stroną trzecią, chyba że wprost to wynika z takiej umowy międzynarodowej. Nie posiada też kompetencji do rozstrzygnięcia roszczeń odszkodowawczych lub innych rosz-

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Статут Суда Евразийского экономического союза, Приложение № 2 к Договору о Евразийском экономическом союзе*, https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_16385 [dostęp: 13.04.2021].

czeń majątkowych. Trybunał nie jest uprawniony przy tym do przydawania kompetencji jakimkolwiek organowi Unii Euroazjatyckiej, odnosi się zatem w zakresie treści wydanych przez te organy decyzji jedynie do uprawnień poszczególnych organów EaUG, które wprost wynikają z postanowień aktów prawa pierwotnego. Zawiązanie się sporu w zakresie jakiegokolwiek umowy międzynarodowej lub decyzji organu EaUG nie stanowi wystarczającej podstawy do zawieszenia działania takiej umowy międzynarodowej lub decyzji albo indywidualnych postanowień tej umowy lub decyzji¹³.

Legitymację czynną i bierną posiadają państwa członkowskie EaUG. Każde z państw członkowskich może wystąpić ze skargą na inne państwo członkowskie, podnosząc zarzut pogwałcenia postanowień aktu prawa pierwotnego lub aktów prawa wtórnego, może też wystąpić przeciwko organom EaUG, kwestionując wydane przez nich akty prawa wtórnego, a także działania i zaniechania tychże organów. Państwa członkowskie mogą wnosić o rozstrzygnięcie przed Trybunałem EUG innych sporów, jeżeli tylko przewidują to akty prawa pierwotnego, w tym umowy zawarte w ramach Euroazjatyckiej Unii, umowy zawarte przez Euroazjatycką Unię ze stroną trzecią lub umowy zawarte pomiędzy państwami członkowskimi EUG¹⁴.

W przeciwieństwie jednak do postępowań przed Trybunałem Gospodarczym WNP, postępowania przed Trybunałem EaUG nie mogą być inicjowane przez organy EaUG, nawet przez Euroazjatycką Komisję Gospodarczą. Tym niemniej Komisja, podobnie jak państwo członkowskie, może wnosić o przystąpienie do sporu już zawisłego, jeżeli spór ten dotyczyć będzie interesów takiego potencjalnego interwenienta¹⁵.

Z drugiej strony legitymację czynną do inicjowania postępowań przed Trybunałem EaUG dysponuje podmiot gospodarczy kwestionujący akty prawa wtórnego wydane przez Euroazjatycką Komisję Gospodarczą, jeżeli akty te mają bezpośredni wpływ na prawa i uzasadnione interesy tegoż podmiotu w zakresie jego działalności gospodarczej. Nadto podmiot gospodarczy może wystąpić do Trybunału ze skargą na wydaną przez Komisję Euroazjatycką decyzję, jeżeli jest ona sprzeczna z aktem pierwotnym, a zarazem narusza uzasadnione interesy tegoż podmiotu w zakresie jego działalności gospodarczej. Podmiot gospodarczy może też kwestionować w skardze działania lub zaniechania Komisji, pod warunkiem jednak, że działanie to lub zaniechanie w sposób bezpośredni i indywidualny wpływa na prawa tegoż podmiotu w zakresie jego działalności gospodarczej, naruszając przy tym postanowienia aktu prawa pierwotnego. W myśl punktu 39 *in fine*

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ Z. Kembayev, *The Court of Euroasian Economic Union: An Adequate Body for Facilitating Euroasian Integration?*, „Review of Central and East European Law” 2016, vol. 41, no. 3-4, s. 342-367.

Statutu Trybunału Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej za podmiot gospodarczy uważana jest osoba prawna zarejestrowana zgodnie z prawem państwa członkowskiego EaUG lub państwa trzeciego, a także osoba fizyczna zarejestrowana jako indywidualny przedsiębiorca, zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego lub państwa trzeciego¹⁶.

Trybunał nie rozstrzyga spraw, których rozwiązanie nie zostało wcześniej podjęte w stosunku do państwa członkowskiego lub Euroazjatyckiej Komisji Gospodarczej w trybie przedprocesowym w drodze konsultacji, negocjacji lub innych środków. Wyjątkiem w tym względzie może być jednak okoliczność bezpośredniego rozpatrywania sprawy przez Trybunał, opartego na wyraźnym zobowiązaniu zawartym w postanowieniach traktatowych albo w przypadku gdy obie strony sporu wyrażą zgodę na rozpatrywanie sprawy. W przeciwnym razie, Trybunał władny jest rozstrzygać spór tylko wtedy, gdy państwo członkowskie lub Komisja w okresie trzech miesięcy od powiadomienia nie podejmie środków skutkujących usunięciem naruszeń. Oczywiście na każdym etapie rozpatrywania sprawy spór może zostać rozstrzygnięty przez strony sporu poprzez zawarcie ugody, odrzucenie przez wnioskodawcę jego roszczeń lub wycofanie wniosku¹⁷.

3. Opinia doradcza Trybunału EaUG

Wykładnia Traktatu o EaUG, umów międzynarodowych zawartych w ramach EaUG oraz decyzji organów Unii Euroazjatyckiej ma postać opinii doradczej. W przypadku postanowień umowy międzynarodowej między Unią Euroazjatycką a stroną trzecią Trybunał wydaje opinię doradczą tylko wtedy, gdy taka umowa międzynarodowa to wyraźnie przewiduje. Z wnioskiem o wydanie opinii doradczej mogą wystąpić państwa członkowskie oraz organy EaUG. Z wnioskiem o wydanie opinii doradczej mogą też występować urzędnicy lub pracownicy organów Unii, jeżeli wykażą, że podniesione pytanie o wykładnię dotyczy ich stosunku pracy. Wniosek o wydanie opinii doradczej nie stanowi pytania prejudycjalnego, gdyż opinia doradcza nie pozbawia państw członkowskich prawa do wspólnej wykładni umów międzynarodowych¹⁸. Tym samym Traktat o EaUG nie przewiduje procedury porównywalnej do wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Niestety, brak takiego rozwiązania, a co za tym idzie pozostawienie sądom krajowym państw członkowskich kompetencji do rozstrzygania kolizji prawa euroazjatyckiego z prawem wewnętrznym, nie ułatwia tworzenia precyzyjnego, jasnego i niewątpliwego orzecznictwa w zakresie kwestii niedookreślonych przepisami

¹⁶ *Стамат Цыда Еєпазуўскаго...*, s. 342-367.

¹⁷ *Ibidem*, s. 342-367.

¹⁸ *Ibidem*.

prawa euroazjatyckiego. Do takich kwestii budzących obecnie wątpliwości należy problematyka nadrzędności prawa euroazjatyckiego nad prawem krajowym, zasady bezpośredniego stosowania prawa euroazjatyckiego czy też zasady bezpośredniego skutku tegoż prawa. Problematyka ta bowiem nie znalazła do tej pory odzwierciedlenia w jednoznacznych, ugruntowanych rozstrzygnięciach zarówno w opiniach doradczych, jak i w prawomocnych orzeczeniach Trybunału EaUG¹⁹. Ponadto należy mieć na uwadze, że zgodnie z art. 6 ust. 1 zdanie drugie Traktatu o EaUG, organy Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej, tj. Najwyższa Euroazjatycka Rada Gospodarcza oraz Euroazjatycka Rada Międzyrządowa, uprawnione są do tworzenia autonomicznego porządku prawnego różnego zarówno od prawa krajowego państw członkowskich, jak i od prawa międzynarodowego podlegającego jednak implementacji do prawa państw członkowskich zgodnie z ich wewnętrznym ustawodawstwem. Z tego powodu uregulowania nakazujące dokonywanie implementacji istniejących już aktów prawa wtórnego EaUG zgodnie z wewnętrznym ustawodawstwem państw członkowskich pozwalają tym państwom na blokowanie procedury implementacyjnej na skutek zbyt dużej nieprecyzyjności przytoczonych postanowień, w konsekwencji dając możliwość opóźniania, a nawet niweczenia procesu autonomicznego prawa euroazjatyckiego.

4. Struktura i funkcjonowanie Trybunału EaUG

W skład opisywanego Trybunału, podobnie jak w przypadku nieistniejącego już Trybunału EaWG, wchodzi sędziowie w liczbie po dwóch z każdego państwa członkowskiego. Kadencja sędziego trwa dziewięć lat. Sędziowie muszą mieć wysoki poziom moralny, być wysoko wykwalifikowanymi specjalistami w zakresie prawa międzynarodowego i krajowego oraz co do zasady spełniać wymagania stawiane sędziom najwyższych organów sądowniczych państw członkowskich. Ponadto obsadzeni sędziowie powinni być niezależni, zdolni do podejmowania decyzji na zasadach równości i winni zasiadać w Trybunale we własnym imieniu. Sędziów na urząd powołuje i z urzędu odwołuje Najwyższa Euroazjatycka Rada Gospodarcza. Warto przy tym odnotować dość szeroki katalog przesłanek decydujących o utracie uprawnień sędziego Trybunału EaUG, który to katalog został *expressis verbis* wyrażony w Statucie Trybunału EaUG. Akt ten stanowi o utracie uprawnień sędziego w następujących przypadkach: zakończenie działalności Trybunału, wygaśnięcie mandatu zgodnie z pisemnym oświadczeniem samego sędziego o rezygnacji, niezdolność sędziego ze względów zdrowotnych lub innych ważnych

¹⁹ K. Entin, B. Pirker, *The early case law of the Eurasian Economic Union Court: On the road to Luxembourg?*, „The Maastricht Journal of European and Comparative Law” 2018, vol. 25 (3), s. 266-287.

powodów, angażowanie się sędziego w działalność niezgodną z funkcją sędziego, ustanie członkostwa w EaUG państwa, którego sędzia jest reprezentantem, utrata przez sędziego obywatelstwa państwa członkowskiego EaUG, popełnienie przez sędziego poważnego przewinienia niedającego się pogodzić z wysokim statusem sędziego, uprawomocnienie się wyroku skazującego sędziego lub orzeczenie sądu o zastosowaniu wobec niego obowiązkowych środków medycznych, wejście w życie orzeczenia sądu o ograniczeniu zdolności do czynności prawnych sędziego albo o ubezwłasnowolnieniu czy wreszcie w przypadku śmierci sędziego lub wejście w życie orzeczenia sądu o uznaniu go za zmarłego lub zaginionego. Z inicjatywą pozbawienia sędziego uprawnień z wyżej wymienionych powodów może wystąpić państwo członkowskie EaUG Trybunał EaUG jako organ lub sam sędzia²⁰.

W przypadku natomiast sędziów Trybunału EaWG różnica polegała na tym, że powoływanie następowało przez Zgromadzenie Międzyparlamentarne na wniosek Rady Międzypaństwowej²¹. W odniesieniu zaś do Trybunału Gospodarczego WNP procedura powołania sędziów jest bardziej sformalizowana, gdyż powoływani są oni przez poszczególne państwa członkowskie WNP zgodnie z wewnętrzną procedurą tych państw²². Chociaż początkowo, opierając się na art. 2 Porozumienia o statusie Trybunału Gospodarczego Wspólnoty Niepodległych Państw z 6 lipca 1992 r., również wyznaczano po dwóch sędziów spośród poszczególnych państw członkowskich Wspólnoty²³, to od 1 stycznia 2003 r., zgodnie z decyzją Rady Szeftów Państw WNP z 2 października 2002 r. w sprawie środków dalszej poprawy efektywności działań organów Wspólnoty Niepodległych Państw i optymalizacji ich struktury, każde z państw członkowskich ma prawo wyznaczyć tylko jednego sędziego²⁴.

Na czele organu sądowego Unii Euroazjatyckiej stoi Przewodniczący Trybunału, który ma jednego zastępcę. Prezes i jego zastępca nie mogą być obywatelami tego samego państwa. Analizowany Trybunał władny jest rozpatrywać sprawy dwuinstancyjnie. W pierwszej instancji Trybunał orzeka w składzie pięciu sędziów zawodowych, po jednym z każdego państwa. Tym samym połowa sędziów zawodowych Trybunału rozstrzyga sprawę w pierwszej instancji, w drugiej instancji zaś Trybunał orzeka w takim samym składzie liczebnym, lecz złożonym z drugiej połowy sędziów Trybunału, tj. z sędziów nieorzekających w pierwszej instancji. Orzeczenia Trybunału Unii Euroazjatyckiej cechują się mocą wiążącą wobec państw człon-

²⁰ *Статут Суда Евразийского...*, s. 266-287.

²¹ *Договор об учреждении Евразийского...*, s. 266-287.

²² Z. Kembayev, *op. cit.*, s. 345.

²³ *Соглашения о статусе Экономического Суда Содружества Независимых Государств, op. cit.*, s. 345.

²⁴ *Решение о мерах по дальнейшему повышению эффективности деятельности органов Содружества Независимых Государств и оптимизации их структуры от 2 октября 2002 г.*, <http://www.e-cis.info/page.php?id=20386> [dostęp: 10.04.2021].

kowskich, natomiast rozstrzygnięcia zapadłe w drugiej instancji są ostateczne, a ich wejście w życie następuje z chwilą ogłoszenia²⁵. Niezwykle podobnie rzecz się miała w przypadku Trybunału Euroazjatyckiej Wspólnoty Gospodarczej. Trybunał ten był władny rozpatrywać sprawy dwuinstancyjnie. Pierwszą instancję tworzyło trzyosobowe kolegium, natomiast drugą – kolegium składające się z pozostałych trzech sędziów, przy czym do rozstrzygnięcia sporów w zakresie Unii Celnej uprawniono tylko sędziów z państw członkowskich tejże Unii. Orzeczenia Trybunału cechowały się mocą wiążącą wobec państw członkowskich, rozstrzygnięcia zaś zapadłe w drugiej instancji były ostateczne, a ich wejście w życie następowało z chwilą ogłoszenia²⁶.

Siedzibą Trybunału WNP, Trybunału EaWG jak i Trybunału EaUG zawsze był Mińsk. Nie są to jedyne podobieństwa pomiędzy porównywanymi organami sądowymi. Wszystkie trzy instytucje łączy bowiem ten sam dorobek prawny oraz wspólny język rosyjski.

5. Wnioski

Trybunał Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej nie stanowi awangardowej instytucji na obszarze byłego Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich. Protoplastami tego stałego organu sądowego są Trybunał Gospodarczy WNP oraz Trybunał EaWG. Ów organ nie został zatem utworzony od podstaw, lecz kontynuuje projekty integracyjne odziedziczone po poprzednich instytucjach tego rodzaju. Trybunał Unii Euroazjatyckiej tym samym reprezentuje kolejny stopień integracji gospodarczej państw członkowskich tej organizacji. Trybunały Wspólnoty Niepodległych Państw i Euroazjatyckiej Wspólnoty Gospodarczej zostały wyposażone w mniejszy zakres kognicji pod względem przedmiotowym i podmiotowym niż organ sądowy Unii Euroazjatyckiej. Ten ostatni Trybunał władny jest rozstrzygać sprawy chociażby w zakresie swobody przepływu usług i kapitału, a legitymację czynną do występowania przed tym organem posiadają podmioty gospodarcze oraz osoby fizyczne, w tym pracownicy organów Unii Euroazjatyckiej.

Niestety, zakres uprawnień Trybunału EaUG w porównaniu chociażby z Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej (UE) wydaje się niewielki. Trudno doszukać się zarówno w Traktacie o EaUG, jak i w orzecznictwie Trybunału EaUG wyraźnej zasady supremacji – nadrzędności prawa euroazjatyckiego nad prawem krajowym, zasady bezpośredniego stosowania prawa euroazjatyckiego czy zasady bezpośredniego skutku tego prawa. Artykuł 6 ust. 1 *in fine* Traktatu o EaUG pozwa-

²⁵ *Стамым Цыда Еспазуўкозо...*

²⁶ I. Wiśniewska, *Integracja euroazjatycka. Rosyjska próba ekonomicznego scalenia obszaru porażonego*, „Ośrodek Studiów Wschodnich” 2013, nr 44, s. 25.

la przy tym państwom członkowskim Unii Euroazjatyckiej implementować prawo wtórne na zasadach przewidzianych w ich prawie wewnętrznym, czyli *a contrario* niebezpośrednio. Z drugiej jednak strony prawo pierwotne UE wyraźnie nie stanowi o pierwszeństwie stosowania aktów prawa wtórnego, co nie wyłącza tej zasady z porządku prawnego Unii Europejskiej, gdyż uzasadnieniem pozostaje tutaj spójne i ugruntowane orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE.

Co prawda, państwa członkowskie Unii Euroazjatyckiej przekazały część swoich suwerennych uprawnień na rzecz tej organizacji, jak chociażby prawo do tworzenia prawa wtórnego podlegającego bezwarunkowemu wykonaniu przez państwa członkowskie czy kompetencje do sprawowania kognicji sądowej w zakresie stosowania przez państwa członkowskie prawa pierwotnego i wtórnego EaUG. Trudno jednak wykazać szczególne prerogatywy po stronie organów Unii Euroazjatyckiej, a zwłaszcza Trybunału, zapewniające skuteczne egzekwowanie prawa euroazjatyckiego w porządkach prawnych państw członkowskich. Świadczy o tym brak procedury prejudycjalnej, ograniczony skutek wykładni przepisów prawa euroazjatyckiego, brak wyraźnej zasady bezpośredniego zastosowania prawa wtórnego czy nieistnienie możliwości dochodzenia ochrony praw człowieka w odniesieniu do obywateli państw członkowskich. Przeszkodą w gwarantowaniu przez Trybunał EaUG głębokiej integracji państw członkowskich pozostaje okoliczność, iż kompetencje tego organu sądowego zostały praktycznie ograniczone do pozycji sądu administracyjnego. Trybunał Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej – w porównaniu z Trybunałem Sprawiedliwości UE – praktycznie rozstrzyga tylko sprawy gospodarcze. Brak bowiem w tym zakresie wyraźnego odniesienia do wspólnych – uniwersalnych wartości, poszanowania godności ludzkiej, wolności, równości, demokracji, praworządności czy poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Takimi wspólnymi – uniwersalnymi wartościami nie mogą być przecież jedynie wymienione w art. 3 Traktatu o EaUG zasady poszanowania powszechnie uznanych zasad prawa międzynarodowego, w tym zasad suwerennej równości państw członkowskich i ich integralności terytorialnej oraz poszanowanie specyfiki struktury politycznej państw członkowskich. Trudno bowiem na tej podstawie sformułować euroazjatyckie wspólne i uniwersalne wartości.

Literatura

- Entin K., Pirker B., *The early case law of the Eurasian Economic Union Court: On the road to Luxembourg?*, „The Maastricht Journal of European and Comparative Law” 2018, vol. 25 (3).
- Kembayev Z., *The Court of Euroasian Economic Union: An Adequate Body for Facilitating Eurasian Integration?*, „Review of Central and East European Law” 2016, vol. 41, no. 3-4.
- Mazur R., *Mechanizmy i struktury organizacyjne państw w przestrzeni WNP*, [w:] *Organizacje w stosunkach międzynarodowych. Istota – mechanizmy działania – zasięg*, red. T. Łoś-Nowak, Wrocław 2009.

Винокуров Е.Ю., Коршунов Д.А., Перебоев В.С., Цукарев Т.В., *Евразийский экономический союз*, Санкт-Петербург 2017, s. 87-88.

Wiśniewska I., *Integracja euroazjatycka. Rosyjska próba ekonomicznego scalenia obszaru poradzieckiego*, „Ośrodek Studiów Wschodnich” 2013, nr 44.

Akty prawne

Устав Содружества Независимых Государств, принят Советом глав государств Содружества 22 января 1993 г., ратифицирован постановлением Верховного Совета РФ от 15 апреля 1993 года N 4799-1.

Соглашение о статусе Экономического суда Содружества Независимых Государств, заключено в г. Москве 06.07.1992, с изм. от 13.09.2017, вместе с „Положением об Экономическом суде Содружества Независимых Государств”, ратифицировано постановлением Верховного Совета РФ от 23 октября 1992 года N 3707-1.

Договор об учреждении Евразийского экономического сообщества от 10 октября 2000 г.

Соглашение между Содружеством Независимых Государств и Евразийским экономическим сообществом о выполнении Экономическим Судом Содружества Независимых Государств функций Суда Евразийского экономического сообщества от 3 марта 2004 г., с изм. и доп. от 17.01.2011 г.

Решение Межгосударственного Совета Евразийского экономического сообщества от 19 декабря 2011 г. №583 «О формировании и организации деятельности Суда Евразийского экономического сообщества».

Договор о прекращении деятельности Евразийского экономического сообщества от 10 октября 2014 г., ратифицирован Федеральным законом от 3.02.2015 N 1-ФЗ.

Договор о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 г., подписан в г. Астане, с изм. и доп., вступ. в силу с 1.10.2019 г.

Статут Суда Евразийского экономического союзу, Приложение № 2 к Договору о Евразийском экономическом союзе.

Решение о мерах по дальнейшему повышению эффективности деятельности органов Содружества Независимых Государств и оптимизации их структуры от 2 октября 2002 г.

Wiktor Trybka

Uniwersytet Zielonogórski
ORCID 0000-0003-2903-5226
w.trybka@wpa.uz.zgora.pl

Uzyskiwanie przez oddział i przedstawicielstwo przedsiębiorcy zagranicznego interpretacji indywidualnych z zakresu ubezpieczeń społecznych

Słowa kluczowe: przedsiębiorca, działalność gospodarcza, oddział, przedstawicielstwo, wykładnia, interpretacja indywidualna

Streszczenie: Przedsiębiorca zagraniczny, który zamierza prowadzić działalność gospodarczą poza granicami swojego kraju, może utworzyć oddział. Zakres działania przedstawicielstwa może obejmować wyłącznie prowadzenie działalności w zakresie reklamy i promocji przedsiębiorcy zagranicznego. Tworzenie oddziałów i przedstawicielstw przez przedsiębiorców zagranicznych wpisuje się w traktatową swobodę działalności gospodarczej. Oddziały i przedstawicielstwa działające na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w istocie są w pewnym stopniu odrębne organizacyjnie od przedsiębiorcy, który je utworzył. Oddział i przedstawicielstwo przedsiębiorcy zagranicznego nie posiadają statusu przedsiębiorcy, ale mogą być pracodawcą, a w związku z tym nabyć status płatnika składek na ubezpieczenia społeczne. Powstaje zatem pytanie, czy na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów prawa oddział i przedstawicielstwo przedsiębiorcy zagranicznego są podmiotami legitymowanymi do złożenia wniosku o wydanie interpretacji indywidualnej.

Obtaining individual interpretations in the field of social insurance by the branch and representative office of a foreign entrepreneur

Keywords: entrepreneur, economic activity, branch, representative office, interpretation

Summary: A foreign entrepreneur who intends to conduct business outside his country may establish a branch office. The scope of activity of the representative office may include only advertising and promotion of the foreign entrepreneur. The establishment of branches and representative offices by foreign entrepreneurs is part of the Treaty freedom of economic activity. In fact, branches and representative offices operating in the territory of the Republic of Poland are organisationally separate to some extent from the entrepreneur who established them. A branch and representative office of a foreign entrepreneur does not have the status of an entrepreneur, but may be an employer and therefore also a payer of social insurance contributions. The question arises, thus a branch and representative office of a foreign entrepreneur is an entity entitled to submit a request for an individual interpretation on the basis of the currently applicable legal regulations.

1. Wstęp

Wstąpienie Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej związane jest z akceptacją ze strony prawodawcy istnienia ciągłego procesu harmonizacji polskiego po-

rzędu prawnego z prawem Unii Europejskiej. Rezultatem procesu akcesji Polski do Unii Europejskiej jest permanentna europeizacja poszczególnych dziedzin prawa – w tym administracyjnego prawa gospodarczego. Oddziaływanie prawa Unii Europejskiej na krajowy porządek prawny ma charakter wielokierunkowy. Upływ lat powoduje stopniowe zanikanie barier w obszarze praw i obowiązków przedsiębiorców polskich i zagranicznych, którzy wykonują działalność gospodarczą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Emanacją zaniku wszelkiej reglamentacji jest istnienie swobody przepływu towarów, usług, osób i kapitału. Wyartykułowanie wspomnianych swobód w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej stanowi wyraz jednoznacznej akceptacji nie tylko przez unijnego, ale również polskiego prawodawcę istnienia w wymiarze transgranicznym szeroko rozumianej aktywności na płaszczyźnie prowadzenia działalności gospodarczej, i to w różnych formach.

Bezpośrednim wyrazem aktywności gospodarczej poza krajem macierzystym przedsiębiorcy zagranicznego jest tworzenie oddziałów i przedstawicielstw na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, dla funkcjonowania których podstawowe znaczenie odgrywają zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową i zasada równości, wyartykułowane wprost w przepisach traktatowych. Podstawową zasadą, jaką muszą przestrzegać organy administracji gospodarczej, jest narodowe traktowanie pochodzących z innych państw członkowskich przedsiębiorców oraz osób, które właśnie na ich terytorium zamierzają rozpocząć działalność gospodarczą. Niedopuszczalne jest więc wprowadzanie środków powodujących ich gorsze w stosunku do miejscowych traktowanie zarówno pod względem rzeczywistym, jak i prawnym¹. W polskim porządku prawnym podstawę prawną dla tworzenia oddziałów i przedstawicielstw na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej ustanowiono w ustawie z 6 marca 2018 r. o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej². Wspomniana ustawa normuje kwestię tworzenia i funkcjonowania oddziałów i przedstawicielstw. W jej treści jednakże brak odpowiedzi na pytanie, czy oddział lub przedstawicielstwo są podmiotami legitymowanymi do wszczęcia postępowania administracyjnego w przedmiocie wydania interpretacji indywidualnej z zakresu ubezpieczeń społecznych. Udzielenie odpowiedzi na tak zadane pytanie nie jest możliwe w oderwaniu od zasad funkcjonowania oddziałów i przedstawicielstw, a także sposobu ich definiowania nie tylko przez prawodawcę, ale również organy i sądy krajowe.

¹ A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze. Tom I. Swobody rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009, Legalis [dostęp: 11.11.2022].

² T.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 470 z późn. zm., dalej: *ZasUczestPodmZagrU*.

2. Oddział przedsiębiorcy zagranicznego

Kwestie funkcjonowania i organizacji oddziału i przedstawicielstwa przedsiębiorcy zagranicznego zostały przesądzone w *ZasUczestPodmZagrU*. Wspomniana ustawa reguluje podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej przez osoby zagraniczne na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, czasowe oferowanie lub świadczenie usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez osoby zagraniczne będące przedsiębiorcami oraz określa zasady tworzenia przez osoby zagraniczne będące przedsiębiorcami oddziałów i przedstawicielstw w Rzeczypospolitej Polskiej (art. 1 *ZasUczestPodmZagrU*). Osoby zagraniczne mogą podejmować i wykonywać działalność gospodarczą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na zasadach określonych w ustawie. Osoby zagraniczne będące przedsiębiorcami mogą tworzyć w Rzeczypospolitej Polskiej oddziały, przedstawicielstwa lub czasowo oferować lub świadczyć usługę, na zasadach określonych w ustawie (art. 2 *ZasUczestPodmZagrU*). Prawodawca posłużył się w treści ustawy definicją legalną pojęcia oddziału, zgodnie z którą jest on wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie częścią działalności gospodarczej, wykonywaną przez przedsiębiorcę poza siedzibą przedsiębiorcy lub głównym miejscem wykonywania działalności (art. 3 pkt 4 *ZasUczestPodmZagrU*). Oddział przedsiębiorcy zagranicznego może być tworzony wyłącznie dla prowadzenia działalności gospodarczej, co oznacza, że stanowi on formę organizacyjnoprawną wykonywania działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę zagranicznego³ i nie może być tworzony w innych celach. Stopień wyodrębnienia i samodzielności oddziału wynika wprost z wewnętrznych dokumentów korporacyjnych przedsiębiorcy zagranicznego.

Zgodnie z art.15 *ZasUczestPodmZagrU* w ramach oddziału przedsiębiorca zagraniczny może wykonywać działalność gospodarczą wyłącznie w zakresie, w jakim prowadzi tę działalność za granicą. Oznacza to, że działalność prowadzona w ramach oddziału musi mieścić się w zakresie przedmiotu działalności przedsiębiorcy zagranicznego, może być prowadzona zarówno w takim samym zakresie, jak i w węższym, ale nie może wykraczać poza ten zakres⁴. Utworzenie oddziału jest związane z budowaniem na terytorium innego państwa wyodrębnionej części organizacyjnej przedsiębiorcy macierzystego zdolnej do prowadzenia w jego imieniu działalności gospodarczej⁵. *A contrario* oddział nie posiada możliwości prowadzenia

³ L. Kieres, *Przedsiębiorcy zagraniczni*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8A: *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 250-251; J.K. Szymańska, *Charakterystyka prawna oddziałów przedsiębiorców zagranicznych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, R. LXIV, z. 2, s. 36 i n.

⁴ *Prawo przedsiębiorcy*, red. R. Blicharz, A. Powałowski, Warszawa 2019, Legalis [dostęp: 11.11.2022].

⁵ M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 221 i n.

działalności gospodarczej we własnym imieniu i na własny rachunek, prowadzona zaś działalność stanowi jedynie część działalności gospodarczej przedsiębiorcy zagranicznego. W aspekcie posiadania podmiotowości prawnej bez wątplenia należy postawić tezę o braku istnienia odrębnej podmiotowości po stronie oddziału przedsiębiorcy zagranicznego⁶. Przekłada się to bezpośrednio na skutki prawne czynności prawnych podejmowanych przez oddział przedsiębiorcy zagranicznego w obrocie gospodarczym. Wszelkie działania dokonane przez oddział przedsiębiorcy zagranicznego oraz wobec oddziału odnoszą bezpośrednio skutek prawny w stosunku do tegoż przedsiębiorcy⁷. Zatem stroną postępowania administracyjnego, sądownoadministracyjnego, podatkowego, cywilnego i innych jest przedsiębiorca zagraniczny, który utworzył w Polsce oddział, w ramach którego prowadzi działalność gospodarczą w jego imieniu⁸.

Analiza dostępnej literatury prowadzi do wniosku, że oddziałowi przypisuje się następujące cechy: po pierwsze, prowadzenie części działalności gospodarczej przedsiębiorcy głównego, po drugie, wyodrębnienie i samodzielność techniczno-organizacyjna w ramach tej działalności, po trzecie, wykonywanie działalności gospodarczej poza siedzibą lub głównym miejscem wykonywania działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę zagranicznego⁹. Zdefiniowanie pojęcia oddziału w ujęciu organizacyjno-funkcjonalnym sprowadza się do utworzenia odrębnej struktury poza głównym miejscem prowadzenia działalności przez przedsiębiorcę zagranicznego¹⁰. Tworząc oddział, przedsiębiorca zagraniczny obowiązany jest wyposażyć go w odpowiedni majątek, który jest niezbędny do wykonywania w jego imieniu działalności gospodarczej, jednakże właścicielem składników materialnych i niematerialnych przekazanych oddziałowi, a które będą służyć do prowadzenia działalności gospodarczej, pozostaje przedsiębiorca zagraniczny¹¹. Nie można nie zgodzić się z twierdzeniem, że oddział jest formą przedsiębiorstwa wtórnego przedsiębiorcy zagranicznego, za pośrednictwem której może on wykonywać działalność gospodarczą poza miejscem głównym jej prowadzenia¹². Zgodnie z art. 17 ZasUczestPodmZagrU przedsiębiorca zagraniczny może rozpocząć działalność w ramach oddziału po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców. Wpis do

⁶ *Ibidem*, s. 222 i n.

⁷ Wyrok WSA w Opolu z 16.01.2008 r., I SA/Op 189/07, Legalis [dostęp: 12.11.2022].

⁸ Wyrok SA w Warszawie z 29.06.2017 r., I ACa 585/16, Legalis [dostęp: 11.11.2022].

⁹ M.A. Waligórski, *Działalność gospodarcza w ujęciu prawa administracyjnego*, Poznań 2006, s. 54.

¹⁰ L. Kieres, *op. cit.*, s. 249; R. Potrzeszcz, *Działalność gospodarcza przedsiębiorców i osób zagranicznych*, Warszawa 2001, s. 69 i n.

¹¹ *Ibidem*, s. 256.

¹² M. Sieradzka, *Komentarz do art. 86 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, [w]: M. Sieradzka, M. Zdyb, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, LEX/el. 2022 [dostęp: 11.11.2022].

Krajowego Rejestru Sądowego jest zatem niezbędny z punktu widzenia wykonywania działalności gospodarczej w imieniu przedsiębiorcy zagranicznego. Zasady wpisu oddziału przedsiębiorcy zagranicznego regulują ustawa z 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym¹³ oraz rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 17 listopada 2014 r. w sprawie szczegółowego sposobu prowadzenia rejestrów wchodzących w skład Krajowego Rejestru Sądowego oraz szczegółowej treści wpisów w tych rejestrach¹⁴.

3. Przedstawicielstwo przedsiębiorcy zagranicznego

Przedsiębiorcy zagraniczni mogą tworzyć i prowadzić na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedstawicielstwa (art. 21 *ZasUczestPodmZagrU*). Przepisy *ZasUczestPodmZagrU* nie zawierają definicji legalnej przedstawicielstwa. Działalność przedstawicielstwa została ograniczona do prowadzenia działalności w zakresie reklamy i promocji przedsiębiorcy zagranicznego (art. 22 *ZasUczestPodmZagrU*). Przedstawicielstwo mogą utworzyć i prowadzić również osoby zagraniczne, powołane aktem właściwego organu państwa ich siedziby do promocji gospodarki tego państwa, z tym że zakres działania takiego przedstawicielstwa może obejmować wyłącznie promocję i reklamę gospodarki tego państwa (art. 23 *ZasUczestPodmZagrU*). Zatem przedsiębiorca zagraniczny nie może prowadzić działalności gospodarczej przy wykorzystaniu przedstawicielstwa. Uniemożliwienie prowadzenia działalności gospodarczej przez przedstawicielstwo przedsiębiorcy zagranicznego odnosi się do wszystkich jej aspektów, zatem przedstawicielstwo nie może być m.in. stroną umowy o świadczenie usług oraz uczestniczyć jako strona w postępowaniach sądowych i administracyjnych.

Przedstawicielstwu nie można przypisać statusu przedsiębiorcy. Stanowi ono jednostkę organizacyjną przedsiębiorcy zagranicznego¹⁵ nieposiadającą odrębnej od przedsiębiorcy zagranicznego podmiotowości prawnej¹⁶. Jako uczestnik obrotu gospodarczego przedstawicielstwo nie posiada zdolności prawnej, sądowej, układowej i upadłościowej¹⁷. Działa ono na rzecz i w imieniu przedsiębiorcy zagranicznego, który ponosi pełną odpowiedzialność za jego działanie¹⁸. Zgodzić należy się ze stwierdzeniem, że „przedstawicielstwo nie posiada samodzielności majątkowej,

¹³ T.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1683 z późn. zm.

¹⁴ Dz.U. z 2014 r. poz. 1667 z późn. zm.

¹⁵ E. Wieczorek, *Komentarz do art. 93 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, [w:] *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, red. A. Powalowski, LEX/el. 2022 [dostęp: 12.11.2022].

¹⁶ M.A. Waligórski, *op. cit.*, s. 64.

¹⁷ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011, s. 228.

¹⁸ M. Zdyb, *Działalność gospodarcza i publiczne prawo gospodarcze*, Kraków 2002, s. 120.

nawet jeśli przedsiębiorca ustanawiając je, dokonał na jego rzecz wyodrębnienia majątkowego – jest to jedynie wyodrębnienie o charakterze techniczno-organizacyjnym¹⁹. Instytucja prawna przedstawicielstwa przedsiębiorcy zagranicznego z siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest oparta na konstrukcji cywilnoprawnego przedstawicielstwa, unormowanej w art. 95 i n. Kodeksu cywilnego²⁰. Przedstawicielstwo to stanowi formę zastępstwa bezpośredniego przedsiębiorcy zagranicznego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej²¹. Utworzenie przedstawicielstwa jest możliwe po zrealizowaniu obowiązków wynikających z *ZasUczestPodmZagrU*²². Utworzenie i prowadzenie przedstawicielstwa wymaga wpisu do rejestru przedstawicielstw przedsiębiorców zagranicznych prowadzonego przez ministra właściwego do spraw gospodarki. Inaczej niż w przypadku oddziałów rejestracja przedstawicielstwa odbywa się nie w rejestrze sądowym, lecz administracyjnym. Wpisu do rejestru przedstawicielstw dokonuje się na podstawie złożonego wniosku i zgodnie z jego treścią. Wpis do rejestru dokonywany jest na 2 lata od dnia dokonania wpisu (obowiązywanie wpisu). Na wniosek przedsiębiorcy zagranicznego – złożony w ciągu ostatnich 90 dni obowiązywania wpisu – wpis zostaje przedłużony na kolejne 2 lata (art. 25 *ZasUczestPodmZagrU*).

4. Oddział i przedstawicielstwo jako podmioty w systemie ubezpieczeń społecznych

Stosownie do art. 3 ust. 1 ustawy z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych²³ zadania z zakresu ubezpieczeń społecznych określone ustawą wykonują m.in. płatnicy składek. Płatnikiem składek jest pracodawca w stosunku do pracowników i osób odbywających służbę zastępczą oraz jednostka organizacyjna lub osoba fizyczna pozostająca z inną osobą fizyczną w stosunku prawnym uzasadniającym objęcie tej osoby ubezpieczeniami społecznymi, w tym z tytułu przebywania na urlopie wychowawczym albo pobierania zasiłku macierzyńskiego, z wyłączeniem osób, którym zasiłek macierzyński wypłaca Zakład (art. 4 pkt 2 lit. a) *SysUbSpołU*).

Z punktu widzenia podjętego tematu i przywołanej regulacji kluczowe jest stwierdzenie, że samodzielność oddziału wyraża się również w możliwości występowania w charakterze pracodawcy, gdyż zgodnie z art. 3 Kodeksu pracy²⁴ pra-

¹⁹ *Prawo przedsiębiorcy*, red. R. Blicharz, A. Pawłowski, Warszawa 2019.

²⁰ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm.).

²¹ *CEIDG. Przedsiębiorcy zagraniczni w obrocie gospodarczym. Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców. Komentarz*, red. G. Kozieł, Legalis [dostęp: 12.11.2022].

²² Zob. art. 24-28 *ZasUczestPodmZagrU*.

²³ T.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1009 z późn. zm., dalej: *SysUbSpołU*.

²⁴ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1510 z późn. zm.).

codawcą jest jednostka organizacyjna, choćby nie posiadała osobowości prawnej. W doktrynie prawa pracy dominuje pogląd o organizacyjnej koncepcji pracodawcy, zgodnie z którą pracodawcą może być wyodrębniona jednostka organizacyjna, choćby nie posiadała osobowości prawnej, jeżeli zatrudnia pracowników (art. 3). Wynika stąd, że pracodawcą może być także część osoby prawnej (tzw. pracodawca wewnętrzny)²⁵. Przywołana koncepcja została również potwierdzona w orzecznictwie SN, który przyjął tendencję do uznawania za pracodawcę, w złożonych strukturach organizacyjnych, niższego szczebla tej struktury, w tym oddziałów, filii i przedstawicielstw. Na przykład jeżeli spółka prawa handlowego ma oddziały w różnych miejscowościach, to one są zazwyczaj uważane za pracodawców, a nie spółka, mimo że ona jest osobą prawną²⁶. Sąd Najwyższy w wyroku z 6 listopada 1991 r. I PRN 47/91 stwierdził, że każda osoba prawna jest pracodawcą w rozumieniu art. 3, chyba że dla niektórych pracowników za pracodawcę należy uznać jednostkę organizacyjną stanowiącą jej część składową²⁷. Podzielić należy pogląd Grzegorza Goździewicza i Tadeusza Zielińskiego, że „wśród jednostek organizacyjnych niemających statusu odrębnych podmiotów, lecz zatrudniających pracowników, występują terenowe jednostki organizacyjne wchodzące w skład większych podmiotów – banków, instytucji państwowych, zakładów, towarzystw itp. – pod nazwą oddziałów, filii itp.”²⁸. Na przykład pracodawcami osób zatrudnionych w oddziałach ZUS są te oddziały, a nie sam Zakład mający siedzibę w Warszawie. Natomiast spółka akcyjna może być pracodawcą dyrektora jej oddziału terenowego²⁹. Podobne spojrzenie widoczne jest w orzecznictwie sądów administracyjnych. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w swoim orzeczeniu uznał za pracodawcę samodzielnie zatrudniającego pracowników oddział, filię i zakład³⁰.

Jednakże uznanie oddziału lub przedstawicielstwa za pracodawcę może być podyktowane spełnieniem przez te jednostki dodatkowych wymagań natury organizacyjnej. Chodzi tutaj przede wszystkim o istnienie uregulowanej struktury pozwalającej na kierowanie swoimi sprawami w stosunkach wewnętrznych oraz wyodrębnionym majątkiem w taki sposób, który pozwoli na dysponowanie środkami materialnymi i niematerialnymi koniecznymi do zatrudnienia pracowników³¹.

²⁵ K. Jaśkowski, [w:] E. Maniewska, K. Jaśkowski, *Komentarz aktualizowany do Kodeksu pracy*, art. 3, LEX/el. 2022 [dostęp: 12.11.2022].

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Wyrok SN z 6.11.1991 r., I PRN 47/91, LEX nr 13629.

²⁸ G. Goździewicz, T. Zieliński, [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. VII, red. L. Florek, Warszawa 2017, art. 3, LEX/el. 2022 [dostęp: 12.11.2022].

²⁹ Wyrok SN z 20.09.2005 r., II PK 413/04, OSNP 2006/13–14, poz. 211.

³⁰ Szerzej zob. wyrok WSA w Warszawie z 26.06.2008 r., III SA/Wa 266/08, LEX nr 402907.

³¹ K.W. Baran, [w:] M. Barański, B.M. Cwiertniak, A. Kosut, D. Książek, M. Kuba, D.E. Lach, M. Lekston, W. Perdeus, J. Piątkowski, P. Prusinowski, I. Sierocka, K. Stefański, M. Tomaszewska, M. Włodarczyk, T. Wyka, K.W. Baran, *Kodeks pracy. Komentarz. Tom I. Art. 1–93*, wyd. VI, Warszawa 2022, art. 3, LEX/el. 2022 [dostęp: 12.11.2022].

Zatem w świetle przywołanych poglądów doktryny prawa pracy oraz judykatury za pracodawcę, a zatem również płatnika składek w rozumieniu SysUbSpołU należy uznać oddział i przedstawicielstwo przedsiębiorcy zagranicznego, co bezpośrednio przekładać się powinno na wskazanie podmiotów legitymowanych do złożenia wniosku o wszczęcie postępowania w przedmiocie wydania interpretacji indywidualnej.

5. Interpretacje indywidualne

Legitymacja do złożenia wniosku o wszczęcie postępowania administracyjnego w przedmiocie wydania interpretacji indywidualnej została przypisana do ściśle określonej grupy podmiotów. Taka możliwość została przewidziana m.in. w ustawie z 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców³², ustawie z 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa³³ oraz SysUbSpołU. Ustawa systemowa w art. 83d stanowi, że Zakład wydaje interpretacje indywidualne, o których mowa w art. 34 ustawy z 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców, w zakresie obowiązku podlegania ubezpieczeniom społecznym, zasad obliczania składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy, Fundusz Solidarnościowy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i Fundusz Emerytur Pomostowych oraz podstawy wymiaru tych składek. Interpretacje indywidualne wraz z wnioskiem o wydanie interpretacji, po usunięciu danych identyfikujących wnioskodawcę oraz inne podmioty wskazane w treści interpretacji, Zakład niezwłocznie zamieszcza w Biuletynie Informacji Publicznej. Interpretacja wydana przez organ stanowi gwarancję bezpieczeństwa obrotu prawnego dla podmiotu, który taką interpretację uzyskał, ze szczególnym uwzględnieniem tego, że jednostka, która dysponuje interpretacją, nie jest nią bezwzględnie związana, jednakże nie może ponieść negatywnych konsekwencji, gdy postąpiła zgodnie z jej treścią³⁴.

Interpretacja indywidualna stanowi szansę dla przedsiębiorcy uzyskania pewności i przewidywalności jego sytuacji prawnej w zakresie przepisów, które są niejasne lub szczególnie skomplikowane³⁵. Ustawodawca ograniczył zakres przedmiotowy interpretacji indywidualnych wydawanych zgodnie z przepisami ustawy systemowej oraz Prawa przedsiębiorców. Przedsiębiorca, występując z wnioskiem o interpretację, nie może wskazać dowolnych przepisów prawa. Przedmiotem interpretacji indywidualnej mogą być wyłącznie przepisy, z których wynika obowiązek świadczenia przez przedsiębiorcę daniny publicznej lub składek na ubezpieczenia

³² T.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 162 z późn. zm.

³³ T.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1540 z późn. zm.

³⁴ T. Brzezicki, J. Wantoch-Rekowski, *Podmioty uprawnione do uzyskania interpretacji składowej wydawanej przez ZUS*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2016, nr 6, s. 11.

³⁵ Wyrok SA w Łodzi z 28.04.2015 r., III AUa 802/14, Legalis [dostęp: 11.11.2022].

społeczne lub zdrowotne³⁶. Prawodawca w art. 34 ustawy Prawo przedsiębiorców posłużył się pojęciem daniny publicznej, nie wyjaśniając tego pojęcia. NSA zaznaczył, że pojęcie to obejmuje nie tylko daniny o charakterze pieniężnym, ale także wszelkie obowiązki niepieniężne, jeżeli ich ponoszenie wynika z ustawy i wiąże się z ograniczeniem swobody w korzystaniu z przysługujących podmiotowi praw ze względu na potrzebę ochrony interesu publicznego. Zdaniem NSA pojęcie daniny publicznej należy odnosić do wszelkich obowiązków ciężących na przedsiębiorcy, które mają charakter publiczny i nie są ekwiwalentne. Zatem pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie obowiązki ciężące na podmiocie prawa, zarówno o charakterze osobistym, rzeczowym i pieniężnym (np. podatki)³⁷.

6. Wybrane aspekty procesowe wydawania interpretacji indywidualnych

Stosownie do art. 34 ustawy Prawo przedsiębiorców interpretacje indywidualne wydawane są na wniosek. Zwracając uwagę wyłącznie na treść art. 34 Prawa przedsiębiorców, należy przyjąć tezę, że organ administracji publicznej nie może wszcząć postępowania administracyjnego w sprawie wydania interpretacji indywidualnej z urzędu. Jednakże do postępowań o wydanie interpretacji indywidualnej stosuje się przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego, chyba że odrębne przepisy stanowią inaczej (art. 34 ust. 16 ustawy Prawo przedsiębiorców). Ustawodawca w art. 34 ust. 16 ustawy Prawo przedsiębiorców nie posłużył się pojęciem „odpowiednio”, w takim przypadku należy przyjąć, że przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego³⁸ stosuje się wprost. Postępowanie administracyjne wszczyna się na żądanie strony lub z urzędu. Organ administracji publicznej może ze względu na szczególnie ważny interes strony wszcząć z urzędu postępowanie także w sprawie, w której przepis prawa wymaga wniosku strony. Organ obowiązany jest uzyskać na to zgodę strony w toku postępowania, a w razie nieuzyskania zgody – postępowanie umorzyć (art. 61 § 1 i 2 KPA). Teoretycznie na płaszczyźnie normatywnej można przyjąć, że wszczęcie postępowania w sprawie wydania interpretacji indywidualnej jest możliwe pod warunkiem zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 61 § 2 KPA. Jednakże w praktyce nie będzie się to zdarzać.

Sam organ administracji publicznej nie może wnosić o wydanie interpretacji indywidualnej w zakresie wyjaśnienia co do zakresu i sposobu stosowania przepisów, z których wynika obowiązek świadczenia przez przedsiębiorcę daniny pu-

³⁶ M. Zdyb, G. Lubeńczuk, A. Wołoszyn-Cichocka, *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis [dostęp: 11.11.2022].

³⁷ Wyrok NSA z 29.09.2017 r., II GSK 3556/15, Legalis [dostęp: 11.11.2022].

³⁸ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2000 z późn. zm.), dalej: KPA.

blicznej lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, do takiego wniosku prowadzi wykładnia językowa i funkcjonalna treści art. 34 ust. 1 ustawy Prawo przedsiębiorców.

Prawodawca dał możliwość wydania interpretacji indywidualnej w dwóch zakresach przedmiotowych. Po pierwsze, wniosek o wydanie interpretacji indywidualnej może dotyczyć zaistniałego stanu faktycznego, z którym przyszło zetknąć się przedsiębiorcy i który wzbudził jego wątpliwości. Po drugie, wniosek może również dotyczyć zdarzeń przyszłych, czyli przedstawiać organowi jedynie hipotetyczną prognozę sytuacji faktycznej i prawnej, która może zaistnieć³⁹. Przedsiębiorca we wniosku o wydanie interpretacji indywidualnej przedstawia zaistniały stan faktyczny lub zdarzenie przyszłe oraz własne stanowisko w sprawie. Wniosek o wydanie interpretacji indywidualnej zawiera także:

- 1) firmę przedsiębiorcy;
- 2) numer identyfikacji podatkowej (NIP);
- 3) adres do korespondencji, w przypadku gdy jest on inny niż adres siedziby albo adres zamieszkania przedsiębiorcy (art. 34 ust. 2–4 Prawa przedsiębiorców).

Jeżeli stan faktyczny nie został opisany przez przedsiębiorcę wyczerpująco i nie jest możliwe na jego podstawie wydanie interpretacji, należy wezwać przedsiębiorcę do uzupełnienia braków w trybie przewidzianym w art. 34 ust. 7 Prawa przedsiębiorców. Istota interpretacji indywidualnej sprowadza się bowiem do wskazania przez uprawniony podmiot swojego stanowiska w kwestii rozumienia przepisów prawnych mających zastosowanie do zaistniałego stanu faktycznego lub zdarzenia przyszłego opisanego przez przedsiębiorcę⁴⁰.

Udzielenie interpretacji indywidualnej następuje w drodze decyzji, od której służy odwołanie. Interpretacja indywidualna zawiera wyczerpujący opis przedstawionego we wniosku zaistniałego stanu faktycznego lub zdarzenia przyszłego oraz wskazanie prawidłowego stanowiska wraz z uzasadnieniem prawnym oraz z pouczeniem o prawie wniesienia środka zaskarżenia (art. 34 ust. 5 Prawa przedsiębiorców). Mimo iż udzielenie interpretacji indywidualnej następuje w drodze decyzji administracyjnej, to jej charakter normatywny odbiega od decyzji, o której mowa w art. 104 § 1 i 2 KPA. Interpretacja indywidualna stanowi emanację stanowiska organu administracji publicznej w zakresie prawidłowości przedstawionego we wniosku stanowiska w przedmiocie zakresu i sposobu stosowania przepisów, z których wynika obowiązek świadczenia przez przedsiębiorcę daniny publicznej lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Organ administracji pu-

³⁹ M. Korzeniewski, P. Tracz, [w:] *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, red. A. Pietrzak, Warszawa 2019, art. 34, LEX/el. 2022 [dostęp: 12.11.2022].

⁴⁰ M. Zdyb, G. Lubeńczuk, A. Wołoszyn-Cichocka, *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis [dostęp: 12.11.2022].

blicznej załatwia sprawę przez wydanie decyzji, chyba że przepisy kodeksu stanowią inaczej. Decyzje rozstrzygają sprawę co do jej istoty w całości lub w części albo w inny sposób kończą sprawę w danej instancji. W interpretacji indywidualnej organ nie rozstrzyga co do istoty sprawy przedstawionej przez przedsiębiorcę we wniosku. Nie ocenia, nie uzupełnia wskazanego przez niego stanu faktycznego, ani też nie może go podważać i zmieniać, opierając się na innych źródłach lub wiedzy znanej z urzędu⁴¹. W przeciwieństwie do decyzji, o której mowa w art. 34 ust. 5 Prawa przedsiębiorców, decyzje wydawane zgodnie ze współstosowaniem przepisów prawa administracyjnego procesowego i materialnego rozstrzygają sprawę administracyjną, co do istoty poprzez konkretyzację uprawnień i obowiązków jednostki niezależnej od administracji w jej indywidualnej sprawie. Rozstrzygnięcie sprawy co do jej istoty wywołuje skutek procesowy oraz materialnoprawny, natomiast zakończenie postępowania w sprawie w określonej instancji wywiera skutek procesowy bezpośrednio, a skutek materialny tylko o tyle, że zamyka drogę do konkretyzacji praw lub obowiązków⁴². W rezultacie przyjęty w art. 104 § 2 zwrot „decyzje rozstrzygają sprawę co do jej istoty” należy rozumieć w ten sposób, że „decyzja” jest aktem stosowania normy prawnej, „sprawa” jest sprawą administracyjną lub sprawą weryfikacyjną, rozstrzygnięcie zaś tych spraw polega na wiążącym ustaleniu określonej sytuacji prawnej lub wadliwości (niewadliwości) decyzji ostatecznej⁴³. Przyjęcie, że w treści decyzji wydanej w wyniku przeprowadzenia postępowania administracyjnego o wydanie interpretacji indywidualnej nie odnajdziemy rozstrzygnięcia merytorycznego, lecz wypowiedź co do prawidłowości stanowiska wnioskodawcy, spowoduje, że postępowanie takie będzie przebiegało w odmienny sposób niż postępowanie zmierzające do wydania decyzji rozstrzygającej o uprawnieniach i obowiązkach jednostki, gdyż w jego ramach nie będzie przeprowadzone postępowanie wyjaśniające zmierzające do ustalenia stanu faktycznego, gdyż zostanie on przedstawiony przez wnioskodawcę. Na szczególny charakter tzw. decyzji interpretacyjnej wskazują Tomasz Brzezicki i Jacek Wantoch-Rekowski, podkreślając, że przedsiębiorca nie jest związany interpretacją (art. 35 ust. 1 Prawa przedsiębiorców), a ponadto, że decyzja ta może dotyczyć sytuacji, która jeszcze nie zaistniała⁴⁴.

⁴¹ Postawienie SN z 18.04.2011 r., III UK 117/10, Legalis [dostęp: 12.11.2022].

⁴² B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 605.

⁴³ A. Wróbel, [w:] M. Jaśkowska, M. Wilbrandt-Gotowicz, A. Wróbel, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, wyd. VIII*, Warszawa 2020, art. 104, LEX/el. 2022 [dostęp: 12.11.2022].

⁴⁴ T. Brzezicki, J. Wantoch-Rekowski, *O możliwości wyeliminowania z obrotu prawnego interpretacji składkowych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2015, nr 1, s. 27.

7. Podmioty uprawnione do uzyskania interpretacji indywidualnej

Artykuł 34 ust. 1 Prawa przedsiębiorców stanowi wprost, że przedsiębiorca może złożyć do właściwego organu lub właściwej państwowej jednostki organizacyjnej wnioski o wydanie wyjaśnienia co do zakresu i sposobu stosowania przepisów, z których wynika obowiązek świadczenia przez przedsiębiorcę daniny publicznej lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, w jego indywidualnej sprawie (interpretacja indywidualna). Zgodnie z art. 4 ust. 1 i 2 Prawa przedsiębiorców przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą. Przedsiębiorcami są także wspólnicy spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Zatrzymując się na samej treści art. 34 ust. 1 Prawa przedsiębiorców, nie ma wątpliwości, że w przypadku wniosku złożonego przez podmiot inny niż przedsiębiorca w rozumieniu art. 4 Prawa przedsiębiorców organ powinien zastosować art. 61a § 1 KPA, który stanowi, że gdy żądanie, o którym mowa w art. 61, zostało wniesione przez osobę niebędącą stroną lub z innych uzasadnionych przyczyn postępowanie nie może być wszczęte, organ administracji publicznej wydaje postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania.

Jednakże na powyższy problem należy spojrzeć szerzej. Przepis art. 83d SysUbSpołU stanowi, że Zakład wydaje interpretacje indywidualne, o których mowa w art. 34 ustawy z 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców, w zakresie obowiązku podlegania ubezpieczeniom społecznym, zasad obliczania składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy, Fundusz Solidarnościowy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i Fundusz Emerytur Pomostowych oraz podstawy wymiaru tych składek. Interpretacje indywidualne wraz z wnioskiem o wydanie interpretacji, po usunięciu danych identyfikujących wnioskodawcę oraz inne podmioty wskazane w treści interpretacji, Zakład niezwłocznie zamieszcza w Biuletynie Informacji Publicznej. Mimo istniejącego odesłania w art. 83d SysUbSpołU do Prawa przedsiębiorców, kierując się wykładnią funkcjonalną, istnieje możliwość postawienia tezy o tym, że art. 83d SysUbSpołU stanowi niezależną podstawę do wydania interpretacji indywidualnej. Wydanie interpretacji indywidualnej następuje w ramach postępowania administracyjnego, a więc legitymację do złożenia wniosku o wydanie interpretacji indywidualnej przez inny podmiot niż przedsiębiorca można wyprowadzić z brzmienia art. 28 KPA, który stanowi, że stroną jest każdy, czyjego interesu prawnego lub obowiązku dotyczy postępowanie albo kto żąda czynności organu ze względu na swój interes prawny lub obowiązek. Ponadto KPA wprost stanowi o tym, że

jednostki nieposiadające osobowości prawnej mogą być stroną postępowania administracyjnego (art. 29 KPA). Bez wątplenia oddziały i przedstawicielstwa jako podmioty, które mogą być pracodawcą w rozumieniu art. 3 Kodeksu pracy, są również płatnikami, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 SysUbSpołU. W kontekście systemowym podzielić należy pogląd T. Brzezickiego i J. Wantoch-Rekowskiego, którzy słusznie zauważają, że

wprowadzenie przepisów o udzielenie interpretacji do ustawy systemowej rozszerzyło prawo do jej uzyskania na podmioty, które pozostają w sferze oddziaływania tej ustawy. Oznacza, to że uprawnionymi do uzyskania takiej interpretacji byłoby przede wszystkim płatnicy, a także ubezpieczeni, którzy niekoniecznie posiadają status przedsiębiorcy. Za taką możliwością interpretacji obowiązujących przepisów przemawia fakt, że przepis art. 83d SysUbSpołU nie przewiduje, kto jest uprawniony do uzyskania interpretacji, a jest doprecyzowany tylko ich zakres przedmiotowy i procedura ich wydawania⁴⁵.

8. Zakończenie

Analiza przepisów prawa, wypowiedzi doktryny oraz judykatury prowadzi do wniosku, że przyznanie w art. 34 ust. 1 Prawa przedsiębiorców legitymacji do złożenia wniosku o wydanie wyjaśnienia co do zakresu i sposobu stosowania przepisów, z których wynika obowiązek świadczenia przez przedsiębiorcę daniny publicznej lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wyłącznie przedsiębiorcom, jest błędem prawodawcy. Sam nasuwa się wniosek, że istnieje grupa podmiotów, które mają interes prawny w uzyskaniu interpretacji indywidualnej z zakresu ubezpieczeń społecznych, a nie są to przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 Prawa przedsiębiorców. Do tej grupy niewątpliwie można zaliczyć oddziały i przedstawicielstwa przedsiębiorców zagranicznych, które są jednostkami nieposiadającymi osobowości prawnej, ale mogą zatrudniać pracowników, w efekcie występować jako pracodawcy, a zatem posiadać status płatników na gruncie przepisów SysUbSpołU. Jednakże z punktu widzenia ustawy systemowej oraz wartości przyjętych w demokratycznym państwie prawnym, a przede wszystkim konstytucyjnej zasady równości uczynienie przez prawodawcę zastrzeżenia, że tylko przedsiębiorca może wystąpić o wydanie interpretacji indywidualnej, jest przejawem dyskryminacji. *De lege lata* należy stwierdzić, że zakres podmiotowy kręgu podmiotów uprawnionych do uzyskania interpretacji indywidualnej jest obecnie nazbyt wąski i powinien być przez ustawodawcę rozszerzony. Jako rozwiązanie wzorcowe i jednocześnie postulat *de lege ferenda* należy przywołać art. 14b ust. 1 ustawy Ordynacja podatkowa⁴⁶, który stanowi, że Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej, na wniosek zainteresowanego,

⁴⁵ T. Brzezicki, J. Wantoch-Rekowski, *Podmioty uprawnione...*, s. 11.

⁴⁶ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1540 z późn. zm.).

wydaje, w jego indywidualnej sprawie, interpretację przepisów prawa podatkowego (interpretację indywidualną). Nie ma przeszkód do dokonania zmiany przepisu art. 34 ust. 1 Prawa przedsiębiorców w ten sposób, że prawo do złożenia wniosku o wydanie interpretacji indywidualnej nie będzie przysługiwać przedsiębiorcom, ale osobom zainteresowanym. W ocenie autora już w obecnym stanie prawnym nie ma przeszkód, aby interpretacja indywidualna z zakresu ubezpieczeń społecznych została wydana na wniosek oddziału lub przedstawicielstwa przedsiębiorcy zagranicznego, choć dla rozwiania wszelkich wątpliwości pożądana jest aktywność ustawodawcy w tym zakresie.

Literatura

- Adamiak B., Borkowski J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Baran K.W., [w:] M. Barański, B.M. Ćwiertniak, A. Kosut, D. Książek, M. Kuba, D.E. Lach, M. Lekston, W. Perdeus, J. Piątkowski, P. Prusinowski, I. Sierocka, K. Stefański, M. Tomaszewska, M. Włodarczyk, T. Wyka, K.W. Baran, *Kodeks pracy. Komentarz. Tom I. Art. 1-93*, wyd. VI, Warszawa 2022.
- Brzezicki T., Wantoch-Rekowski J., *O możliwości wyeliminowania z obrotu prawnego interpretacji składowych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2015, nr 1.
- Brzezicki T., Wantoch-Rekowski J., *Podmioty uprawnione do uzyskania interpretacji składowej wydawanej przez ZUS*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2016, nr 6.
- Cieśliński A., *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. I: *Swobody rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009.
- Goździewicz G., Zieliński T., [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. VII, red. L. Florek, Warszawa 2017.
- Jaśkowski K., [w:] E. Maniewska, K. Jaśkowski, *Komentarz aktualizowany do Kodeksu pracy*, art. 3, LEX/el. 2022.
- Kieres L., *Przedsiębiorcy zagraniczni*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 8A: *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013.
- Korzeniewski M., Tracz P., [w:] *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, red. A. Pietrzak, Warszawa 2019.
- CEIDG. Przedsiębiorcy zagraniczni w obrocie gospodarczym. Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców. Komentarz*, red. G. Kozieł, Legalis.
- Prawo przedsiębiorcy*, red. R. Blicharz, A. Powalowski, Warszawa 2019.
- Sieradzka M., *Komentarz do art. 86 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, [w:] M. Sieradzka, M. Zdyb, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, LEX/el. 2022.
- Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011.
- Szydło M., *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005.
- Szymańska J.K., *Człowiek i prawo. Charakterystyka prawna oddziałów przedsiębiorców zagranicznych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, R. LXIV, z. 2.
- Waligórski M.A., *Działalność gospodarcza w ujęciu prawa administracyjnego*, Poznań 2006.
- Wieczorek E., *Komentarz do art. 93 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, [w:] *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, red. A. Powalowski, LEX/el. 2022.
- Wróbel A., [w:] M. Jaśkowska, M. Wilbrandt-Gotowicz, A. Wróbel, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, wyd. VIII, Warszawa 2020.
- Zdyb M., *Działalność gospodarcza i publiczne prawo gospodarcze*, Kraków 2002.
- Zdyb M., Lubeńczuk G., Wołoszyn-Cichocka A., *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, Warszawa 2019.

Ewa Tuora-Schwierskott

Uczelnia Collegium Witelona

ORCID 0000-0003-0926-2173

schwierskott@dpjv.de

Korpus służby cywilnej w Republice Federalnej Niemiec a prawo remonstracji jako prawo do odmowy wykonania polecenia służbowego przez urzędnika państwowego

Słowa kluczowe: prawo odmowy wykonania polecenia służbowego przez urzędnika Republiki Federalnej Niemiec, prawo remonstracji, korpus służby cywilnej w Republice Federalnej Niemiec, zatrudnienie urzędnika państwowego, przywileje i obowiązki korpusu służby cywilnej

Streszczenie: Korpus służby cywilnej w Republice Federalnej Niemiec opiera się na Ustawie Zasadniczej oraz kilku ustawach: Federalnej Ustawie o Urzędnikach Służby Cywilnej, Federalnej Ustawie o Wynagrodzeniach i Ustawie o Świadczeniach Socjalnych dla Urzędników Służby Cywilnej. Urzędnik korpusu służby cywilnej ma obowiązek lojalności wobec państwa, rzetelnego i kompetentnego wykonywania obowiązków służbowych. W celu ograniczenia politycznego wpływu ze strony władz politycznych (jak prezydent miasta, minister czy rząd landu lub rząd federalny) urzędnik ma prawo remonstracji, co oznacza odmowę wykonania polecenia służbowego, które uzna za niezgodne z prawem. W tej sytuacji urzędnik zawiadamia urzędnika wyższego szczebla, a w przypadku potwierdzenia polecenia służbowego w formie pisemnej ma wprawdzie obowiązek wykonania tego polecenia, ale nie ponosi wówczas za nie odpowiedzialności.

The civil service corps in the Federal Republic of Germany and the right of remonstrations as the right to refuse to carry out an official order by a state official

Keywords: the right to refuse to carry out an official order by an official of the Federal Republic of Germany, the right to remonstrate, the civil service corps in the Federal Republic of Germany, the employment of a civil servant, privileges and obligations of the civil service corps

Summary: The civil service corps in the Federal Republic of Germany is based on the Basic Law and some other laws: the Federal Law on Civil Servants, the Federal Law on Wages and the Law on Social Benefits for Civil Servants. A civil service corps official is obliged to be loyal to the state and to perform his duties in a reliable and competent manner. In order to limit political influence on the part of political authorities (such as a city president, minister, state or federal government), an official has the right to remonstrate, which means refusing to carry out an official order which he deems illegal. In this situation, the official notifies the senior official, and if the official order is confirmed in writing, he is obliged to carry out the order, but is not responsible for it.

1. Regulacja korpusu służby cywilnej w Republice Federalnej Niemiec

Zgodnie z art. 73 ust. 1 pkt 8 Ustawy Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec Rządowi Federalnemu przysługuje wyłączna kompetencja w zakresie regulacji służby w korpusie służby cywilnej. Na tej podstawie powstało kilka ustaw regulujących status służby cywilnej w Niemczech. Są to: Federalna Ustawa o Urzędnikach Służby Cywilnej (*Bundesbeamtengesetz BBG*)¹, Federalna Ustawa o Wynagrodzeniach (*Bundesbesoldungsgesetz BbesG*)² i Ustawa o Świadczeniach Socjalnych dla Urzędników Służby Cywilnej (*Beamtenversorgungsgesetz BeamtVG*)³.

Pozostałe kwestie dotyczące korpusu służby cywilnej – jak szczegółowe regulacje dotyczące np. wysokości emerytur lub świadczeń na wypadek niezdolności do pracy – zostały uregulowane w prawie poszczególnych landów.

Artykuł 74 ust. 1 pkt 27 Ustawy Zasadniczej przyznaje Rządowi Federalnemu kompetencje w zakresie praw i obowiązków statusowych urzędników państwowych w poszczególnych landach i gminach, z wyraźnym wyjątkiem prawa pracy, wynagrodzenia i emerytury⁴. Zgodnie z postanowieniem art. 33 ust. 4 Ustawy Zasadniczej wykonanie praw suwerennych powierza się osobom wykonującym służbę cywilną, stojącym w stosunku publicznoprawnym oraz służbowym, a osoby wykonujące obowiązki z zakresu korpusu służby cywilnej zobowiązane są do lojalności wobec państwa⁵. Natomiast art. 33 ust. 5 Ustawy Zasadniczej stanowi, że „Prawo do służby cywilnej zostaje uregulowane i rozwijane z uwzględnieniem uznanych zasad zawodowej służby cywilnej”⁶. Przepisy te stanowią o szczególnym obowiązku lojalności wobec państwa oraz o obowiązku państwa do szczególnej regulacji korpusu służby cywilnej w sposób zapewniający sprawne funkcjonowanie państwa.

¹ *Bundesbeamtengesetz* z dnia 5 lutego 2009 r. (BGBl. I S. 160), ostatnia zmiana 28.06.2021 r. (BGBl. I S. 2250).

² *Bundesbesoldungsgesetz* z dnia 19 czerwca 2009 r. (BGBl. I S. 1434), ostatnia zmiana 20.08.2021 r. (BGBl. I S. 3932).

³ *Beamtenversorgungsgesetz* z dnia 24 lutego 2010 r. (BGBl. I S. 150), ostatnia zmiana 22.11.2021 r. (BGBl. I S. 4906).

⁴ Becker/Heckamann/Kempen/Manssen, *Öffentliches Recht in Bayern*, C.H.Beck, 2008, s. 15 i n.; art. 74 ust. 1 pkt 27 *Die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich auf folgende Gebiete: die Statusrechte und -pflichten der Beamten der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie der Richter in den Ländern mit Ausnahme der Laufbahnen, Besoldung und Versorgung*.

⁵ http://biblioteka.sejm.gov.pl/wp-content/uploads/2016/02/Niemcy_pol_010711.pdf [dostęp: 24.02.2023].

⁶ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* z dnia 23 maja 1949 r., ostatnia zmiana 29.09.2020 r. (BGBl. I S. 2048).

2. Stosunek służbowy urzędnika państwowego

Do korpusu służby cywilnej na terenie Republiki Federalnej Niemiec zalicza się pracowników urzędów rządowych i samorządowych, sędziów, prokuratorów, nauczycieli, wykładowców szkół wyższych, pracowników policji i wojska.

Stosunek służbowy sędziów i prokuratorów został uregulowany w Federalnej Ustawie o Sędziach⁷, a stosunek służbowy żołnierzy został uregulowany w Federalnej Ustawie o Żołnierzach⁸.

Szczególne obowiązki i uprawnienia urzędników służby cywilnej to zachowanie neutralności i lojalności wobec Ustawy Zasadniczej, gwarancja stosunku zatrudnienia na czas nieokreślony, zasada wydajności, zgodnie z którą urzędnicy mają być wybierani wyłącznie na podstawie ich kwalifikacji i efektów pracy, znajomość języka urzędowego Republiki Federalnej Niemiec, a także zakaz strajku⁹. Na podstawie ustawodawstwa w landach dopuszczalne jest także zatrudnianie obywateli niemieckich posiadających znajomość języków migrantów w Republice Federalnej Niemiec – dodatkowa kwalifikacja zawodowa urzędnika w postaci znajomości języków takich jak turecki, arabski, polski czy rosyjski ułatwia bowiem w sposób nieoceniony kontakt urzędu z obywatelem załatwiający swoją sprawę urzędową oraz przyczynia się do wzrostu stopnia zaufania obywatela do państwa. Jest to doświadczenie, które warto wykorzystać także w urzędach polskich.

Zgodnie z § 7 Federalnej Ustawy o Urzędnikach Służby Cywilnej (*Bundesbeamtengesetz BBG*) urzędnikiem państwowym może zostać osoba posiadająca obywatelstwo niemieckie lub jednego z państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego, albo osoba, która pochodzi z państwa, które zawarło z Federalną Republiką Niemiec umowę o wzajemnym uznawaniu świadectw i dyplomów¹⁰. Urzędnik musi bezwzględnie przestrzegać demokratycznego porządku państwa Republiki Federalnej Niemiec określonego w Ustawie Zasadniczej oraz posiadać odpowiednie wykształcenie zawodowe. W stosunku do pracowników korpusu służby cywilnej zatrudnionych w urzędach państwowych ten ostatni wymóg dotyczy ukończenia jednej z ośmiu wyspecjalizowanych uczelni na terenie Republiki Federalnej Niemiec, które kształcą absolwentów do

⁷ *Deutsches Richtergesetz* z dnia 19 kwietnia 1972 r. (BGBl. I S. 713), ostatnio zmieniona 25.06.2021 r. (BGBl. I S. 2154). r.

⁸ *Soldatengesetz* z dnia 30 maja 2005 r. (BGBl. I S. 1482) ostatnia zmiana 20.08.2021 r. (BGBl. I S. 3932).

⁹ U. Becker/Heckmann/Kempen/Manssen, *Öffentliches Recht in Bayern*, C.H. Beck, 2008, s. 111 i n.; § 7 ust. 1 Federalnej Ustawy o Urzędnikach Służby Cywilnej – *Bundesbeamtengesetz*, Federalne Ministerstwo Spraw Wewnętrznych, https://www.bmi.bund.de/DE/themen/oeffentlicher-dienst/beamtinnen-und-beamte/beamtenrecht-allgemein/beamtenrecht-allgemein-node.html;jsessionid=D13CD4220AC099C747C4BE0980EC1C22.1_cid287 [dostęp: 2.02.2022].

¹⁰ § 7 ust. 2 Federalnej Ustawy o Urzędnikach Służby Cywilnej – *Bundesbeamtengesetz*.

konkretnych wyspecjalizowanych zawodów urzędniczych. Takim przykładem jest Wyższa Szkoła Administracji Publicznej w Miśni¹¹ kształcąca przyszły personel pomocniczy sądów i prokuratur czy też Wyższa Szkoła Skarbowa w Nordkirchen kształcąca personel urzędów skarbowych¹².

Urzędnik państwowy zostaje zatrudniony w wyniku publicznego konkursu¹³. Stosunek zatrudnienia jest uregulowany jako mianowanie¹⁴, co oznacza zatrudnienie na czas nieokreślony (dosłownie na czas życia – *auf Lebenszeit*)¹⁵. Należy tu podkreślić, że siatka zarobków urzędników służby cywilnej jest szczegółowo określona w ustawach poszczególnych landów, a zarobki to jeden z czynników motywujących do podjęcia służby w korpusie służby cywilnej – np. zarobki w landzie Bawaria zgodnie z siatką wynagrodzeń za rok 2022 w zależności od wykształcenia i stażu pracy wynoszą miesięcznie od minimalnie 2374,00 euro do maksymalnie 7862,47 euro¹⁶.

Stosunek zatrudnienia urzędnika państwowego kończy się w czterech przypadkach. Poza zwolnieniem z pracy na własną prośbę lub przejście w stan spoczynku urzędnik może zostać wydalony ze służby cywilnej ze względu na zakończone postępowanie dyscyplinarne przeprowadzone zgodnie z Federalną Ustawą o Postępowaniu Dyscyplinarnym¹⁷ lub ze względu na utratę praw obywatelskich, w wyniku popełnienia czynu karalnego¹⁸. Oznacza to, że urzędnik nie może zostać zwolniony poza przypadkami popełnienia przez niego czynu karalnego lub naruszenia obowiązków służbowych.

Stosunek służbowy urzędnika państwowego zakłada, że pomiędzy pracownikiem a określonym pracodawcą istnieje stosunek służbowy opierający się na zasadzie lojalności wobec służby państwowej¹⁹. Artykuł 2 Federalnej Ustawy o Służbie Cywilnej stanowi, które osoby prawne prawa publicznego mają prawo do zatrudniania urzędników służby cywilnej, a tym samym do bycia pracodawcami. Na poziomie landów zostało to określone w art. 2 Ustawy o Statusie Służby Cywilnej

¹¹ Academy of Public Administration of Saxony (Hochschule Meißen (FH) und Fortbildungszentrum), <https://www.hsf.sachsen.de/> [dostęp: 2.02.2022].

¹² Hochschule für Finanzen Nordrhein-Westfalen, <https://www.finanzverwaltung.nrw.de/de/eckdaten/kontaktdaten-fhf-nrw> [dostęp: 2.02.2022].

¹³ § 8 Federalnej Ustawy o Urzędnikach Służby Cywilnej – *Bundesbeamtengesetz*.

¹⁴ § 10 Federalnej Ustawy o Urzędnikach Służby Cywilnej – *Bundesbeamtengesetz*.

¹⁵ § 11 Federalnej Ustawy o Urzędnikach Służby Cywilnej – *Bundesbeamtengesetz*.

¹⁶ https://oeffentlicher-dienst-news.de/beamtenbesoldung/#sold_bay [dostęp: 2.02.2022] oraz <https://www.beamtenbesoldung.org/news/61-besoldung/736-bayern-prognose-2022.html> [dostęp: 24.02.2023].

¹⁷ H. Weiß/ Niedermeier/Summer, *Beamtenrecht in Bayern*, 2021, § 36 *BeamtStG*, nr brzeg. 49, *Bundesdisziplinargesetz* z dnia 9 lipca 2001 r. (BGBl. I S. 1510), ostatnia zmiana 19.06.2020 r. (BGBl. I S. 1328).

¹⁸ § 30 *Bundesbeamtengesetz*.

¹⁹ § 4 *Bundesbeamtengesetz*.

Beamtenstatusgesetz. Są to urzędy Federacji, osoby prawne i zakłady prawa publicznego Federacji oraz fundacje publiczne stworzone przez Federację oraz odpowiednio urzędy landów, osoby prawne i zakłady prawa publicznego landów oraz fundacje publiczne stworzone przez landy²⁰.

Ze względu na szczególne wymagania dotyczące charakteru pracy dla państwa stosunek służby cywilnej różni się od „zwykłego” stosunku pracy. Zadania wykonywane przez państwo różnią się zasadniczo od zadań wykonywanych przez inne podmioty. Praworządność w państwie i zasada zaufania obywateli do państwa, ale także poczucie bezpieczeństwa przez obywateli w państwie jest możliwe jedynie wtedy, gdy działania rządu, niezależnego sądownictwa i administracji oparte są na praworządności i zasadzie państwa prawa. Przestrzeganie prawa i jasne reguły mają tutaj podstawowe znaczenie. Władza rządu, która oparta jest na zasadach neutralności oraz proporcjonalności i działa wyłącznie zgodnie z zasadami państwa prawa stanowi podstawę, która pozwala na rozwój gospodarczy, albowiem podmioty gospodarcze nie mogą działać, nie mając oparcia w rzetelnie i przewidywalnie działającym aparacie państwa. Zatem stosunek ten musi opierać się nie tylko na rzetelności i praworządności działania państwa i jego urzędników, ale ma on także gwarantować i umacniać zasadę zaufania obywateli do państwa.

Zasada zaufania obywateli do państwa jest podstawową zasadą działania państwa, która musi być bezwzględnie przestrzegana, albowiem w przeciwnym razie państwo nie wykonuje swoich konstytucyjnych zadań²¹. Administracja publiczna z tego punktu widzenia wykonuje funkcje usługodawcze wobec obywateli (w tym podmiotów gospodarczych), a usługi są świadczone przez pracowników służby cywilnej.

3. Polecenie służbowe w służbie cywilnej w prawie Republiki Federalnej Niemiec a prawo remonstracji

Prawo do wydawania poleceń służbowych zostało określone w Federalnej Ustawie o Urzędnikach Służby Cywilnej (*Bundesbeamtengesetz BBG*) oraz Ustawie o Statusie Urzędników Służby Cywilnej²².

²⁰ Becker/Heckamann/Kempen/Manssen, *Öffentliches Recht in Bayern*, C.H. Beck, 2008, s. 114 i n.; Weiß/ Niedermeier/Summer, *Beamtenrecht in Bayern*, 2021, § 36 BeamtStG, nr brzeg. 49.

²¹ Zasada ta została zagwarantowana w art. 20 niemieckiej Ustawy Zasadniczej oraz § 48 i 49 niemieckiego Kodeksu postępowania administracyjnego – *Verwaltungsverfahrensgesetz*.

²² Weiß/ Niedermeier/Summer, *Beamtenrecht in Bayern*, 2021, § 36 BeamtStG, nr brzeg. 49, *Beamtenstatusgesetz* z dnia 17 czerwca 2008 r. (BGBl. I S. 1010), ostatnia zmiana 28.06.2021 r. (BGBl. I S. 2250).

Zgodnie z tą ustawą polecenia służbowe są konkretnymi, indywidualnymi oficjalnymi poleceniami, które wymagają od urzędnika określonego działania lub zaniechania. Zgodnie z § 62 ust. 1 zdanie 2 Federalnej Ustawy o Urzędnikach Służby Cywilnej i § 35 zdanie 2 Ustawy o Statusie Urzędników Służby Cywilnej urzędnicy państwowi są zobowiązani do wykonywania poleceń służbowych i przestrzegania ich ogólnych wytycznych²³. Przełożeni są upoważnieni do wydawania poleceń. Dotyczy to zarówno bezpośredniego przełożonego, jak i wyższej kadry kierowniczej. Urzędnik służby cywilnej jest związany poleceniem tylko wtedy, gdy czynności urzędowe, na których opiera się polecenie, należą do jego określonego przyznanego mu zakresu odpowiedzialności. Jeżeli polecenie służbowe dotyczy nowego lub dodatkowego zadania służbowego, urzędnik jest związany nim tylko wtedy, gdy przełożony wydający polecenie służbowe może mu takie zadania przekazać. W sprawach urzędowych o charakterze osobistym urzędnik jest formalnie związany poleceniem przełożonym lub poleceniem służbowym przełożonego wyższego stopnia, w tym najwyższej władzy administracyjnej.

Urzędnicy służby cywilnej w Republice Federalnej Niemiec mają obowiązek doradzać i wspierać swoich przełożonych²⁴. Są zobowiązani do wykonywania ich oficjalnych poleceń i przestrzegania ich ogólnych wytycznych. Nie dotyczy to sytuacji, gdy urzędnicy służby cywilnej nie są związani instrukcjami na mocy szczególnych przepisów ustawowych i podlegają wyłącznie prawu.

Urzędnicy służby cywilnej ponoszą pełną osobistą odpowiedzialność za legalność swoich czynności urzędowych²⁵. Muszą oni niezwłocznie zgłaszać swojemu bezpośredniemu przełożonemu obawy dotyczące legalności poleceń urzędowych. Jeżeli polecenie służbowe zostanie utrzymane, a nadal utrzymują się obawy co do jego legalności, urzędnik państwowy ma obowiązek skontaktowania się z przełożonym wyższego stopnia. Jeżeli polecenie zostanie potwierdzone, urzędnik państwowy musi je wykonać, jednakże zostanie zwolniony z własnej odpowiedzialności²⁶. Nie dotyczy to sytuacji, gdy polecenie służbowe narusza godność człowieka lub jest przestępstwem albo wykroczeniem administracyjnym, a odpowiedzialność karna albo naruszenie przepisów administracyjnych podlega uznaniu przez urzęd-

²³ T.I. Schmidt, *Beamtenrecht*, Tübingen 2017, s. 97 i n.; § 62 ust. 1 *Bundesbeamtengesetz*, https://www.gesetze-im-internet.de/bbg_2009/BJNR016010009.html [dostęp: 2.02.2022].

²⁴ Becker/Heckamann/Kempfen/Manssen, *Öffentliches Recht in Bayern*, C.H. Beck, 2008, s. 112 i n.; Weiß/Niedermeier/Summer, *Beamtenrecht in Bayern*, 2021, § 36 *BeamtStG*, nr brzeg. 49, § 62 ust. 1 *Bundesbeamtengesetz*, https://www.gesetze-im-internet.de/bbg_2009/BJNR016010009.html [dostęp: 2.02.2022].

²⁵ Weiß/Niedermeier/Summer, *Beamtenrecht in Bayern*, 2021, § 36 *BeamtStG*, nr brzeg. 49 i n.; T.I. Schmidt, *Beamtenrecht*, 2017 s. 112 i n.; § 63 ust. 1 *Bundesbeamtengesetz*, https://www.gesetze-im-internet.de/bbg_2009/BJNR016010009.html [dostęp: 2.02.2022].

²⁶ Weiß/Niedermeier/Summer, *Beamtenrecht in Bayern*, 2021, § 36 *BeamtStG*, nr brzeg. 49 i n.; T.I. Schmidt, *Beamtenrecht*, 2017 s. 97 i n.; § 63 ust. 2 *Bundesbeamtengesetz*, https://www.gesetze-im-internet.de/bbg_2009/BJNR016010009.html [dostęp: 2.02.2022].

ników służby cywilnej²⁷. Potwierdzenie wydania polecenia przez przełożonego musi wówczas być sporządzone na żądanie w formie pisemnej. Jeżeli przełożony żąda niezwłocznego wykonania polecenia służbowego ze względu na bezpośrednie zagrożenie, a polecenia przełożonego nie można wykonać w odpowiednim czasie, to stosuje się przepisy o zwolnieniu z wykonania polecenia, a mianowicie dzieje się tak wtedy, gdy polecenie służbowe narusza godność człowieka lub jest przestępstwem albo wykroczeniem administracyjnym. Także wówczas polecenie musi zostać potwierdzone w formie pisemnej przez przełożonego wydającego dyspozycję, jeżeli urzędnik zażąda tego niezwłocznie nawet także już po wykonaniu polecenia.

Prawo remonstracji oznacza obowiązek urzędnika służby cywilnej do natychmiastowego zgłaszania wątpliwości co do legalności poleceń urzędowych bezpośrednio przełożonemu. W przypadku urzędników federalnych prawo remonstracji zostało uregulowane w § 63 Federalnej Ustawy o Urzędnikach Służby Cywilnej. Co do zasady urzędnik państwowy odpowiada za legalność swoich czynności urzędowych. Z tej odpowiedzialności zostaje zwolniony, jeżeli wywiąże się ze swojego obowiązku remonstracji i zgłosi obawy np. co do legalności polecenia urzędowego.

Obowiązek do remonstracji powstaje w chwili, gdy funkcjonariusz uzna polecenie za ewentualnie niezgodne z prawem. Remonstracja przebiega w trzech etapach. Po pierwsze, urzędnik służby cywilnej musi zgłosić do bezpośredniego przełożonego obawy co do legalności instrukcji urzędowych. Jeżeli ten ostatni zastosuje się do jego instrukcji, musi skontaktować się z następnym wyższym przełożonym. Jeżeli polecenie zostanie również przez niego potwierdzone, funkcjonariusz musi je wykonać.

Co innego ma zastosowanie tylko wtedy, gdy oficjalne polecenie służbowe ma na celu rozpoznanie przestępcze lub nieprawidłowe zachowanie, narusza godność ludzką lub w inny sposób przekracza granice prawa do wydawania poleceń. Obowiązek sprzeciwu w formie remonstracji ma dwojaką funkcję – z jednej strony służy wewnętrznej samokontroli w organie, z drugiej służy także odciążeniu urzędnika od odpowiedzialności i prawa dyscyplinarnego w przypadku bezprawnych poleceń²⁸.

Zasady odpowiedzialności cywilno- i karnoprawnej oraz odpowiedzialności dyscyplinarnej urzędników państwowych zostały określone dodatkowo także w niemieckim Kodeksie karnym (*Strafgesetzbuch*) oraz w Kodeksie cywilnym (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*). Należy tu zauważyć, że urzędnicy państwowi w Republice Federalnej Niemiec są świadomi swoich praw i obowiązków, co oznacza, że wykonywanie zawodu odbywa się w sposób świadomy, a urzędnik w razie wątpliwości

²⁷ § 63 ust. 2 zdanie 4 *Bundesbeamtengesetz*, https://www.gesetze-im-internet.de/bbg_2009/BjNR016010009.html [dostęp: 2.02.2022].

²⁸ <https://www.dbb.de/lexikon/themenartikel/r/remonstrationspflicht.html> [dostęp: 2.02.2022].

dotyczących prawidłowości jego postępowania korzysta często z przysługującego mu prawa remonstracji, czyli odmowy wykonania poleceń służbowych w sytuacji, gdy to polecenie budzi wątpliwości co do jego zgodności z prawem²⁹.

4. Podsumowanie

Praca w korpusie służby cywilnej w Republice Federalnej Niemiec została uregulowana szczegółowo w Ustawie Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec oraz kilku ustawach. Są to: Federalna Ustawa o Urzędnikach Służby Cywilnej, Federalna Ustawa o Wynagrodzeniach i Ustawa o Świadczeniach Socjalnych dla Urzędników Służby Cywilnej.

Urzędnicy pracujący w korpusie służby cywilnej otrzymują wiele przywilejów i obowiązków. Do przywilejów należy niewątpliwie zaliczyć pewność zatrudnienia, niemożność zwolnienia urzędnika (poza przypadkami popełnienia przez niego przestępstwa w urzędzie lub zakońzonego postępowania dyscyplinarnego czy też popełnienia przez urzędnika czynu karalnego) oraz gwarancję zarobków przez stworzoną siatkę godnego wynagrodzenia za pracę. Natomiast z drugiej strony urzędnik zobowiązany jest do lojalności i wierności wobec państwa i nie przysługuje mu prawo do strajku. Najważniejszym jego obowiązkiem jest kompetentne i rzetelne wykonywanie obowiązków zawodowych i służbowych. Należy podkreślić, że w korpusie służby cywilnej muszą zostać zatrudnione osoby, które są absolwentami określonych wyspecjalizowanych szkół wyższych. Oznacza to, że z jednej strony zatrudniane są osoby kompetentne i przygotowane fachowo do wykonywania określonego zawodu, a z drugiej, że po stronie urzędnika istnieje świadomość odpowiedzialności za naruszenie obowiązków zawodowych.

Ma to ogromne znaczenie: urzędnik musi wykonywać swoje obowiązki zgodnie z zasadą praworządności i lojalności wobec Ustawy Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec. Oznacza to, że polecenia służbowe przełożonego naruszające tę zasadę mogą zostać przez niego podane w wątpliwość. Z jednej strony urzędnik ponosi pełną osobistą odpowiedzialność za legalność swoich czynności urzędowych. Jednakże musi niezwłocznie zgłosić swojemu bezpośredniemu przełożonemu obawy dotyczące zgodności z prawem polecenia służbowego. Jeżeli przełożony nalega na wykonanie polecenia służbowego, urzędnik państwowy ma obowiązek skontaktowania się z przełożonym wyższego stopnia. Jeżeli polecenie zostanie potwierdzone, urzędnik państwowy musi je wykonać, jednakże zostanie zwolniony z oso-

²⁹ W razie wątpliwości co do praworządności polecenia służbowego lub aktu prawnego sędziego jest zobowiązany do zgłoszenia tych wątpliwości swojemu bezpośredniemu przełożonemu i wstrzymania się od wykonania tego polecenia – prawo remonstracji (§ 63 ust. 2 federalnej ustawy o urzędnikach państwowych).

bistej odpowiedzialności. Nie dotyczy to sytuacji, gdy polecenie służbowe narusza godność człowieka lub jest przestępstwem albo wykroczeniem administracyjnym, a odpowiedzialność karna albo naruszenie przepisów administracyjnych podlega uznaniu przez urzędników służby cywilnej. Potwierdzenie wydania polecenia przez przełożonego musi wówczas być sporządzone w formie pisemnej na żądanie.

Prawo remonstracji uregulowane w ten sposób ma na celu zapewnienie sprawnego funkcjonowania państwa prawa i zasady zaufania obywateli do państwa. Jest niezwykle istotne. W niemieckim systemie funkcjonowania państwa prawo remonstracji w połączeniu z regulacjami prawnymi korpusu służby cywilnej powoduje, że urzędnik zatrudniony w korpusie służby cywilnej zna bardzo dobrze swoje obowiązki zawodowe. Naruszenie obowiązków służbowych powoduje zwolnienie ze służby, która została uregulowana w ten sposób, by praca w niej stanowiła przywilej i oznaczała stabilizację – zarówno zawodową, jak i finansową – dla urzędnika. Urzędnik służby cywilnej, wykonując swoje obowiązki, może przeciwstawić się poleceniom służbowym przełożonego, którym często jest osoba taka jak prezydent miasta czy minister. Powoduje to, że urzędy wykonywane z racji wyborów politycznych, jak właśnie tenże prezydent miasta czy minister, kierują się wskazówkami urzędnika co do legalności i praworządności własnych działań politycznych, a nie odwrotnie. Niewątpliwie stanowi to nieodzowny warunek sprawnego funkcjonowania państwa pod kątem zachowania zasady praworządności w państwie. Wola polityczna ustępuje zasadom legalności.

Literatura

Becker U., Heckamann D., Kempen B., Manssen F., *Öffentliches Recht in Bayern*, C.H. Beck 2008.
Weiß H., Niedermeier N., Summer R., *Beamtenrecht in Bayern*, 2021.
Schmidt T.I., *Beamtenrecht*, Tubingen 2017.

Akty prawne

Federalna Ustawa o Urzędnikach Służby Cywilnej – Bundesbeamtengesetz z dnia 5 lutego 2009 r. (BGBl. I S. 160).
Ustawa Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec – Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland z dnia 23 maja 1949 r., ostatnia zmiana 29.09.2020 r. (BGBl. I S. 2048).
Ustawa o zawodzie sędziego – Deutsches Richtergesetz z dnia 19 kwietnia 1972 r. (BGBl. I S. 713), ostatnio zmieniona 25.06.2021 r. (BGBl. I S. 2154).
Ustawa o zawodzie żołnierza – Soldatengesetz z dnia 30 maja 2005 r. (BGBl. I S. 1482) ostatnia zmiana 20 sierpnia 2021 (BGBl. I S. 3932).
Federalna Ustawa o zarobkach urzędników państwowych – Bundesbeamtengesetz z dnia 5 lutego 2009 r. (BGBl. I S. 160), ostatnia zmiana 28 czerwca 2021 (BGBl. I S. 2250).
Federalna Ustawa o zarobkach funkcjonariuszy publicznych – Bundesbesoldungsgesetz z dnia 19 czerwca 2009 r. (BGBl. I S. 1434), ostatnia zmiana 20 sierpnia 2021 (BGBl. I S. 3932).
Federalna Ustawa o zabezpieczeniu socjalnym urzędników państwowych – Beamtenversorgungsgesetz z dnia 24 lutego 2010 r. (BGBl. I S. 150), ostatnia zmiana 22 listopada 2021 r. (BGBl. I S. 4906).

Niemiecki Kodeks postępowania administracyjnego – *Verwaltungsverfahrensgesetz* z 23 stycznia 2003 r. (BGBl. I S. 102).

Federalna Ustawa o środkach dyscyplinarnych wobec urzędników państwowych *Bundesdisziplinargesetz* z dnia 9 lipca 2001 r. (BGBl. I S. 1510).

Federalna Ustawa o Urzędnikach Służby Cywilnej – *Bundesbeamtengesetz* (BGBl. I S. 160).

Varia

https://www.bmi.bund.de/DE/themen/oeffentlicher-dienst/beamtinnen-und-beamte/beamtenrecht-allgemein/beamtenrecht-allgemein-node.html;jsessionid=D13CD4220AC099C747C-4BE0980EC1C22.1_cid287.

<https://www.beamtenbesoldung.org/news/61-besoldung/736-bayern-prognose-2022.html>.

<https://www.finanzverwaltung.nrw.de/de/eckdaten/kontakt-daten-fhf-nrw>.

https://oeffentlicher-dienst-news.de/beamtenbesoldung/#sold_bay.

<https://www.dbb.de/lexikon/themenartikel/r/remonstrationspflicht.html>.

https://www.gesetze-im-internet.de/bbg_2009/BJNR016010009.html.

http://biblioteka.sejm.gov.pl/wp-content/uploads/2016/02/Niemcy_pol_010711.pdf.