

Dyskurs Prawniczy i Administracyjny

4/2021

Dyskurs Prawniczy i Administracyjny

4/2021

REDAKTOR NAUKOWY NUMERU

Tadeusz Stanisławski

Zielona Góra 2022

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 Zielonogórski), 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), Arkadiusz Wudarski (Uniwersytet Zielonogórski)



KOLEGIUM REDAKCYJNE

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

RECENZJE NUMERU

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

REDAKCJA

Aldona Reich

KOREKTA

Ewa Popiłka

REDAKCJA TECHNICZNA

Arkadiusz Sroka

PROJEKT OKŁADKI

Jacek Papla

© Copyright by Uniwersytet Zielonogórski,
Zielona Góra 2021

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

Michał Bartoszewicz	
O potrzebie zintegrowanego podejścia do wolności nauki	7
Rafał Bucholski	
Czynności bankowe w świetle ustaw bankowych, cz. 2	21
Agnieszka Filak, Tomasz Resler	
Przedwojenne ustawy wyznaniowe – wybrane problemy, orzecznictwo i postulaty <i>de lege ferenda</i>	43
Izabela Gawłowicz	
Europejski Trybunał Praw Człowieka na rzecz obowiązkowych szczepień dzieci – Vavříčka i inni przeciwko Republice Czeskiej	55
Stefan Marek Grochalski	
Prawo kosmiczne w kontekście trzech reżimów prawnych. Jedność celów czy egoizm interesów?	71
Stanisław Hoc	
Odpowiedzialność karna członków sił zbrojnych państw obcych	83
Katarzyna Płonka-Bielenin	
Zadania publiczne w systemie pieczy zastępczej obowiązkiem samorządu powiatowego	99
Magdalena Skibińska	
Ocena art. 15zsz ¹ ust. 1 pkt 4 ustawy antycovidowej z perspektywy zasady udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości	121
Łukasz Stępkowski	
Horizontal Direct Effect of the Standstill Obligation under Article 108(3), third sentence TFEU	141

Michał Bartoszewicz

Uniwersytet Humanistyczno-Przyrodniczy im. Jana Długosza w Częstochowie

ORCID 0000-0001-9189-5783

m.bartoszewicz@ujd.edu.pl

O potrzebie zintegrowanego podejścia do wolności nauki

Słowa kluczowe: wolność badań naukowych, system szkolnictwa wyższego, ewolucja prawa nauki

Streszczenie. Artykuł dotyczy ewolucji ustawowych ram wolności badań naukowych i, szerzej ujmując, wolności nauki. Przeobrażenia systemu szkolnictwa wyższego i nauki nie zmieniają w istocie opartego na art. 73 Konstytucji rozumienia treści wolności nauki w doktrynie prawa konstytucyjnego mającej genezę prawnonaturalną. Niniejsze opracowanie nie polemizuje z zastanym rozumieniem tej wolności, bierze jednak pod uwagę, że w ostatnich kilkunastu latach korzystanie z niej napotyka na nowe wyzwania związane z wymaganiami dotyczącymi efektywności badań czy też powiązania jej z finansowaniem uczelni. Wysiłek twórczy badacza coraz bardziej podporządkowany jest zespołom badawczym i perspektywom rozwojowym instytucji naukowej. Ramy wolności badań naukowych nie zmieniły się, ale faktyczny obszar swobodnej decyzji badacza jest mniejszy. Te okoliczności mogą skłaniać do namysłu nad potrzebą nowego podejścia do identyfikowania przyczyn ograniczeń wolności nauki, a także zagwarantowania odpowiedniego poziomu samodzielności badawczej w nowych realiach instytucjonalnych.

On the need for an integrated approach to academic freedom

Key words: freedom of scientific research, higher education system, evolution of science law

Summary. The article concerns the evolution of the statutory framework of the freedom of scientific research and, more broadly, the freedom of science. The transformations of the system of higher education and science do not change the understanding, based on article 73 of the Constitution, of the content of the freedom of science in the doctrine of constitutional law which has a legal-natural origin. This study does not argue with the existing understanding of this freedom. I note, however, that in the last dozen or so years the exercise of this freedom has encountered new challenges connected with the requirements concerning the effectiveness of research or its connection with the financing of the university. The creative effort of the researcher is increasingly subordinated to the research teams and the development prospects of the scientific institution. The framework of research freedom has not changed, but the actual area of the researcher's free decision is smaller. These circumstances may prompt us to think about the need for a new approach to identifying the causes of the limitations of scientific freedom, as well as to guarantee an appropriate level of research independence in the new institutional realities.

Wprowadzenie

Twórczość naukowa stanowi przejaw duchowego i intelektualnego życia jednostki. Towarzyszy człowiekowi od czasów starożytnych, z tym, że ciekawość poznawcza nieopierająca się jeszcze na żadnej metodzie cechowała już Adama i Ewę. Swoboda poznawcza stopniowo nabierająca znamion metodycznego myślenia i porządkowania wyników dociekań była, rzecz jasna, czymś pierwotnym wobec jakiegokolwiek zewnętrznej woli czy przyszłej regulacji prawnej. Rodowód wolności badań naukowych jest prawnonaturalny¹, co nadal powinno rzutować na jej ujęcie w regulacjach prawnych i dopuszczalne zasady jej limitowania.

Z art. 73 Konstytucji poręczającego wolność twórczości artystycznej, badań naukowych oraz ogłaszania ich wyników, wolność nauczania wyprowadza się jedną kategorię: wolność nauki² znajdującą oparcie także w autonomii szkół wyższych (art. 70 ust. 5)³. Zestawienie gwarancji wolności twórczości artystycznej w sąsiedztwie wolności nauki może być krytykowane, choć obie mają związek ze sferą myśli jednostki oraz wyrażania opinii (art. 54 ust. 1).

Celem niniejszego artykułu jest próba wstępnej odpowiedzi na pytanie, czy i ewentualnie w jakim zakresie swoboda badań naukowych przekształca się w swego rodzaju wolność reglamentowaną i jak zmienia się jej urzeczywistnianie pod wpływem środków prawnych zmierzających do standaryzacji ocen wyników badań związanej także ze zmianą modelu finansowania nauki.

1. Dwa oblicza wolności

Wolność jednostki podejmującej badania naukowe można analizować w warstwie pozytywnej i negatywnej. Wolność traktowana uniwersalnie (wolność w ogóle) w pierwszej z tych płaszczyzn polega na tym, że jednostka może swobodnie kształtować swoje zachowanie w danej sferze, wybierając odpowiadające jej formy aktywności albo powstrzymując się od podejmowania jakiegokolwiek działalności. Twórca naukowy, korzystając z tej wolności pozytywnej, dokonuje wyborów, takich jak: podjęcie określonego rodzaju badań, eksplorowanie jakiegoś pola badawczego,

¹ Podobnie A. Biłgorajski, *Konstytucyjna wolność badań naukowych*, [w:] *Konstytucyjna wolność badań naukowych a ochrona pracy naukowej. Studium przypadków z nauk ścisłych eksperymentalnych*, red. A. Chorążewska, A. Biłgorajski, Katowice 2018, s. 51-52.

² L. Garlicki, *Uwaga 6 do art. 73*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 5; S. Jarosz-Żukowska, Ł. Żukowski, *Wolność badań naukowych i nauczania*, [w:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2014, s. 712 i nast.; M. Królikowski, K. Szczucki, *Uwagi do art. 73*, [w:] *Konstytucja RP. Tom 1. Komentarz: art. 1-86*, red. L. Bosek, M. Safjan, Warszawa 2019, s. 1683.

³ Na związek wolności nauki z autonomią uczelni zwrócił uwagę m.in. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 28 kwietnia 2009 r., K 27/07, OTK-A 2009, nr 4, poz. 54.

dobór właściwej w danym obszarze nauki metody, krytyka zastanego dorobku nauki na jakimś polu, sposób rozpowszechnienia wyników własnych badań. Jednak w dłuższym okresie wybór całkowitej pasywności człowieka zawodowo związanego z nauką, inaczej niż w niektórych innych prawach wolnościowych, nie znajdowałby uzasadnienia w samej wolności badań. Poza ramami tego opracowania jest kwestia kryteriów formalnych i treściowych kwalifikowania dociekań poznawczych człowieka jako badań naukowych⁴. Należy jednak zaznaczyć, że kryteria „naukowości” metod poznawania i opisu świata są oczywiście istotne chociażby dla oceny kompetencji wymaganych do uzyskania poszczególnych stopni naukowych, szans awansu zawodowego w ramach danej dyscypliny nauki, dopuszczania tekstów do druku w wydawnictwach naukowych. Natomiast zbyt zamknięte, „ciasne” definiowanie w aktach normatywnych terminów związanych z wynikami badań, takich jak „monografia naukowa” czy „artykuł naukowy” kłóciłoby się z charakterem samej nauki.

Naturalnie swoboda prowadzenia badań wymaga braku nieuzasadnionej ingerencji państwa, niezwiązanej z koniecznością uwzględnienia innych dóbr podlegających ochronie konstytucyjnej⁵, czyli negatywnej strony wolności. W aspekcie negatywnym wolność polega na obowiązku innych, zwłaszcza władz publicznych, powstrzymywania się od ingerencji w sferę zastrzeżoną dla jednostki⁶. W dziedzinie nauki to między innymi wolność od rozstrzygania przez władze publiczne kwestii prawdziwości wyników badań, jak też zakaz cenzury prewencyjnej wobec publikacji (art. 54 ust. 2 ustawy zasadniczej). Jest to wolność – w analizowanej sferze nieabsolutna – od zakazów, ale także od nakazów⁷.

2. Ograniczenia wolności badań naukowych

Wolność akademicka obejmuje swobodę prowadzenia badań naukowych oraz wolność nauczania. Nie ulega wątpliwości, że uprawianie nauki nie jest podmiotowo ograniczone dla osób zawodowo związanych z instytucjami naukowymi czy naukowo-dydaktycznymi⁸. W praktyce jednak większość uczonych znajduje zatrud-

⁴ Nie mogła wyczerpać całego tego zagadnienia literatura prawnicza, stanowisko prawników powinno być wzbogacone o owoce badań filozofii nauki – zob. jednak usystematyzowane uwagi: A. Biłgorajski, *Konstytucyjna wolność badań naukowych*, [w:] A. Chorążewska, A. Biłgorajski, *Konstytucyjna wolność badań naukowych a ochrona pracy naukowej: studium przypadków z nauk ścisłych eksperymentalnych*, Katowice 2018, s. 59–62 oraz M. Jabłoński, *Wolności z art. 73 Konstytucji RP*, [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 557.

⁵ W sprawie najczęściej wchodzących w grę dóbr prawnych wpływających na ramy swobodnego uprawiania nauki zob. Ch. Starck, *Wolność badań naukowych i jej granice*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 3, s. 49–56.

⁶ L. Garlicki, *Uwaga 9 do art. 31*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, Warszawa 2003, s. 8.

⁷ Wyrok TK z dnia 18 lutego 2004 r., P 21/02, OTK-A2004, nr 2, poz. 9.

⁸ Wyrok TK z dnia 25 listopada 2008 r., K 5/08, OTK-A 2008, nr 9, poz. 159.

nienie w jednostkach naukowych, takich jak szkoły wyższe, instytuty naukowe. To sprawia, że wolność badań ma tylko w ogólnie pojętych ramach analogiczny sens do takich wolności, jak wolność słowa, wolność zgromadzeń. W literaturze przedmiotu i orzecznictwie dostrzega się „szczególną odpowiedzialność nauczycieli akademickich za świadczenie dydaktyki oraz uzyskiwanie wyników badań naukowych na możliwie najwyższym poziomie”⁹. Korzystanie z omawianych swobód nie jest zatem spontaniczne ani wolne od ocen zewnętrznych. Wolność badań naukowych jest chroniona w dużo większym stopniu niż niektóre wolności osobiste, na przykład deklarowana w tym samym przepisie wolność artystyczna czy wolność słowa, ale poniekąd i kształtowana przez regulacje prawne.

Podzielam pogląd Wojciecha Brzozowskiego, że dobrą metodą poznania wolności jest rozpoznanie jej ograniczeń¹⁰. Badania naukowe muszą sprostać pewnym ograniczeniom wewnętrznym i zewnętrznym. Te pierwsze polegają na respektowaniu standardów dotyczących kwalifikacji danego dzieła jako naukowego oraz standardów etycznych¹¹. W dalszej części opracowania będą one drugoplanowe. Ograniczenia zewnętrzne znajdują podstawę konstytucyjną. Wchodzi tu w grę ogólna klauzula limitująca ograniczenia z art. 31 ust. 3 Konstytucji, ale także wobec niektórych rodzajów badań art. 39 i 47. Podkreślić jednak trzeba, że nie wszystkie z materialnych podstaw ingerencji z art. 31 ust. 3 w swobodę badań mogą być w tym samym stopniu konieczne w demokratycznym państwie prawnym. W niektórych jednakże dziedzinach badań konieczność miarkowania wolności badań ze względu na rozwój technologiczny, związane z nim szanse, ale i zagrożenia np. dla zdrowia, środowiska naturalnego lub prywatności osób, może być nawet silniejsza niż przed powstaniem społeczeństw uprzemysłowionych.

Sytuacja, w której władza publiczna w drodze ustaw, a nawet i rozporządzeń wskazuje pozytywne obowiązki naukowców zatrudnionych w szkołach wyższych czy Polskiej Akademii Nauk, może być równie mocno oddziałująca na poczucie swobody badawczej jak inne formy ingerencji. Ewolucja prawa nauki i szkolnictwa wyższego, coraz głębsza instytucjonalizacja prawna prowadzenia i finansowania badań naukowych skłania do wniosku, że właśnie ta strona wpływu państwa poprzez ustawodawcę staje się coraz bardziej istotna tak dla teoretycznego ujęcia wolności nauki, jak i w praktyce dla funkcjonowania uczonych w całym systemie nauki i szkolnictwa wyższego.

⁹ Wyrok TK z dnia 28 kwietnia 2009 r., K 27/07, OTK-A 2009, nr 4, poz. 54.; M. Florczak-Wątor, *Uwagi do art. 73*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587806667/604107> [dostęp: 30.06.2021].

¹⁰ W. Brzozowski, *O pojęciu granic wolności sumienia i wyznania*, „*Studia Prawnicze*” 2007, z. 1(171), s. 68.

¹¹ Ch. Starck, *op. cit.*, s. 48.

W dotychczasowych badaniach prawniczych wokół wolności nauki i jej ograniczeń zewnętrznych, nie płynących z samej etyki nauki, przeważa rekonstruowanie jej modelu normatywnego. Jest to oczywiście perspektywa kluczowa. Wydaje się jednak, że nie wyczerpuje ona całego istniejącego *hic et nunc* rzeczywistego standardu wolności badań, zależnego także od całego spektrum okoliczności faktycznych wymagających dla rzetelnej oceny precyzyjnie dobranych badań empirycznych. Mogą i właściwie powinny być one prowadzone w analizie *ex post* skutków regulacji prawnej.

Załóżmy bowiem, że za pięć lat koszty życia w Polsce wzrosną o kilkadziesiąt procent, wynagrodzenia w szkolnictwie wyższym pozostaną nominalnie na dzisiejszym poziomie, a możliwości pozyskiwania środków zewnętrznych dla badacza jeszcze się skurczą w porównaniu z dzisiejszymi, zatrudniony zaś w uczelni co tydzień będzie zobowiązany składać sprawozdania ze swojej pracy dydaktycznej i naukowej. Takie hipotetyczne zmiany nie dotknęłyby meritum prowadzonych badań, nie wprowadziłyby zakazanych lub nakazanych kierunków badań ani cenzury w zakresie ich publikowania. Oczywiście jednak standard pracy badacza stałby się zagrożeniem dla jakości pracy naukowej, obniżyłby szanse prawdziwego, twórczego korzystania z wolności badań.

3. Stałe elementy otoczenia instytucjonalnego nauki

Badając przeobrażenia ustawodawstwa w sferze nauki i szkolnictwa wyższego po 1990 roku, dostrzec można, że mimo zmian do stałe regulowanych materii należą zwłaszcza:

- powstawanie i likwidacja szkół wyższych,
- ustrój szkół wyższych; są to w zasadzie regulacje ramowe, pozwalające w pewnych kwestiach na rozwinięcie lub konkretyzację w statutach uczelni,
- ogólne zasady dotyczące finansowania szkoły wyższej i jej mienia,
- zasady i procedury dotyczące zdobywania stopni naukowych i tytułu naukowego,
- ogólne wyznaczniki kwalifikacji wymaganych do zatrudnienia na odpowiednim stanowisku,
- elementy pragmatyki pracowniczej (sposób zatrudniania, prawa i obowiązki zatrudnionych),
- reprezentacja środowiska naukowego w systemie nauki (np. Rada Główna Nauki i Szkolnictwa Wyższego).

Regulacja prawna wymienionych materii co do zasady nie narusza ani autonomii uczelni, ani swobody badań naukowych. Dopiero przy szczegółowej anali-

zie może się okazać, że przekroczenie racjonalnego progu ingerencji choćby przez nadmierną szczegółowość i głębość unormowań narusza wolność akademicką.

Jeśli chodzi na przykład o szczególne akademickie prawo pracy, to już kilka poprzedniczek obecnej ustawy wskazywało w sposób ramowy wymagania konieczne do zatrudnienia na stanowiskach profesora, adiunkta, asystenta i innych. Oczywiście jest to konieczne, przynajmniej na takim właśnie ogólnym poziomie. Co najmniej zaś od momentu obowiązywania ustawy o szkolnictwie wyższym z 12 września 1990 roku¹² statuty uczelni mogą określać dodatkowe wymagania i kwalifikacje zawodowe osób zatrudnianych na tych stanowiskach. To również nie budzi zastrzeżeń, o ile atrybuty, którymi trzeba się wykazać, nie różnicują nadmiernie faktycznych szans osób pracujących naukowo w różnych dyscyplinach.

4. Europeizacja systemu szkolnictwa wyższego

Obowiązkiem władz publicznych jest tworzenie optymalnych warunków dla wolności badań naukowych, wolności nauczania oraz autonomii społeczności akademickiej. Stroną zobowiązaną jest także człowiek nauki. Każdy uczony ponosi odpowiedzialność za jakość i rzetelność prowadzonych badań oraz za wychowanie młodego pokolenia (ściślej byłoby powiedzieć: studentów). Wymienione tu dwie myśli wyrażone w preambule obowiązującej ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce znajdują oparcie w normach i zasadach konstytucyjnych i starszych od nich tradycjach akademickich. Znalezienie harmonijnej relacji między wolnością nauki a obowiązkami badaczy to delikatna materia.

Od ludzi nauki wymaga się więcej niż dawniej. Obecnie panuje powszechna zgoda, że nauka ma ogromne znaczenie dla kultury duchowej i materialnej społeczeństw, wpływa na rozwój ekonomiczny („gospodarka oparta na wiedzy”), słowem ma znaczenie dla interesu publicznego. Stosunkowo nowym zjawiskiem jest kształtowanie przez państwa, a także Unię Europejską polityki rozwoju nauki. Niezależnie od członkostwa w Unii w niemal wszystkich państwach europejskich wdrażane są standardy procesu bolońskiego¹³. Wynikająca z tego europeizacja prawa szkolnictwa wyższego sprawia, że podejście do swobody wolności naukowej oraz wyników nauczania ma być coraz bardziej porównywalne. W następstwie ustaleń bolońskich zakładana jest również porównywalność efektów kształcenia na poszczególnych

¹² Tekst pierwotny Dz. U. Nr 65, poz. 385.

¹³ Celem nadrzędnym uzgodnionym przez ministrów edukacji ogromnej większości państw europejskich w 1999 r. w Bolonii jest zwiększenie międzynarodowej konkurencyjności europejskiego systemu szkolnictwa wyższego. Cele podporządkowane to głównie: programy wymiany naukowej obejmującej kadry naukowe oraz studentów, zorganizowanie edukacji wyższej w dwóch cyklach (studiów I i II stopnia), porównywalność efektów kształcenia poprzez europejski system akumulacji i transferu punktów zaliczeniowych, czyli punkty ECTS.

stopniach szkolnictwa wyższego. Natomiast zalecenie Komitetu Ministrów Rady Europy z 20.06.2012 r.¹⁴ akcentuje znaczenie wolności akademickiej jako kategorii interesu publicznego demokratycznych społeczeństw i zasady, która powinna być przestrzegana w kształtowaniu przepisów i polityk mających zastosowanie do instytucji naukowo-badawczych i akademickich. I tu wolność nauki wprzężona jest w poszukiwanie najlepszych rozwiązań – rola państwa nie ogranicza się zatem do pozycji biernego obserwatora nauki.

Z tych powodów sytuacja badaczy (podobnie jak i zatrudniających ich jednostek naukowych) jest daleka od autonomii twórczej artysty, którą gwarantuje ten sam art. 73 Konstytucji.

5. Wolność nauki a zmiany systemowe w dziedzinie nauki i szkolnictwa wyższego

W ostatnich kilkunastu latach za przykłady stopniowego odchodzenia prawodawcy od liberalnego paradygmatu wolności „od” w badaniach naukowych oraz wolności nauczania mogą posłużyć:

- wprowadzenie oceny parametrycznej działalności jednostki naukowej, uwzględniającej wyniki działalności naukowej, zastosowania praktyczne wyników badań naukowych i prac rozwojowych oraz inne rodzaje aktywności jednostki naukowej i wyrażanie tego wyniku za pomocą przyznawania kategorii naukowych wprowadzono już ustawą o zasadach finansowania nauki z dnia 8 października 2004 r. w treści obowiązującej od września 2008 r.¹⁵;
- zmiany w systemie finansowym uczelni i badań naukowych. 1 października 2010 r. zapoczątkowana została działalność Narodowego Centrum Badań i Rozwoju oraz Narodowego Centrum Nauki związana z wyraźniejszym niż przedtem rozdzieleniem strumieni finansowania nauki z położeniem większego nacisku na korzystanie ze środków na projekty naukowe. Już w 2011 r. do polityki naukowej znajdującej wyraz w Prawie o szkolnictwie wyższym wprowadzono możliwość uzyskania przez wydziały premiowanego wyższymi dotacjami statusu Krajowego Naukowego Ośrodka Wiodącego. Obie te zmiany miały na celu wzmocnienie poprzez bodźce finansowe jakości i konkurencyjności badań. Czy cele te osiągnięto? Wydaje się, że co najwyżej miejscowo, za to nasila się traktowanie rezultatów badań naukowych jako pewnego rodzaju towaru, co odbiega od klasycznego etosu nauki;

¹⁴ Zalecenie (2012)7 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie odpowiedzialności władz publicznych za wolność akademicką i autonomię instytucjonalną.

¹⁵ T.j. Dz. U. z 2018 r., Nr 169, poz. 87.

- ewaluacja (czy ładniej to wyrażając: ocena) jednostek naukowych wprowadzona ustawą z dnia 30 kwietnia 2010 r. – Przepisy wprowadzające ustawy reformujące system nauki¹⁶.

Obecnie, według art. 267 ust. 1 Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce¹⁷, główne ustawowe kryteria ewaluacji to:

- poziom naukowy lub artystyczny prowadzonej działalności;
- efekty finansowe badań naukowych i prac rozwojowych;
- wpływ działalności naukowej na funkcjonowanie społeczeństwa i gospodarki.

Nie można zaprzeczyć, że każde z tych kryteriów jest w pewnym stopniu ważne, z zastrzeżeniem jednak, że efektywność finansowa czy wpływ na otoczenie społeczno-gospodarcze nie powinny przesłaniać poziomu naukowego, zwłaszcza w odniesieniu do badań podstawowych. Niezbyt precyzyjne – osobna kwestia, czy mogło być inne – ujęcie ustawowe musiało zostać doprecyzowane przepisami wykonawczymi¹⁸.

Przeobrażeniu podlega także korzystanie z wolności ogłaszania wyników badań, która stanowi ugruntowany w art. 73 Konstytucji element wolności naukowej przez zmienne i, jak się wydaje, coraz mniej przejrzyste praktyki ministra nauki i szkolnictwa wyższego w dziedzinie punktowania czasopism: jest formalnie wciąż zachowana, ale faktycznie stawia badaczy przed nieprzyjemnymi dylematami. Na przykład czasopismo, w którym hipotetyczny badacz chętnie od wielu lat publikował ze względu na prestiż i wysoką rozpoznawalność w środowisku, na zmienionej liście czasopism otrzymuje mniej punktów lub nawet zachowuje je, ale wyprzedza je kilka innych periodyków, mających mniejszą renomę i rozpoznawalność. Różnica między przykładowo 100 lub 40 punktami za publikację czy 5 punktami za artykuł w periodyku naukowym nieznajdującym się na ministerialnej liście czasopism jest zbyt pokązna. To wpływa na decyzje o sposobie rozpowszechnienia wyników pracy. Oczywiście polscy badacze mogą kierować się także międzynarodową rozpoznawalnością czasopisma naukowego, zwłaszcza ułożeniem periodyku na tzw. liście filadelfijskiej, a nie tylko ministerialnym komunikatem w sprawie wspomnianej punktacji. Trzeba jednak zaznaczyć, że wartość punktowa publikacji jest w jednostce zatrudniającej owego uczonego jednym z kryterium oceny pracowniczej. Ta zaś w każdej kategorii może być wyłącznie pozytywna albo negatywna.

¹⁶ Dz. U. Nr 96, poz. 620. Na mocy tej ustawy utworzono Komitet Ewaluacji Jednostek Naukowych (KEJN). Pierwszym aktem wykonawczym regulującym ewaluację było rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 13 lipca 2012 r. w sprawie kryteriów i trybu przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym (Dz. U. poz. 877 i z 2013 r. poz. 191).

¹⁷ T.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 478.

¹⁸ Rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z 22 lutego 2019 r. w sprawie ewaluacji jakości działalności naukowej, Dz. U. z 2019 r., poz. 392.

Pojawia się w tym kontekście kolejna wątpliwość. Presja zdobywania punktów – w warunkach wspomnianego wyżej niedoboru miejsc (także ze względu na wielu chętnych przy ograniczeniach liczby) – rozwiązywana jest metodą publikowania większej liczby artykułów w wydawnictwach nie tak dobrze punktowanych. Zakładając rzetelność naukową i przestrzeganie prawa autorskiego, i tak pojawia się większe ryzyko, właśnie przez liczbę tekstów naukowych w niektórych obszarach nauki, pewnej wtórności i miałości rozważań, powtarzalności wątków, cytowania tych samych źródeł w setkach, a nawet tysiącach opracowań.

Częściowe ograniczenie pola swobodnych decyzji na rzecz wymogów prawnoinstytucjonalnych, które wszak zawsze istnieją, dotknęło dydaktykę. Ustawą z dnia 18 marca 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym wprowadzono ustawy o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki oraz o zmianie niektórych innych ustaw. Wprowadzono Krajowe Ramy Kwalifikacji dla Szkolnictwa Wyższego (tj. opis przez określenie efektów kształcenia, kwalifikacji zdobywanych w polskim systemie szkolnictwa wyższego). Na jej podstawie wydano rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 4 listopada 2011 r. w sprawie wzorcowych efektów kształcenia. W konsekwencji ustalanie planów studiów i programów kształcenia miało odtąd uwzględniać efekty kształcenia zgodnie z Krajowymi Ramami Kwalifikacji dla Szkolnictwa Wyższego. Nie omawiam tu już następujących zmian w tej dziedzinie.

Na realizację zintegrowanego systemu kwalifikacji mającego racjonalne przesłanki trudno jednak patrzeć z entuzjazmem. Na różnych szczeblach organizacji dydaktyki w uczelniach znajdują się osoby, które ogromną ilość czasu nieprzeznaczonego na pracę dydaktyczną poświęcają na koordynację przedmiotowych efektów kształcenia z tymi wyższego stopnia. Znany jest przypadek uczelni, w której wydziałowe efekty kształcenia były sformułowane tak enigmatycznym językiem, że ocena zgodności efektów przedmiotowych z wydziałowymi wymagała jakiegoś nadzwyczajnego wtajemniczenia. Nie znaczy to, że studenci i komisje akredytujące kierunki studiów nie powinny znać programu zajęć i przystępnym językiem sformułowanych celów. Zdaje się, że nie zbadano wpływu normatywizacji efektów kształcenia formułowanych w różnego rodzaju dokumentach na jakość edukacji wyższej. Trudno więc dopatrzeć się tu racjonalności instrumentalnej (prakseologicznej).

6. Test proporcjonalności i racjonalność prakseologiczna

Nie można zaprzeczyć celowości wszystkich środków prowadzących do umiędzynarodowienia życia naukowego czy do poprawienia pozycji polskich uniwersytetów

na liście szanghajskiej, obecności polskich czasopism na tzw. liście filadelfijskiej¹⁹, powstaje jednak pytanie o dobór racjonalnym metod, nie tylko w wymiarze aksjologicznym, ale i instrumentalnym (prakseologicznym). Zasadne wydaje się raczej traktowanie tych celów jako służebnych wobec celu głównego – rozszerzenia poznania naukowego z zachowaniem metodologii naukowej, a nie jako celów autotelicznych. Wydaje się zasadne odniesienie wymogu proporcjonalności do ustanawiania nowych obowiązków pracownika nauki dotyczących wartościowania prowadzonych badań. Zasada proporcjonalności ma znaczenie także dla oceny nakazów i wymogów nakładane na uczelnie, a te, nawiasem mówiąc, często wtórnie oddziałują na obowiązki nauczycieli akademickich. „Warunki o charakterze materialnoprawnym wiążą się z szeroko rozumianą w orzecznictwie Trybunału zasadą proporcjonalności. Na konstytucyjną zasadę proporcjonalności sensu largo składają się: 1) stwierdzona w postępowaniu legislacyjnym konieczność wprowadzenia nowej regulacji ze względu na niezbędność ochrony interesu publicznego. O ile względnie łatwo można przesądzić sprawę owej konieczności w odniesieniu do pewnych zewnętrznych ograniczeń wolności nauki podyktowanych ochroną wolności i praw innych osób, o tyle trudno powiedzieć, co dokładnie jest niezbędne w zakresie pozytywnych obowiązków człowieka nauki dla ochrony interesu publicznego; 2) celowość (ukształtowanie nowej regulacji w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzonego skutku). Test celowości wydaje się bardziej miarodajny w naukach medycznych czy naukach technicznych niż w humanistycznych i społecznych. W tych dwóch ostatnich efekt nawet najlepiej pomyślanych reform w organizacji i finansowaniu badań może być znacznie trudniejszy do jednoznacznej oceny; 3) proporcjonalność *sensu stricto* (zachowanie proporcji między efektami wprowadzonej regulacji a ciężarami, względnie niedogodnościami, wynikającymi z niej dla obywateli²⁰).

Wróćmy tu do postulatu racjonalności prakseologicznej w tworzeniu prawa. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego ustalono, że „ustawodawca powinien tak kształtować normy prawne, by stanowiły one najskuteczniejszy środek osiągnięcia założonego celu działalności prawodawczej” oraz „dokonać oceny skutków ubocznych wprowadzonej regulacji w związku z wartością celu, do którego ta regulacja zmierza”²¹.

W związku z analizą funkcjonowania niektórych instytucji systemu prawa o szkolnictwie wyższym, kluczowych z perspektywy sytuacji uczonych, nasunąć

¹⁹ Właściwa nazwa *The Master Journal List*. Popularne określenie „lista filadelfijska” pochodzi od lokalizacji Instytutu Informacji Naukowej (*Institute for Scientific Information, ISI*) – koordynatora tej bazy – w Filadelfii.

²⁰ Por. wyroki TK z dnia 27 kwietnia 1999 r., sygn. P. 7/98, OTK ZU nr 4/1999, poz. 72, pkt. 4 oraz z dnia 14 czerwca 2004 r., sygn. SK 21/03, OTK ZU nr 6/A/2004, poz. 56, pkt. 3.

²¹ Wyroki TK z dnia 16 lipca 2009 r., Kp 4/08, OTK-A 2009, nr 7, poz. 112 i z dnia 15 października 2013 r., P 26/11, OTK-A 2013, nr 7, poz. 99.

powinny się pytania: czy obecne regulacje prawne służą swobodzie twórczej, badaniom podstawowym i rozwojowi wiedzy? Czy działania nakazane służą realizacji tych celów, a w konsekwencji ustalenie, czy są one eufunkcjonalne czy dysfunkcjonalne. Tę relację obu czynników akurat w sferze działalności naukowej powinno się rozważać przy uwzględnieniu specyfiki różnych rodzajów badań (podstawowe, stosowane), dyscyplin naukowych i innych uwarunkowań faktycznych, na które badacz nie ma wpływu. Trudność pogłębia to, że całkiem liczne wymagania formalnie nakładane na uczelnię faktycznie w dużym stopniu obciążają pracowników naukowo-dydaktycznych.

Rozważając pewne obowiązki według testu konieczności i biorąc pod uwagę czynniki decydujące o prawie szkolnictwa wyższego, włączając w nie także organy uczelni mające kompetencję do stanowienia wewnętrznych przepisów, zwykle widzi się je przez pryzmat wyznaczników jakości w kategoriach systemowych istotnych, takich jak publikacje w renomowanych czasopismach²², udział w międzynarodowych zespołach badawczych, potencjał komercyjnego wykorzystania wyników badań, otwartości na otoczenie społeczno-gospodarcze i inne.

7. O potrzebie stosowania podejścia deskryptywnego

W innych niż prawne naukach społecznych równie często stosuje się podejście deskryptywne²³ powiązane z kontekstem społecznym i kulturowym przedmiotu badań, z zaangażowaniem metod empirycznych do ustalenia stanu rzeczywistego, co można jako kontekst pozasystemowy uwzględnić w ocenie obowiązującego prawa. Mamy przecież człowieka nauki coraz gorzej wynagradzanego względem przedstawicieli innych zawodów, a uwikłanego w coraz więcej ról i oczekiwań związanych z efektywnością i jakością pracy. Pamiętać warto, że uczeni są także dydaktykami i nakładanie na nich zbyt wielu obowiązków związanych z obsługą własnych badań i różnymi czynnościami faktycznie administracyjnymi niesie pewne ryzyko związane z ograniczaniem czasu potrzebnego dla twórczego i ciekawego prowadzenia zajęć dydaktycznych. Nie trzeba chyba specjalnie uzasadniać obserwacji, że dla wielu badaczy zatrudnionych w jednostkach naukowych prawdziwym wyzwaniem jest takie gospodarowanie czasem, by starczyło go na rzetelne sprostanie wszystkim obowiązkom na polu nauki, dydaktyki i zajęć organizacyjnych. Notoryjnie znana

²² Skutkiem tzw. ekonomii prestiżu czasopism jest stały niedobór możliwości publikacji w kilku czołowych periodykach. Ich elitarność często stanowi funkcję owego niedoboru. Zob. M. Kwiek, *Ekonomia prestiżu uniwersyteckiego. Ilościowe ujęcie najlepszych czasopism na przykładzie dziedziny badań nad szkolnictwem wyższym*, „Nauka i Szkolnictwo Wyższe”, nr 1-2/2019, s. 12.

²³ O normatywnym i deskryptywnym podejściu do przedmiotu badań zob. J. Sobczak, *Wolność korzystania z dóbr kultury – standardy europejskie i konstytucyjna rzeczywistość polska*, [w:] *Prawna ochrona dóbr kultury*, red. T. Gardocka, J. Sobczak, Toruń 2009, s. 10.

jest prawda, że zbyt wiele zaangażowania, które nie leży ani po stronie twórczego myślenia, ani w sferze zajęć poświęconych bezpośrednio studentom, przyczynia się do ograniczenia czasu na działalność twórczą. W ostatnich kilkunastu latach w Polsce często zdarza się, że zatrudnieni na stanowiskach naukowo-dydaktycznych mają czas na realne badania – mowa tu o kilku nieprzerwanych godzinach pracy – jeden dzień w tygodniu. W niektórych miesiącach nawet to nie jest możliwe. W takich warunkach powstaje ryzyko barier w rozwoju naukowym.

Podsumowanie

Reformy wdrażane w sektorze nauki w Polsce od początków obecnego stulecia pozwalają stwierdzić, że powstała nowa dynamika w relacji swobody prowadzenia zawodowej pracy naukowej z obowiązkami ludzi nauki. Aktualnego znaczenia nabiera nie tylko wolność myśli, wyboru w swojej dyscyplinie ścieżki badań, ale także wolności negatywnej, a szczególnie od nadmiernej ingerencji, która przybierać może postać infuzji praktyk i wymagań typowych dla administracji lub zarządzania w działalności biznesowej.

Ustawowe rozwinięcie nawet zasadniczo trafnych założeń wymaga szczególnie rozważnie dobranej metody regulacji. Od kilkunastu lat realizuje się koncepcję porównywalności efektów badań w różnych uczelniach oraz efektów kształcenia w nich. W dużym stopniu wynika to z potrzeb wymiany naukowej i dydaktycznej, leżących u podstaw systemu bolońskiego. Jest to także pochodną sprzężenia oceny jakości badań naukowych z wielkością finansowania uczelni. Wydaje się, że coraz ściślejsza regulacja prawna materii dorobku naukowego i jego wpływu na ewaluację jednostek naukowych czy wreszcie ich finansowanie składa się na postępujący, chociaż nie w każdym aspekcie jednakowo, proces reglamentacji wolności nauki. W pewnych sferach działalności ludzi nauki ich badania naukowe przestają być całkowicie domeną swobodnych decyzji co do wyboru przedmiotu studiów i analiz, tym bardziej dotyczy to miejsca publikacji.

Ocena skutków obowiązujących regulacji w prawie nauki powinna obejmować ich skutki uboczne dla swobody badań. Jestem zdania, że nie mogą być one badane wyłącznie metodą formalno-dogmatyczną. Ocena prawodawstwa w sektorze nauki powinna uwzględniać też badania socjologiczne w zakresie funkcjonowaniu instytucji naukowych jako instytucji społecznych, badania z perspektywy nauk o zarządzaniu, analizy przypadków (*case study*) oraz badania statystyczne. Analiza normatywna w omawianej sprawie powinna być – dla pełnego obrazu – uzupełniona ujęciem deskryptywnym (opisowym), biorącym pod uwagę kontekst społeczny, kulturowy przedmiotu badań i łączącym je z zaangażowaniem metod empirycznych do ustalenia stanu rzeczywistego. Pozwala to ustalić, jaki jest kształt

czy też prawdziwy obraz funkcjonowania jakiejś instytucji społecznej. W innych niż prawne naukach społecznych często stosuje się takie podejście. Może warto więc perspektywę prawniczą wolności akademickiej wzbogacić podejściem interdyscyplinarnym. Pozwoliłoby to uchwycić pewne zależności przyczynowo-skutkowe między treścią norm prawnych a funkcjonowaniem człowieka nauki w systemie szkolnictwa wyższego, włącznie z jego potencjałem twórczym.

Nasuwa się myśl, że w nauce prawa, a także na forum różnych organizacji reprezentujących środowisko naukowe powinno poświęcać się więcej refleksji temu, czy poszczególne obowiązki wynikające z ustaw w sektorze nauki oraz łączny zakres obowiązków we wszystkich sferach związanych z pracą naukowo-dydaktyczną w uczelniach wyższych nie wydrąża wolności nauki z ich istotnej treści.

Literatura

- Biłgorajski A., *Konstytucyjna wolność badań naukowych*, [w:] *Konstytucyjna wolność badań naukowych a ochrona pracy naukowej. Studium przypadków z nauk ścisłych eksperymentalnych*, red. A. Chorążewska, A. Biłgorajski, Katowice 2018.
- Brzozowski W., *O pojęciu granic wolności sumienia i wyznania*, „Studia Prawnicze” 2007, z. 1(171).
- Florczak-Wątor M., *Uwagi do art. 73*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019.
- Garlicki L., *Uwaga 9 do art. 31*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, red. L. Garlicki, Warszawa 2003.
- Garlicki L., *Uwaga 6 do art. 73*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, red. L. Garlicki, Warszawa 2003.
- Jabłoński M., *Wolności z art. 73 Konstytucji RP*, [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002.
- Jarosz-Żukowska S., Żukowski Ł., *Wolność badań naukowych i nauczania*, [w:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2014.
- Królikowski M., Szczucki K., *Uwagi do art. 73*, [w:] *Konstytucja RP*, t. 1, *Komentarz art. 1-86*, red. L. Bosek, M. Safjan, Warszawa 2016.
- Kwiek M., *Ekonomia prestiżu uniwersyteckiego. Ilościowe ujęcie najlepszych czasopism na przykładzie dziedziny badań nad szkolnictwem wyższym*, „Nauka i Szkolnictwo Wyższe” 2019, nr 1-2.
- Sobczak J., *Wolność korzystania z dóbr kultury – standardy europejskie i konstytucyjna rzeczywistość polska*, [w:] *Prawna ochrona dóbr kultury*, red. T. Gardocka, J. Sobczak, Toruń 2009.
- Starck Ch., *Wolność badań naukowych i jej granice*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 3.

Rafał Bucholski

Uniwersytet Zielonogórski
ORCID 0000-0002-5937-1485
r.bucholski@wpa.uz.zgora.pl

Czynności bankowe w świetle ustaw bankowych, cz. 2

Słowa kluczowe: bank, czynności bankowe, działalność banku, usługi bankowe, outsourcing, banki hipoteczne, banki spółdzielcze

Streszczenie. Czynności bankowe są podstawowym i istotnym elementem prowadzenia przez bank działalności. Pojęcie to nie jest jednak zdefiniowane przez ustawodawcę, a sam ich katalog, ze względu na swoją złożoną strukturę i ujęcie samych czynności bankowych w kilku ustawach, budzi w literaturze przedmiotu określone wątpliwości. W literaturze czynności bankowe są często zastępowane pojęciem usług bankowych. Celem artykułu jest przedstawienie poglądów doktryny w tym obszarze oraz próba usystematyzowania wiedzy w prezentowanym zakresie.

Banking activities in the light of banking acts, part 2

Keywords: bank, banking activities, bank activity, banking services, outsourcing, mortgage banks, cooperative banks

Summary. Banking activities are the basic and essential element of the bank's activity. However, this concept is not defined by the legislator, and the catalog of banking activities, due to its complex structure and the inclusion of banking activities in several acts, raises certain doubts in the literature on the subject. In the literature, banking activities are often replaced by the term banking services. The aim of the article is to present the views of the doctrine in this area and an attempt to systematize this knowledge.

Outsourcing czynności bankowych

Wraz z rozwojem rynku usług bankowych i wzrostem konkurencji w tym zakresie można zauważyć globalny trend do obniżania kosztów działalności przez banki poprzez wykorzystywanie tzw. outsourcingu. Outsourcing jest pojęciem, które powstało na gruncie nauk ekonomicznych i oznacza przeniesienie niektórych czynności z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa (outsourcera) na inne podmioty (insourcerów) prowadzące działalność gospodarczą. Na słowo „outsourcing” składają się trzy angielskie słowa – *outside resource using* (tzn. używanie zasobów ze-

wewnętrznych)¹. Jako podstawy wykształcenia się outsourcingu podaje się wizję zarządzania przedsiębiorstwem opartą na założeniu, że przedsiębiorstwo powinno koncentrować się na podstawowej działalności przynoszącej jemu wartość, natomiast pozostałe czynności powinno ono powierzyć podmiotom specjalizującym się w ich wykonywaniu². Outsourcing może być także postrzegany jako przedsięwzięcie restrukturyzacyjne polegające na wydzieleniu ze struktury organizacji niektórych funkcji i przekazanie ich do realizacji innym podmiotom, a także jako pewien stały model funkcjonowania organizacji polegający z założenia na realizacji niektórych funkcji przy współpracy z innymi podmiotami³.

W sferach gospodarki nieobjętych tak rygorystycznymi normami ostrożnościowymi jak prowadzenie działalności przez banki, outsourcing jest poddany procesom wolnorynkowym. Jednak problematyka outsourcingu w bankowości jest znacznie bardziej skomplikowana. Jest to wynikiem wielu zaostrzonych rygorów, które musi spełnić przedsiębiorstwo bankowe w porównaniu z przedsiębiorstwami niebędącymi bankami oraz obowiązkami spoczywającymi na bankach. Problematyka outsourcingu czynności bankowych obejmuje zagadnienia nadzoru bankowego, tajemnicy bankowej, ryzyka ponoszonego przez banki oraz ochrony praw klientów. Mimo wyższego stopnia skomplikowania dokonywania outsourcingu przez banki niż przez inne podmioty gospodarcze, według badań Generalnego Inspektora Nadzoru Bankowego już 20 lat temu ponad 80% wszystkich banków korzystało w prowadzonej działalności z outsourcingu⁴.

Potrzeba nowelizacji ustawy Prawo bankowe, dostosowującej przepisy do potrzeb gospodarki prowadzonej przez banki, uwidoczniła się w dyskusji prowadzonej na łamach prasy prawniczej⁵. W związku z nieuregulowanym stanem prawnym istniały spory dotyczące możliwości stosowania tej instytucji przez banki oraz warunków jej dopuszczalności. W efekcie prac legislacyjnych dokonano nowelizacji

¹ R. Juchno, R.W. Kaszubski, *Outsourcing w działalności bankowej*, „Głosa” 2001, nr 6, s. 5.

² M. Spyra, A. Waclawik, *Regulacje outsourcingu czynności bankowych w wybranych systemach prawnych – uwagi porównawcze na tle art. 6a-d projektu nowelizacji prawa bankowego*, „Prawo Bankowe” 2003, nr 11, s. 47.

³ A. Nosowski, *Outsourcing w polskich i europejskich instytucjach finansowych*, [w:] *Przekształcenia rynku finansowego w Polsce*, t. II, *Problemy zarządzania finansami przedsiębiorstw*, red. P. Karpuś, J. Węclawski, Lublin 2005, s. 137.

⁴ Pismo GINB nr NB-BPN-I-022-13/02 z dnia 15 marca 2002 r. skierowane do prezesów banków w sprawie outsourcingu („Głosa” 2002, nr 8, s. 40; „Prawo Bankowe” 2002, nr 4, s. 83).

⁵ R. Juchno, R.W. Kaszubski, *Outsourcing wybranych czynności bankowych*, „Głosa” 2001, nr 8, s. 5 i nast.; R.W. Kaszubski, *Outsourcing w bankach*, „Głosa” 2002, nr 9, s. 6 i nast.; M. Krzysztofek, *Outsourcing a tajemnica bankowa. Stan aktualny i postulaty de lege ferenda*, „Prawo Bankowe” 2003, nr 9, s. 33 i nast.; P. Babiarz, *Dopuszczalność zlecenia przez bank wykonywania niektórych czynności podmiotom zewnętrznym*, „Monitor Prawniczy” 2000, nr 10, s. 634 i nast.; P. Babiarz, *Udostępnianie przez bank danych klientów*, „Monitor Prawniczy” 2001, nr 5, s. 327 i nast.

ustawy Prawo bankowe⁶, wprowadzając do ustawy art. 6a-d regulujące zagadnienia dotyczące outsourcingu czynności bankowych.

Zgodnie z art. 6a ust. 1 pr. bank. bank może, w drodze umowy pisemnej, powierzyć przedsiębiorcy lub przedsiębiorcy zagranicznemu⁷ wykonywanie wyłącznie pośrednictwa w zakresie czynności bankowych na podstawie umowy agencyjnej⁸ (zgodnie z art. 6a ust. 2 pr. bank. obligatoryjnie dla czynności określonych w art. 6a ust. 1 pkt 1 lit. a-j pr. bank.) oraz czynności faktycznych związanych z działalnością

⁶ Ustawa z dnia 1 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy – Prawo bankowe oraz o zmianie innych ustaw (Dz. U. Nr 91, poz. 870). Ustawa zaczęła obowiązywać od dnia 1 maja 2004 r.

⁷ T. Dukiet-Nagórska, *Rodzaje umów outsourcingowych zawieranych przez banki*, „Biuletyn Bankowy BSI” 2005, nr 11, s. 7; A. Korzeniowska, *Wybrane aspekty prawne stosowania outsourcingu w bankach komercyjnych w Polsce*, [w:] *Przekształcenia rynku finansowego w Polsce*, t. I, *Instytucje finansowe i mechanizmy ich funkcjonowania*, red. P. Karpuś, J. Węclawski, Lublin 2005, s. 127.

⁸ Umowę agencyjną regulują przepisy art. 758 i nast. k.c. Jednak regulacja ta jest odmienna od regulacji umowy agencyjnej wynikającej z przepisu art. 6a ust. 1 pkt 1 pr. bank. W pierwszym przypadku ustawodawca zdefiniował umowę agencyjną jako stałe pośrednictwo w zawieraniu umów na rzecz dającego zlecenie przedsiębiorcy albo do zawierania ich w jego imieniu. Wynika z tego, że w k.c. ustawodawca użył alternatywy rozłącznej, regulując dwie formy umowy agencyjnej, tj. umowę agencyjną o typie pośrednictwa oraz umowę agencyjną o typie przedstawicielstwa. W związku z zasadą swobody kształtowania stosunku umownego przez strony wynikającą z art. 353¹ k.c., na podstawie przepisów kodeksowych może powstać trzeci typ umowy agencyjnej, mianowicie umowa agencyjna o typie mieszanym (tj. pośrednictwa i pełnomocnictwa). Z kolei art. 6a ust. 1 pkt 1 pr. bank. wyraźnie wskazuje, opierając się na wykładni językowej, na możliwość zawarcia przez bank i przedsiębiorcę jedynie mieszanej umowy agencyjnej (bank może powierzyć przedsiębiorcy wykonywanie pośrednictwa w zakresie czynności bankowych na podstawie umowy agencyjnej w imieniu i na rzecz banku). Użycie koniunkcji wydaje się celowym zabiegiem ustawodawcy i ogranicza w tym przypadku swobodę kształtowania stosunku umownego przez strony. Inna, bardziej liberalna interpretacja przepisu 6a ust. 1 pkt 1 pr. bank. mogłaby podważać sens dokonywania takich regulacji w pr. bank. i całkowicie scedowanie unormowań dotyczących na postanowienia k.c., a przeciwieństwem art. 6a-6d, jak i całego pr. bank. jest dbanie o stabilność finansową banków i całego systemu bankowego oraz zapewnienie odpowiedniego funkcjonowania nadzoru nad działalnością banków, co bez wątpienia jest spowodowane obowiązkiem ochrony dóbr publicznych. Cechę charakterystyczną pośrednictwa stanowi to, że pośrednik nie jest w stosunku podporządkowania do dającego zlecenie i nie ma obowiązku wykonania zlecenia. Działa on na własny rachunek i na własne ryzyko (L. Ogiełło, hasło: *pośrednictwo*, [w:] *Wielka Encyklopedia Prawa*, red. E. Smoktunowicz i C. Kosikowski, Białystok-Warszawa 2000, s. 705). Natomiast, zgodnie z art. 96 k.c., pełnomocnictwo jest umocowaniem do działania w cudzym imieniu (tj. w tym przypadku w imieniu banku). Analiza definicji umowy agencyjnej, pośrednictwa oraz pełnomocnictwa i wynikające z nich różnice prowadzą do wniosku, że ustawodawca nieprzypadkowo określił w art. 6a ust. 1 pkt 1 pr. bank. możliwość zawierania umowy agencyjnej jedynie w formie umowy agencyjnej typu mieszanego. Chodzi o to, aby czynności bankowe były dokonywane w imieniu i na rachunek banku ze względu m.in. na możliwość skutecznego nadzoru nad działalnością powierzoną. Por. R.R. Zdzieborski, *Outsourcing w działalności bankowej. Zagadnienia podstawowe (cz. I)*, „Prawo Bankowe” 2005, nr 11, s. 54; M. Sfora, *Outsourcing bankowy w świetle znowelizowanych przepisów prawa bankowego*, „Głosa” 2004, nr 7, s. 10-11; K. Kohutek, *Komentarz do art. 6a pr. bank.*, [w:] *Prawo bankowe. Komentarz*, t. I, red. F. Zoll, Kraków 2005, s. 120-121; M. Olszak, *Powierzenie przez bank podmiotom zewnętrznym wykonywania czynności związanych z działalnością bankową (outsourcing) w świetle znowelizowanej ustawy Prawo bankowe – wybrane zagadnienia*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2004, nr 7, s. 4-5; B. Smykła, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 53.

bankową (np. odbieranie od klientów wniosków kredytowych oraz dokumentów niezbędnych do zbadania zdolności kredytowej)⁹. Pośrednictwo w zakresie czynności bankowych może być wykonywane tylko w imieniu i na rzecz banku je zlecającego. Ponadto art. 6a ust. 1 pkt 1 lit. a-m pr. bank. enumeratywnie¹⁰ wskazuje, że pośrednictwo w zakresie czynności wymienionych w art. 5 i 6 polega na:

- zawieraniu i zmianie umów rachunków bankowych, o których mowa w art. 49 ust. 1, według wzoru zatwierdzonego przez bank,
- zawieraniu i zmianie umów kredytów i pożyczek pieniężnych udzielanych osobom fizycznym, w tym kredytu konsumenckiego w rozumieniu ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim,
- zawieraniu i zmianie umów kredytów i pożyczek pieniężnych dla mikroprzedsiębiorców i małych przedsiębiorców w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców,
- zawieraniu i zmianie umów ugody w sprawie spłaty kredytów i pożyczek, o których mowa w lit. b i c,
- zawieraniu i zmianie umów dotyczących ustanowienia prawnego zabezpieczenia kredytów i pożyczek, o których mowa w lit. b i c,
- zawieraniu i zmianie umów o kartę płatniczą, których stroną jest konsument oraz mikroprzedsiębiorca i mały przedsiębiorca w rozumieniu ustawy, o której mowa w lit. c,
- przyjmowaniu wpłat, dokonywaniu wypłat oraz obsłudze czeków związanych z prowadzeniem rachunków bankowych przez ten bank,
- dokonywaniu wypłat i przyjmowaniu spłat udzielonych przez ten bank kredytów i pożyczek pieniężnych,
- przyjmowaniu wpłat na rachunki bankowe prowadzone przez inne banki,
- przyjmowaniu dyspozycji przeprowadzania bankowych rozliczeń pieniężnych związanych z prowadzeniem rachunków bankowych przez ten bank,
- wykonywaniu czynności związanych z emitowaniem i przechowywaniem bankowych papierów wartościowych oraz innych papierów wartościowych, a także

⁹ Należy zgodzić się z poglądem wyrażonym przez Teresę Dukiet-Nagórką (*Rodzaje umów outsourcingowych...*, „Biuletyn Bankowy BSI” 2005, nr 11, s. 7), że oddzielne użycie przez ustawodawcę w art. 6a ust. 1 pkt 1 i 2 pr. bank. pojęć „czynności wymienione w art. 5 i 6 pr. bank.” oraz „czynności faktyczne związane z działalnością bankową” nie jest przypadkowe, a wyrażenia te nie są synonimami.

¹⁰ Enumeratywnie zostały wyliczone czynności, których wykonanie powierzający może przekazać na podstawie umowy bez uzyskiwania na to oddzielnych pozwoleń. Natomiast katalog ten został otwarty przez przepis art. 6a ust. 1 pkt 1 lit. m pr. bank. w tym sensie, że inne czynności bankowe mogą być powierzane przez bank po uzyskaniu zezwolenia KNF. Tak więc zamknięty jest katalog czynności, które bank może powierzać na podstawie wewnętrznej decyzji. Jednak w przypadku potrzeby istnieje możliwość powierzenia innych, niewymienionych w tym katalogu, czynności przez bank, ale tylko za zgodą KNF (por. T. Dukiet-Nagórska, *Rodzaje umów outsourcingowych...*, „Biuletyn Bankowy BSI” 2005, nr 11, s. 7).

- wykonywaniu innych czynności zleconych związanych z emisją i obsługą papierów wartościowych,
- windykacji należności banku,
 - wykonywaniu innych czynności po uzyskaniu zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego.

Zgodnie z art. 6a ust. 3 pr. bank. outsourcingowi nie może podlegać zarządzanie bankiem, a w szczególności zarządzanie ryzykiem związanym z prowadzeniem działalności bankowej, w tym zarządzanie aktywami i pasywami, dokonywanie oceny zdolności kredytowej i analiza ryzyka kredytowego (pkt 1) oraz przeprowadzanie audytu wewnętrznego banku (pkt 2).

Powierzenie wykonywania czynności bankowych określane jest mianem outsourcingu agencyjnego, natomiast powierzenie wykonywania czynności faktycznych związanych z działalnością bankową – outsourcingiem funkcji operacyjnych¹¹. Ponadto od początku bezsporne było, zgodnie ze stanowiskiem GINB, wyrażonym w piśmie GINB nr NB-BPN-I-022-70/04 z dnia 21 grudnia 2004 r. w sprawie rekomendowanych kierunków interpretacyjnych przepisów ustawy – Prawo bankowe dotyczących outsourcingu, że dokonywanie podzleceń wykonywania zleconych przez banki czynności jest prawnie wykluczone, gdyż zgodnie z art. 6a ust. 1 pr. bank., stroną pisemnej umowy outsourcingowej zawsze musi być bank¹².

Odpowiedzialność banku za szkody wyrządzone klientom wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy outsourcingowej nie może zostać ograniczona ani tym bardziej wyłączona (art. 6b ust. 2 pr. bank.). Ma to duże znaczenie, szczególnie w związku z praktykowanym w bankowości procesem outsourcingu czynności windykacyjnych banku, gdyż jeszcze nie tak dawno temu usługi świadczone przez firmy windykacyjne w rażący sposób odbiegały od standardów państwa prawa. Obecnie, dzięki uregulowaniu tego procesu przez Prawo bankowe, klient banku, który z różnych przyczyn popada w zwłokę w spłacie np. kredytu, posiada silniejszą pozycję prawną w stosunku nie tyle do banku, co do firmy windykacyjnej¹³.

Nadzór nad wykonywaniem czynności bankowych przekazanych przedsiębiorcy lub przedsiębiorcy zagranicznemu w drodze umowy outsourcingu sprawuje KNF. Zakres i sposób jego wykonywania oraz warunki, które musi spełnić bank przy zawieraniu takiej umowy reguluje art. 6c i 6d pr. bank.

¹¹ R.R. Zdzieborski, *Outsourcing agencyjny w działalności bankowej*, „Biuletyn Bankowy BSI” 2005, nr 11, s. 13.

¹² „Rachunkowość Bankowa” 2005, nr 2, s. 78-85.

¹³ A. Rychter, *Outsourcing procesu windykacji należności bankowych*, „Biuletyn Bankowy BSI” 2005, nr 11, s. 19-23.

Poczta Polska

Zagadnienia dotyczące outsourcingu czynności bankowych reguluje także ustawa z dnia 5 września 2008 r. o komercjalizacji państwowego przedsiębiorstwa użyteczności publicznej „Poczta Polska”¹⁴, zgodnie z którą Poczta Polska może występować jako insourcer czynności bankowych. Zgodnie z art. 12 ust. 1 pkt 5 ustawy o Poczcie przedmiotem działalności gospodarczej Poczty Polskiej S.A. może m.in. być pośrednictwo w wykonywaniu usług finansowych, w tym czynności bankowych.

Zgodnie z art. 14 ust. 1 pkt 2 ustawy o Poczcie w ramach pośrednictwa w wykonywaniu usług finansowych, o którym mowa w art. 12 ust. 1 pkt 5, Poczta Polska może na podstawie umowy zawartej z bankiem na piśmie wykonywać czynności, o których mowa w art. 6a ust. 1 pr. bank.

Znacznie szerzej w stosunku do przepisów art. 14 ust. 1 pkt 2 ustawy o Poczcie w zw. z art. 6a pr. bank. uregulowane zostały uprawnienia Poczty Polskiej w zakresie insourcingu czynności bankowych wykonywanych przez bank, w odniesieniu do którego Poczta Polska posiada prawo do wykonywania ponad 50% głosów na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy banku. Zgodnie z art. 14 ust 2 ustawy o Poczcie, Poczta Polska może na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez ten bank, w zakresie zgodnym z przedmiotem działalności banku określonym w jego statucie, wykonywać w jego imieniu i na jego rzecz czynności bankowe określone w art. 5 ust. 1 i 2 pr. bank.

W sytuacji udzielenia ww. pełnomocnictwa bank ma obowiązek zawiadomienia Komisji Nadzoru Finansowego o jego treści w terminie 7 dni od dnia jego udzielenia. Ustawodawca nie wskazał bezpośrednio sankcji za niedotrzymanie obowiązku, ale z treści kolejnych przepisów, a w szczególności art. 14 ust. 4 ustawy o Poczcie, można wywnioskować, że *de facto* pełnomocnictwo to w zakresie czynności, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 3-7 i ust. 2 pr. bank. będzie nieważne, dopóki KNF nie wyda odpowiedniego zezwolenia na wniosek banku i Poczty, który podmioty te powinny złożyć jeszcze przed udzieleniem pełnomocnictwa. Żeby określić to precyzyjnie, zgodnie z art. 14 ust. 4 ustawy o Poczcie „udzielenie przez bank pełnomocnictwa do wykonywania czynności, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 3-7 i ust. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe, może nastąpić po uzyskaniu zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego. Zezwolenie jest wydawane na wspólny wniosek banku i Spółki i określa czynności, które Spółka może wykonywać w jego imieniu i na jego rzecz”. Czyli rekapitulując – bank udziela pełnomocnictwa, zawiadamia o jego treści KNF w terminie 7 dni od jego udzielenia, ale udzielenie pełnomocnictwa jest możliwe dopiero po uzyskaniu zezwolenia od

¹⁴ T.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 2064, zwana dalej ustawą o Poczcie.

KNF, w którym tenże określa czynności, które Poczta może wykonywać w imieniu i na rzecz banku.

KNF udziela zezwolenia, o którym mowa w art. 14 ust. 4 ustawy o Poczcie, jeżeli: nie zostanie zakłócone ostrożne i stabilne zarządzanie bankiem; bank i Poczta Polska będą posiadać wiarygodne plany działania zapewniające ciągłe i niezakłócone wykonywanie czynności, o których mowa w ust. 2; zostanie zapewnione wykonywanie przez bank skutecznej kontroli wewnętrznej, możliwość wykonywania obowiązków biegłego rewidenta banku oraz ochrona tajemnicy prawnie chronionej w zakresie czynności powierzonych przez bank Poczcie Polskiej; bank będzie mógł kierować do Poczty Polskiej wiążące zalecenia dotyczące wykonywania umowy obejmującej pełnomocnictwo do działania w imieniu banku.

Do wykonywania przez Poczty Polską działalności określonej w art. 14 w ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy o Poczcie stosuje się wprost przepisy ustawy Prawo bankowe.

Działalność Spółki określona w ust. 2 podlega nadzorowi sprawowanemu przez Komisję Nadzoru Finansowego na zasadach określonych w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe i ustawie z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym¹⁵.

Rozważania naukowe w zakresie systematyki art. 14 ustawy o Poczcie oraz dotyczące sensu udzielania pełnomocnictwa po wydanym zezwoleniu w wyniku udzielonego pełnomocnictwa wykraczają poza granice niniejszego opracowania. Należy jedynie skonstatować, że w ciągu kilkunastu lat dość znacząco rozwinęła się bankowość elektroniczna, a obecnie znacznie poważniejszą część przychodów Poczta uzyskuje dzięki sprzedaży dewocjonaliów, poradników kulinarnych siostry Anastazji¹⁶ oraz bestsellerom takim jak np. „Domowe kiszonki, które leczą”¹⁷.

Czynności bankowe wykonywane przez banki spółdzielcze

Oprócz norm prawnych dotyczących czynności bankowych zawartych w ustawie Prawo bankowe, w polskim systemie prawnym występują także inne regulacje normatywne dotyczące tego zagadnienia. Należy do nich zaliczyć przepisy dotyczące banków hipotecznych, banków spółdzielczych, Banku Gospodarstwa Krajowego oraz banków-reprezentantów działających na podstawie art. 78 i nast. ustawy z dnia 15 stycznia 2015 r. o obligacjach¹⁸. Działalność tych banków charakteryzuje się tym, że wykonują nie tylko czynności bankowe wymienione w art. 5 pr. bank., ale tak-

¹⁵ T.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 660.

¹⁶ <https://warszawa.wyborcza.pl/warszawa/7,54420,26625649,co-sprzedaje-poczta-polska-tym-razem-lawendowa-mafie-ks.html> [dostęp: 10.04.2022].

¹⁷ <https://rynek-ksiazki.pl/aktualnosci/ksiazkowa-oferta-swiateczna-na-poczcie/> [dostęp: 10.04.2022].

¹⁸ T.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 454.

że, a czasami wyłącznie, czynności bankowe powierzone w drodze ustawy jedynie im. Powodem takiego stanu rzeczy jest często próba nadania im specjalistycznego charakteru, opierając się o różnych kryteriach tej specjalizacji.

Działalność banków spółdzielczych, poza ustawą Prawo bankowe, regulowana jest ustawą z dnia 16 września 1982 r. Prawo spółdzielcze¹⁹, ustawą z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych²⁰ oraz przede wszystkim stanowiąca wobec nich *lex specialis*, ustawą z dnia 7 grudnia 2000 r. o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, ich zrzeszaniu się i bankach zrzeszających²¹. Należy podkreślić, że poza ustawą Prawo bankowe, wyłącznie ustawa o bank. spółdz. posługuje się pojęciem „czynności bankowe” dla określenia zakresu działalności banków podlegających obowiązywaniu danej ustawy²².

Aby prowadzić działalność, banki spółdzielcze muszą, podobnie jak banki działające w formie spółek akcyjnych, uzyskać wymagane przez Prawo bankowe zezwolenie Komisji Nadzoru Finansowego (art. 6 ust. 1 zd. 1 ust. o bank. spółdz.). Czynności wykonywane przez banki spółdzielcze muszą ponadto zostać określone w statucie banku. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 1-13 ust. o bank. spółdz., banki spółdzielcze mogą wykonywać we własnym imieniu i na własną rzecz²³ następujące czynności bankowe, polegające na:

- przyjmowaniu wkładów pieniężnych płatnych na żądanie lub z nadejściem oznaczonego terminu oraz prowadzeniu rachunków tych wkładów,
- prowadzeniu innych rachunków bankowych,
- udzielaniu kredytów,
- udzielaniu i potwierdzaniu gwarancji bankowych,
- przeprowadzaniu bankowych rozliczeń pieniężnych,
- udzielaniu pożyczek pieniężnych,
- udzielaniu pożyczek i kredytów konsumenckich w rozumieniu przepisów odrębnej ustawy,
- operacjach czekowych i wekslowych,
- świadczeniu usług płatniczych oraz wydawaniu pieniądza elektronicznego w rozumieniu ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1907 ze zm.),
- nabywaniu i zbywaniu wierzytelności pieniężnych,

¹⁹ T.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 648 ze zm.

²⁰ T.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1526 ze zm.

²¹ T.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 456, dalej zwana ustawą o bank. spółdz.

²² A. Kawulski, B. Smykla, *Pozycja banku w prawie polskim na tle regulacji Unii Europejskiej*, cz. II, „Radca Prawny” 2001, nr 6, s. 103.

²³ M. Karlikowska, *Szczególne zasady tworzenia i działania banków spółdzielczych*, [w:] *Polskie prawo bankowe*, L. Góral, M. Karlikowska, K. Koperkiewicz-Mordel, Warszawa 2003, s. 94.

- przechowywaniu przedmiotów i papierów wartościowych oraz udostępnianiu skrytek sejfowych,
- udzielaniu i potwierdzaniu poręczeń,
- wykonywaniu innych czynności bankowych w imieniu i na rzecz banku zrzeszającego.

Katalog ten jest inaczej skonstruowany niż katalog czynności bankowych określonych w Prawie bankowym. Ma on charakter zamknięty, a jego zakres, nieco węższy w stosunku do katalogu czynności bankowych określonego w art. 5 pr. bank., został i tak znacznie rozszerzony w stosunku do pierwotnie obowiązującego w poprzedniej ustawie. Należy podkreślić, że ustawodawca włączył do jednego katalogu czynności bankowych wykonywanych przez banki spółdzielcze zarówno czynności bankowe naturalne (podstawowe, *sensu stricto* – art. 6 ust. 1 pkt 1-5 ust. o bank. spółdz.), jak i czynności, które są czynnościami bankowymi, o ile wykonują je banki (*sensu largo* – art. 6 ust. 1 pkt 6-12).

Działalność banków spółdzielczych jest ograniczona nie tylko przedmiotowo. Zgodnie z art. 5 ust. 1 ust. o bank. spółdz., bank spółdzielczy może prowadzić swoją działalność jedynie na terenie powiatu, w którym znajduje się jego siedziba, oraz na terenie powiatów, w których w dniu wejścia w życie ust. o bank. spółdz. znajdowały się jego placówki wykonujące czynności bankowe, o których mowa w art. 6 ust. 1 ust. o bank. spółdz. Natomiast za zgodą swojego banku zrzeszającego może prowadzić działalność także na terenie sąsiadujących powiatów (art. 5 ust. 2 zd. 1 ust. o bank. spółdz.). Aby prowadzić działalność na terenie innych powiatów wymagana jest zgoda KNF (art. 5 ust. 2 zd. 2 ust. o bank. spółdz.). Ograniczenia dotyczące terytorialnego zasięgu prowadzonej przez bank spółdzielczy działalności ustawodawca pozwala znosić poprzez spełnienie odpowiednich wymogów kapitałowych. I tak, bank spółdzielczy posiadający kapitał założycielski wyższy niż równowartość 1 mln euro lecz niższy niż równowartość 5 mln euro może prowadzić działalność na terenie województwa, w którym znajduje się jego siedziba, oraz na terenie powiatów, w których znajdują się jego placówki wykonujące czynności bankowe, o których mowa w art. 6 ust. 1 ustawy. Natomiast całkowicie zwolniony z ww. ograniczeń jest bank spółdzielczy posiadający kapitał założycielski o równowartości co najmniej 5 mln euro, który może prowadzić działalność na obszarze całego kraju.

Ustawodawca ograniczył również możliwość wykonywania niektórych z tych czynności w zakresie podmiotowym, wskazując warunki, jakie muszą zostać spełnione przez potencjalne strony umowy z bankiem (art. 6 ust. 2 ust. o bank. spółdz.)²⁴.

Poza katalogiem czynności wskazanym w pkt. 1-12 art. 6 ust. 1 ustawy, ustawodawca wprowadził możliwość wykonywania przez bank spółdzielczy innych czyn-

²⁴ M. Karlikowska, *Szczególne zasady tworzenia i działania banków spółdzielczych*, [w:] L. Góral, M. Karlikowska, K. Koperkiewicz-Mordel, *Polskie prawo bankowe*, Warszawa 2003, s. 95.

ności bankowych, ale tylko w imieniu i na rzecz banku zrzeszającego (art. 6 ust. 1 pkt 13 ust. o bank. spółdz.). Wykonywanie tych czynności przez banki spółdzielcze musi odbywać się przy zachowaniu odpowiednich upoważnień i procedur, które zapewnią bezpieczeństwo i efektywność wykonywania tych czynności przez banki spółdzielcze²⁵. Do czynności takich można zaliczyć m.in. emitowanie bankowych papierów wartościowych (choć ta czynność może być wykonywana na podstawie zgody udzielonej przez bank zrzeszający w trybie art. 7 ust. o bank. spółdz.), prowadzenie kasy mieszkaniowej czy np. wykonywanie czynności banku-reprezentanta w rozumieniu ustawy o obligacjach.

Bank spółdzielczy może wykonywać także czynności obrotu dewizowego. Zgodnie z art. 7 ust. o bank. spółdz. banki spółdzielcze mogą wykonywać czynności bankowe, o których mowa w art. 5 ust. 2 pkt 7 i 10 pr. bank., tj. mogą prowadzić skup i sprzedaż wartości dewizowych oraz pośredniczyć w dokonywaniu przekazów pieniężnych oraz rozliczeń w obrocie dewizowym za zgodą banku zrzeszającego²⁶. Zgodnie z ustawą Prawo bankowe są to czynności bankowe *sensu largo*. Część czynności bankowych *sensu largo*, które mogą wykonywać banki spółdzielcze, została wymieniona w art. 6 ust. 1 ust. o bank. spółdz. Ujęcie czynności bankowych związanych z obrotem dewizowym w oddzielnym przepisie jest wynikiem nowelizacji dokonanej przez ustawę z dnia 27 lipca 2002 r. Prawo dewizowe. Takie działanie ustawodawcy jest jednak niekonsekwentne ze względu na próbę stworzenia w art. 6 ust. 1 ust. o bank. spółdz. zamkniętego katalogu czynności bankowych, które mogą wykonywać banki spółdzielcze. Należy postulować zmianę tego stanu rzeczy poprzez odpowiednie przeniesienie treści art. 7 ust. o bank. spółdz. do art. 6 tej ustawy. Jest to konieczne tym bardziej, że taki zapis ustawowy może prowadzić do błędnego wniosku, iż do prawomocnego wykonywania czynności wskazanych w art. 7 ust. o bank. spółdz. nie jest konieczne umieszczenie ich w zezwoleniu na utworzenie banku uzyskiwanym od KNF oraz w statucie banku (art. 34 ust. 1 pr. bank.). Taka sytuacja byłaby oczywistym uprzywilejowaniem banków spółdzielczych względem innych banków komercyjnych, w dodatku nieuzasadnionym.

Poza czynnościami bankowymi, w myśl art. 8 ust. o bank. spółdz, w celu uzupełnienia oferty usługowej, za zgodą banku zrzeszającego banki spółdzielcze mogą wykonywać również czynności, o których mowa w art. 6 ust 1 pr. bank. Banki spół-

²⁵ T. Olko-Bagieńska, T. Stoksik, J. Szymański, *Ustawa o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, ich zrzeszaniu się i bankach zrzeszających. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 29-30.

²⁶ Szerzej o wykonywaniu przez banki spółdzielcze czynności bankowych, o których mowa w art. 5 ust. 2 pkt 7 i 10 pr. bank., z punktu widzenia obrotu dewizowego Z. Ofiarski, *Prawo dewizowe. Komentarz*, Kraków 2003, s. 397-401.

dzielcze mogą zatem dokonywać pełnego wachlarza usług określanych mianem pozostałej działalności banków.

W związku z trójstopniową strukturą spółdzielczego sektora bankowego²⁷, należy także scharakteryzować działalność bankową tzw. banków zrzeszających. Zgodnie z art. 19 ust. 1 ust. o bank. spółdz., bank zrzeszający wykonuje czynności bankowe oraz inne czynności określone w ustawie Prawo bankowe lub innych ustawach, w zakresie ustalonym w statucie banku. Oznacza to, że bank zrzeszający, o ile wyrazi na to zgodę KNF w zezwoleniu na utworzenie banku wydawanym na podstawie art. 34 pr. bank., może prowadzić działalność bankową w pełnym zakresie, tj. wykonywać czynności bankowe *sensu stricto* (art. 5 ust. 1 pr. bank.), *sensu largo* (art. 5 ust. 2 pr. bank.) oraz wykonywać inne czynności przewidziane prawem dla banków (art. 6 ust. 1 pr. bank.).

Specyfika działalności banków zrzeszających powoduje, że ust. o bank. spółdz. nakłada na nie, oprócz wykonywania czynności wskazanych w art. 19 ust. 1 ust. o bank. spółdz., także obowiązek wykonywania szczególnego rodzaju czynności w stosunku i na rzecz zrzeszonych w nich banków spółdzielczych. Analizując nałożone prawem zadania, można stwierdzić, że bank zrzeszający jest swego rodzaju centralą dla zrzeszonych w nim banków spółdzielczych²⁸. Art. 19 ust. 2 ust. o bank. spółdz. zalicza do nich: prowadzenie rachunków bieżących zrzeszonych banków spółdzielczych, na których zrzeszone banki spółdzielcze utrzymują rezerwy obowiązkowe oraz przeprowadzanie za ich pośrednictwem rozliczeń pieniężnych tych banków; naliczanie i utrzymywanie rezerwy obowiązkowej zrzeszonych banków spółdzielczych na rachunku w NBP; prowadzenie wyodrębnionego rachunku, na którym deponowane są aktywa banków spółdzielczych stanowiące pokrycie funduszu ochrony środków gwarantowanych; wypełnianie za zrzeszone z nim banki spółdzielcze obowiązków informacyjnych wobec NBP oraz Bankowego Funduszu Gwarancyjnego; kontrolowanie zgodności działalności zrzeszonych banków spółdzielczych z postanowieniami umowy zrzeszenia, przepisami prawa i statutami; występowanie w uzasadnionych przypadkach do Komisji Nadzoru Finansowego o zastosowanie środków nadzoru bankowego; reprezentowanie zrzeszonych banków spółdzielczych w stosunkach zewnętrznych w sprawach wynikających z umowy zrzeszenia oraz wykonywanie innych czynności przewidzianych w umowie zrzeszenia.

²⁷ R.W. Kaszubski, *Sytuacja prawna banków nie wchodzących w skład krajowej grupy banków spółdzielczych*, „Głosa” 1998, nr 2, s. 2.

²⁸ Z. Ofiarski, *Prawo bankowe*, Kraków 2004, s. 165-166.

Czynności banków hipotecznych

W ustawie o listach zastawnych i bankach hipotecznych²⁹ ustawodawca nie używa terminu „czynności bankowe”. Zakres działania banków hipotecznych, działających na podstawie ulzbh., obejmuje wykonywanie czynności podstawowych, pozostałych czynności oraz innych działań o charakterze depozytowym. Oznacza to, że ustawodawca w przypadku banków hipotecznych nie uwzględnił dokonanego w Prawie bankowym podziału na czynności bankowe i inne czynności³⁰. Jednak należy przyjąć, że podstawowe czynności banku hipotecznego są czynnościami bankowymi w rozumieniu art. 5 ust. 1 i 2 pr. bank. na podstawie normy zawartej w art. 5 ust. 1 pkt 7 pr. bank., ponieważ do ich wykonywania zostały upoważnione jedynie banki hipoteczne. Taki sam status należy przypisać tym pozostałym czynnościom banków hipotecznych, które jednocześnie są czynnościami bankowymi w rozumieniu art. 5 ust. 1 i 2 pr. bank³¹.

W literaturze panuje zgodność poglądów co do wyodrębnienia wśród czynności wykonywanych przez banki hipoteczne czynności podstawowych (art. 12 ulzbh.), ponieważ takiego terminu użyto w samej ulzbh. Natomiast w stosunku do określenia kolejnych grup czynności, oprócz wymienionych określeń, używa się także innych, jak czynności dodatkowe (art. 15 ulzbh.), czynności wynikające z pozostałych przepisów ustawy (np. art. 15a, 16 i 19 ust. 2 ulzbh.) oraz czynności pomocnicze, służące możliwości wykonywania wszystkich innych wymienionych czynności³².

Dokonując analizy porównawczej poszczególnych czynności wykonywanych przez banki hipoteczne z przepisami art. 5 i 6 pr. bank., pamiętać należy, że u źródeł tworzenia katalogu czynności banków hipotecznych leżało zapewnienie bezpieczeństwa środkom inwestowanym w listy zastawne oraz nadanie bankom hipotecznym specjalistycznego charakteru. Również treść art. 12 ulzbh. może stanowić, podobnie jak art. 5 pr. bank., element definicji banku hipotecznego, której ustawa nie podaje w sposób bezpośredni, ponieważ czynności, do wykonywania których uprawniony jest bank hipoteczny, wymienione są w ulzbh. w sposób wyczerpujący³³. Mniejsze znaczenie dla ustawodawcy miało sprzężenie norm dotyczących

²⁹ T.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 581, dalej zwana: ulzbh.

³⁰ B. Smykła, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 43.

³¹ Co do kwalifikacji poszczególnych form działalności bankowej regulowanej przepisami innych ustaw niż Prawo bankowe *vide* B. Smykła, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 43-44 (jednak zważywszy na wspomniany art. 5 ust. 1 pkt 7 pr. bank., pogląd wyrażony przez B. Smykłę nie wydaje się całkowicie słuszny).

³² A. Drewicz-Tułodziecka, O.M. Stöcker, *Komentarz ustawy o listach zastawnych i bankach hipotecznych*, Warszawa 2000, s. 107-108. Z kolei Z. Ofiarski (*Prawo bankowe*, Kraków 2004, s. 160-163) wymienia jedynie czynności podstawowe oraz czynności pozostałe banku hipotecznego, natomiast działania inne niż wymienione w art. 12 i 15 ulzbh., podejmowane przez bank hipoteczny, określa mianem dodatkowej działalności banku hipotecznego.

³³ A. Drewicz-Tułodziecka, O.M. Stöcker, *Komentarz...*, s. 107.

czynności banków hipotecznych z normami dotyczącymi czynności bankowych określonych w art. 5 ust. 1 i 2 pr. bank.

Udzielanie kredytów zabezpieczonych hipoteką oraz udzielanie kredytów niezabezpieczonych hipoteką podmiotom o charakterze publicznym, o których mowa w art. 3 ust. 2 ulzbh., które są czynnościami podstawowymi wykonywanymi przez banki hipoteczne na podstawie art. 12 pkt 1 i 2 ulzbh., są także czynnościami *sensu stricto* w myśl art. 5 ust. 1 pkt 3 pr. bank., jaką jest udzielanie kredytów.

Również czynnościami bankowymi *sensu stricto* jest emitowanie hipotecznych i publicznych listów zastawnych (art. 12 pkt 4 i 5 ulzbh.). Czynności te, wykonywane wyłącznie przez banki hipoteczne nabywają taki charakter na podstawie art. 5 ust. 1 pkt 7 pr. bank., który stanowi, że naturalnymi czynnościami bankowymi są inne czynności przewidziane wyłącznie dla banku na podstawie odrębnych ustaw. Emitowanie listów zastawnych nie jest natomiast czynnością wskazaną w art. 5 ust. 1 pkt 5 pr. bank., polegającą na emitowaniu bankowych papierów wartościowych. Zarówno hipotecznych, jak i publicznych listów zastawnych nie można uznać za rodzaj bankowych papierów wartościowych, gdyż stanowią one odrębny typ normatywny papierów wartościowych. Wynika to z przepisów art. 5 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 90 pr. bank., na podstawie których można wyprowadzić zasadę, zgodnie z którą nie można uznać za bankowe papiery wartościowe tych papierów, których kreacja następuje na podstawie innych przepisów szczególnych³⁴.

Nabywanie przez banki hipoteczne wierzytelności innych banków z tytułu udzielonych przez nie kredytów zabezpieczonych hipoteką oraz wierzytelności z tytułu kredytów niezabezpieczonych hipoteką, udzielonych podmiotom o charakterze publicznym, o których mowa w art. 3 ust. 2 ulzbh. (art. 12 pkt 3 ulzbh.) jest, w myśl art. 5 ust. 2 pkt 5 pr. bank., czynnością bankową *sensu largo*, czyli jest nią tylko wtedy, gdy jest wykonywana przez bank.

Tak zwane pozostałe (dodatkowe) czynności banku hipotecznego zostały sformułowane w art. 15 ust. 1 ulzbh. Do czynności bankowych *sensu stricto* można zaliczyć spośród nich jedynie przyjmowanie lokat terminowych (art. 15 ust. 1 pkt 1 ulzbh.), prowadzenie rachunków bankowych służących obsłudze projektów inwestycyjnych realizowanych z wykorzystaniem kredytów udzielonych przez bank hipoteczny (art. 15 ust. 1 pkt 6 ulzbh.) oraz udzielanie kredytów zabezpieczonych hipoteką lub udzielanie kredytów niezabezpieczonych hipoteką podmiotom o charakterze publicznym, o których mowa w art. 3 ust. 2 ulzbh., w imieniu innych banków na podstawie zawartych z nimi umów [art. 15 ust. 1 pkt 8 ulzbh. (druga część zdania)]³⁵. Jednak pod koniec 2016 roku art. 15 ust. 1 pkt 1 i 6 ulzbh. zostały uchylone.

³⁴ M. Michalski, *Konstrukcja bankowych papierów wartościowych w świetle zasady numerus clausus papierów wartościowych w prawie polskim*, „Prawo Bankowe” 1998, nr 2, s. 46.

³⁵ W. Srokosz, *Czynności bankowe zastrzeżone dla banków*, Bydgoszcz–Wrocław 2003, s. 50.

Natomiast wśród czynności bankowych wskazanych przez art. 15 ulzbh. można wskazać jedną czynność bankową *sensu largo*, tj. przechowywanie papierów wartościowych (art. 15 ust. 1 pkt 4 ulzbh.), która jest czynnością mieszczącą się w zakresie pojęciowym czynności bankowej określonej przez art. 5 ust. 2 pkt 6 pr. bank. (przechowywanie przedmiotów i papierów wartościowych oraz udostępnianie skrytek sejfowych).

Pozostałe czynności wskazane w art. 15 ust. 1 ulzbh. nie mają, w myśl pr. bank., charakteru czynności bankowych (*sensu stricto* ani *sensu largo*). Opierając się na przepisach pr. bank., można je zakwalifikować do tzw. innych czynności wykonywanych na podstawie art. 6 pr. bank. Zaciąganie kredytów i pożyczek (art. 15 ust. 1 pkt 2 ulzbh.), emitowanie obligacji (art. 15 ust. 1 pkt 3 ulzbh.), nabywanie i obejmowanie akcji lub udziałów innych podmiotów, których forma prawna zapewnia ograniczenie odpowiedzialności banku hipotecznego do wysokości zainwestowanych środków, o ile służy to wykonywaniu czynności banku hipotecznego, przy czym ogólna wartość nabytych akcji i udziałów nie może przekroczyć 10% wysokości funduszy własnych banku hipotecznego (art. 15 ust. 1 pkt 5 ulzbh.), świadczenie usług konsultacyjno-doradczych związanych z rynkiem nieruchomości, w tym także w zakresie ustalania bankowo-hipotecznego wartości nieruchomości (art. 15 ust. 1 pkt 7 ulzbh.) oraz zarządzanie wierzytelnościami banku hipotecznego oraz innych banków, z tytułu kredytów zabezpieczonych hipoteką oraz kredytów niezabezpieczonych hipoteką udzielonych podmiotom o charakterze publicznym, o których mowa w art. 3 ust. 2 ulzbh. [art. 15 ust. 1 pkt 8 ulzbh. (pierwsza część zdania)], mogą zostać zakwalifikowane do tzw. innych czynności wykonywanych przez banki, opartych na przepisach art. 6 ust. 1 pkt 2 (art. 15 ust. 1 pkt 3 ulzbh.), pkt 1 (art. 15 ust. 1 pkt 5 ulzbh.), pkt 6 (art. 15 ust. 1 pkt 7 ulzbh.) oraz pkt 8 [odpowiednio art. 15 ust. 1 pkt 2 i art. 15 ust. 1 pkt 8 ulzbh. (pierwsza część zdania)], pr. bank.³⁶

Zgodnie z art. 11a ulzbh. banki hipoteczne są uprawnione do wykonywania wyłącznie czynności określonych w ustawie o listach zastawnych i bankach hipotecznych, co oznacza zakaz wykonywania przez nie czynności bankowych *sensu stricto*, których nie wskazano w tej ustawie³⁷.

³⁶ S. Szuster, F. Wejman, *Komentarz do art. 6 pr. bank.*, [w:] *Prawo bankowe. Komentarz*, red. F. Zoll, t. I, Kraków 2005, s. 109-115.

³⁷ Przed wprowadzeniem tego przepisu poglądy doktryny różniły się w tym względzie, jednak przeważały głosy wskazujące, że banki hipoteczne nie są uprawnione do wykonywania czynności bankowych na podstawie art. 5 pr. bank., o ile nie są wskazane w ulzbh. Tak: J.A. Krzyżewski, *Różnice definicyjne prawa polskiego i europejskiego w sprawie działalności kredytowej i wynikięte stąd implikacje dla polityki pieniężnej i zakresu nadzorów na polskim rynku finansowym*, „Bank i Kredyt” 1999, nr 7-8, s. 36; M. Olszak, *Bank hipoteczny jako bank specjalistyczny*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1999, nr 7-8, s. 18; R.W. Kaszubski, M. Olszak, *Bank hipoteczny. Zagadnienia prawne*, Warszawa 2000, s. 57; M. Rewieński, *Działalność banku hipotecznego*, „Prawo Bankowe” 2001, nr 7-8, s. 138. Inaczej: A. Drewicz-Tułodziecka, O.M. Stöcker, *Komentarz...*, s. 109.

Na marginesie należy zaznaczyć, że na podstawie art. 10 ulzbh. w zw. z art. 6a ust. 1 pkt 1 pr. bank. banki hipoteczne mogą powierzać podmiotom zewnętrznym wykonywanie czynności banku hipotecznego będących jednocześnie czynnościami bankowymi lub mieszczących się w zakresie pozostałej działalności banków. Wynika to z art. 6a ust. 1 pkt 1 pr. bank., który stanowi, że bank może powierzyć wykonywanie w imieniu i na rzecz banku pośrednictwa w zakresie czynności wymienionych w art. 5 i 6 pr. bank. W związku z tym zakres czynności, których wykonywanie bank hipoteczny może powierzyć na podstawie art. 6a ust. 1 pkt 1 pr. bank., należy rozpatrywać łącznie w kontekście katalogu czynności banku hipotecznego oraz katalogu czynności bankowych określonego w art. 5 ust. 1 i 2 pr. bank. oraz pozostałej działalności banku ustalonej w art. 6 pr. bank.

Czynności banku-reprezentanta

Zgodnie z art. 78 ustawy o obligacjach emitent może, a w przypadku zabezpieczenia emisji poręczeniem lub gwarancją Skarbu Państwa jest obowiązany – przed rozpoczęciem emisji obligacji – zawrzeć z bankiem krajowym lub instytucją kredytową umowę o reprezentację obligatariuszy wobec emitenta (zwaną dalej „umową o reprezentację”), gdy liczba nabywców obligacji jest wyższa niż 15. Bank krajowy lub instytucja kredytowa (tzw. bank-reprezentant) pełni funkcję przedstawiciela ustawowego obligatariuszy na zasadach określonych w ustawie oraz w umowie o reprezentację. Przy wykonywaniu obowiązków wobec obligatariuszy bank-reprezentant powinien działać z zachowaniem najwyższej staranności zawodowej.

Zgodnie z art. 80 ust. 1 ustawy o obligacjach funkcję banku-reprezentanta może pełnić wyłącznie bank krajowy lub instytucja kredytowa, posiadające kapitał własny w wysokości nie niższej niż równowartość 10 mln euro, wyrażona w walucie polskiej, ustalona przy zastosowaniu średniego kursu euro ogłaszanego przez Narodowy Bank Polski obowiązującego w ostatnim dniu sprawozdawczym. Art. 80 ust. 2 ustawy o obligacjach określa sytuacje, w których w ramach danej emisji obligacji bank krajowy lub instytucja kredytowa nie może być bankiem-reprezentantem. Dzieje się tak w przypadku banku krajowego lub instytucji kredytowej:

- której członkowie organów nadzoru lub zarządu są dłużnikami emitenta;
- będącej oferującym w rozumieniu art. 2 lit. i rozporządzenia 2017/1129 papiery wartościowe danego emitenta;
- z którą emitent zawarł umowę o oferowanie papierów wartościowych, o której mowa w art. 72 ust. 1 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi;
- której więcej niż 20% członków organów nadzoru lub zarządu pełni jednocześnie funkcję członka organu stanowiącego, nadzoru lub zarządu emitenta;

- posiadająca więcej niż 10% akcji lub udziałów emitenta lub podmiotu dominującego lub zależnego w stosunku do emitenta w rozumieniu przepisów ustawy o rachunkowości;
- której więcej niż 10% akcji lub udziałów jest łącznie w posiadaniu emitenta, członków jego organów stanowiących, nadzoru lub zarządu oraz któregośkolwiek z właścicieli emitenta, albo gdy więcej niż 10% akcji lub udziałów podmiotu dominującego lub zależnego w stosunku do banku krajowego lub instytucji kredytowej, w rozumieniu przepisów ustawy o rachunkowości, znajduje się w posiadaniu tych podmiotów lub osób;
- na której sytuację finansową lub sytuację finansową podmiotu dominującego lub zależnego w stosunku do niego, w rozumieniu przepisów ustawy o rachunkowości, w sposób znaczący, pośrednio lub bezpośrednio, mogłaby wpłynąć sytuacja finansowa emitenta.

W przypadku wystąpienia ww. okoliczności bank-reprezentant zobowiązany jest do usunięcia powstałych przeszkód w terminie miesiąca od ich wystąpienia. Jeżeli usunięcie tych przeszkód nie jest możliwe, emitent powinien rozwiązać umowę o reprezentację w terminie nie dłuższym niż kolejne 2 miesiące, nie wcześniej jednak niż przed zawarciem umowy o reprezentację z nowym bankiem krajowym lub instytucją kredytową.

Obowiązki banku-reprezentanta wobec obligatariuszy zostały określone w art. 83 ustawy o obligacjach. W szczególności należy do nich: okresowa analiza sytuacji finansowej emitenta z punktu widzenia jego zdolności do wykonywania obowiązków wynikających z warunków emisji; udzielanie odpowiedzi na pytania obligatariuszy dotyczące emisji; składanie obligatariuszom nie rzadziej niż raz na sześć miesięcy oświadczenia o spełnianiu warunków, o których mowa w art. 80 ust. 1 i 2; zawiadamianie obligatariuszy o sytuacji finansowej emitenta, jeżeli stwarza ona realne zagrożenie dla jego zdolności do wykonywania obowiązków wynikających z warunków emisji.

W przypadku stwierdzenia naruszenia przez emitenta obowiązków wynikających z warunków emisji, zgodnie z art. 84 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o obligacjach do obowiązków banku-reprezentanta należy niezwłoczne zawiadomienie obligatariuszy o zaistnieniu okoliczności stanowiących naruszenie obowiązków emitenta wobec obligatariuszy oraz zastosowanie środków mających na celu ochronę praw obligatariuszy danej emisji oraz niezwłoczne zawiadomienie obligatariuszy o zastosowanych środkach.

Środki, o których mowa w ust. 1 pkt 2, mogą obejmować w szczególności podjęcie działań mających na celu ustanowienie przez emitenta dodatkowego zabezpieczenia wiarygodności wynikających z obligacji, zawiadomienie emitenta o wymagalności zobowiązań wynikających z obligacji w przypadku jego zwłoki w wy-

konaniu w terminie, w całości lub części, zobowiązań wynikających z obligacji albo opóźnienia nie krótszego niż 3 dni, chyba że warunki emisji wskazują krótszy okres, wystąpienie z właściwym powództwem przeciwko emitentowi lub zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości emitenta.

Pozostałe regulacje w zakresie czynności bankowych

Ponieważ art. 72 pr. bank., który wprowadzał możliwość ustalenia dla banków prowadzących działalność na rynku inwestycji kapitałowych innych, niż określone dla banków uniwersalnych, limitów ograniczeń działalności bankowej w postaci normy koncentracji kapitałowej (art. 6 ust. 1 pkt. 1 i ust. 3 pr. bank. w pierwotnym brzmieniu) i normy koncentracji kredytowej (art. 71 ust. 1 pr. bank. w pierwotnym brzmieniu)³⁸ został uchylony w 2002 roku³⁹, nie istnieją obecnie w Prawie bankowym żadne szczególne przepisy określające czynności bankowe i inne czynności oraz zakres ich wykonywania, zastrzeżony i charakteryzujący wyłącznie banki inwestycyjne. Obecne unormowania nie dają nawet podstaw do wyodrębnienia banków inwestycyjnych jako jednej z kategorii banków uniwersalnych⁴⁰. Warto nadmienić, że prawo do ustalania w drodze zarządzenia innych limitów dla banków inwestycyjnych w pierwotnym brzmieniu art. 72 ustawy Prawo bankowe miał Przewodniczący Komisji Papierów Wartościowych i Giełd w uzgodnieniu z Komisją Nadzoru Bankowego. Posiadał on także obowiązek określania warunków i zakresu prowadzenia takiej działalności. Z kolei odrębne zasady odprowadzania rezerwy obowiązkowej od pasywów zaangażowanych na rynku inwestycji kapitałowych określał, również w drodze zarządzenia, Prezes Narodowego Banku Polskiego w uzgodnieniu z Przewodniczącym Komisji Papierów Wartościowych i Giełd.

Instytucjami uprawnionymi do wykonywania czynności bankowych miały być kasy oszczędnościowo-budowlane⁴¹. Jednak ze względu na nieuzyskanie przez żaden z banków licencji od Komisji Nadzoru Bankowego na prowadzenie tej działalności do końca 2001 roku, a także ze względu na przewidywane wysokie koszty

³⁸ B. Smykła, *Czynności bankowe – podstawowy element określający pozycję banku w obrocie*, „Glosa” 1999, nr 2, s. 11.

³⁹ Ustawa z dnia 23 sierpnia 2001 r. o zmianie ustawy – Prawo bankowe oraz o zmianie innych ustaw (Dz. U. z 2001 r., Nr 111, poz. 1195).

⁴⁰ S. Szuster, F. Wejman, *Komentarz do art. 6 pr. bank.*, [w:] *Prawo bankowe. Komentarz...*, s. 108.

⁴¹ Ustawa z dnia 5 czerwca 1997 r. o kasach oszczędnościowo-budowlanych i wspieraniu przez państwo oszczędzania na cele mieszkaniowe (Dz. U. Nr 85, poz. 538 ze zm.).

ewentualnego wprowadzenia tego systemu, które musiałby ponieść budżet państwa, ustawa ta została uchylona i przestała obowiązywać z dniem 1 stycznia 2002 roku⁴².

Czynności bankowe wykonywane są natomiast przez kasy mieszkaniowe⁴³. Kasa mieszkaniowa jest jednak tylko finansowo wyodrębnioną działalnością banku, nieposiadającą nawet odrębnej organizacji. W związku z tym kasa mieszkaniowa nie jest ani parabankiem⁴⁴, ani tym bardziej samodzielny bankiem. Zgodnie z art. 2 ustawy o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego, ich działalność polega na prowadzeniu imiennych rachunków oszczędnościowo-kredytowych i udzielaniu kredytów kontraktowych. W literaturze przedmiotu nie ma zgody co do tego, czy samo prowadzenie działalności bankowej w formie kasy mieszkaniowej jest czynnością bankową⁴⁵, którą banki mogą wykonywać na podstawie art. 5 ust. 1 pkt 7 pr. bank., czy też na działalność tę składają się dwie czynności bankowe, tj. prowadzenie imiennych rachunków oszczędnościowo-kredytowych (czyli *de facto* prowadzenie rachunków oszczędnościowych – art. 5 ust. 1 pkt 2 pr. bank.) oraz udzielanie kredytów kontraktowych (będących jednym z rodzajów umów kredytowych – art. 5 ust. 1 pkt 3 pr. bank.)⁴⁶. Należy zgodzić się z drugim z prezentowanych poglądów, ponieważ określenie „kasa mieszkaniowa” odnosi się tylko do jednego z rodzajów działalności bankowej, podobnie jak np. „bank powierniczy”⁴⁷, określonej przez pewien konglomerat konkretnych czynności bankowych, które, wykonywane łącznie przez uprawniony do tego bank, składają się na całość działalności wykonywanej pod nazwą „kasa mieszkaniowa”.

⁴² Uchylona mocą art. 13 ustawy z dnia 21 grudnia 2001 r. o zmianie ustaw: o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, [...] oraz o utracie mocy ustawy o kasach oszczędnościowo-budowlanych (Dz. U. Nr 154, poz. 1802).

⁴³ Ustawa z dnia 26 października 1995 r. o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego oraz o zmianie niektórych ustaw (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 2224).

⁴⁴ W. Srokosz, *Czynności bankowe zastrzeżone dla banków*, Bydgoszcz–Wrocław 2003, s. 55. Z kolei kasy mieszkaniowe do parabanków zalicza W. Szpringer, *Polskie regulacje bankowe. Perspektywa europejska*, Warszawa 2000, s. 42.

⁴⁵ Takie stanowisko zajmują: B. Smykla, *Czynności bankowe – podstawowy element określający pozycję banku w obrocie*, „Glosa” 1999, nr 2, s. 10; A. Jończyk, *Kasy mieszkaniowe oraz oszczędnościowo-budowlane – zasady funkcjonowania*, „Przegląd Podatkowy” 1998, nr 11, s. 33. Z. Ofiarski pisze, że „Kasa mieszkaniowa – rozumiana jako wyodrębniona finansowo działalność banków – jest czynnością bankową, łączącą w jedną całość umowę rachunku oszczędnościowego i umowę kredytową. Elementem łączącym te umowy jest cel mieszkaniowy” (Z. Ofiarski, *Prawo bankowe*, Kraków 2004, s. 151. Tak samo: B. Smykla, *Tajemnica rachunku kredytowego*, „Glosa” 1996, nr 3, s. 2).

⁴⁶ W. Srokosz, *Czynności bankowe zastrzeżone dla banków*, Bydgoszcz–Wrocław 2003, s. 56.

⁴⁷ Bankiem powierniczym, zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 36 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, jest bank krajowy posiadający zezwolenie KNF na prowadzenie rachunków papierów wartościowych, rachunków derywatów i rachunków zbiorczych. Tak więc nie można powiedzieć, że bank krajowy wykonuje czynność bankową bycia bankiem depozytariuszem, lecz prowadzi na podstawie zezwolenia KNF działalność bankową polegającą na prowadzeniu rachunków papierów wartościowych, rachunków derywatów i rachunków zbiorczych i w związku z tym pełni funkcję banku powierniczego w rozumieniu przepisów ww. ustawy.

Nie należy jednak przeceniać doniosłości tego problemu, gdyż kasy mieszkaniowe nie zdobyły zakładanej popularności. Przyczyniły się do tego błędy ustawodawcy (np. likwidacja ulgi podatkowej), polityczny charakter ustawy oraz stabilizacja makroekonomiczna, wyrażająca się spadkiem inflacji oraz stóp procentowych, co z kolei spowodowało wzrost konkurencyjności długoterminowych kredytów hipotecznych⁴⁸.

Podmiotami uprawnionymi na podstawie art. 5 ust. 5 pr. bank. do wykonywania niektórych czynności bankowych *sensu stricto* są jednostki organizacyjne inne niż banki. Podmioty uprawnione na podstawie art. 5 ust. 5 pr. bank. do wykonywania niektórych czynności bankowych *sensu stricto* są określane mianem tzw. parabanków. Do najważniejszych instytucji parabankowych wykonujących czynności bankowe *sensu stricto* zalicza się w literaturze spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe i pracownicze kasy zapomogowo-pożyczkowe⁴⁹.

Zakończenie

Analiza obowiązujących rozwiązań prawnych w zakresie czynności bankowych, działalności bankowej i działalności innych instytucji na rynku usług bankowych prowadzi do konkluzji, że zakres takiej działalności, jej dynamiczny rozwój w ostatnim 25-leciu i oczekiwania w zakresie bezpieczeństwa obrotu gospodarczego co do całego sektora nie sprzyjały ustawodawcy w systemowym porządkowaniu prawa. Wręcz przeciwnie, regulacje z lat 90., którym zawsze brakowało wiele do bycia dobrymi, stały się jeszcze bardziej chaotyczne i niejasne. Oczywiście praktyka musi radzić sobie z niedoskonałościami legislacyjnymi, ale szkoda, że w wielu przypadkach ustawodawca nie posłuchał stosunkowo mocnego głosu przedstawicieli nauki co do zakresu pewnych zmian. Katalog czynności bankowych określony w art. 5 pr. bank., który w pewnym sensie definiuje samą instytucję banku, został przez 25 lat swojego obowiązywania wielokrotnie zmodyfikowany, a w jego otoczeniu ciągle funkcjonują katalogi czynności wykonywanych np. przez banki

⁴⁸ Szerzej: J. Łaszek, *Co dalej z kasami mieszkaniowymi?*, „Biuletyn Bankowy BSI” 2000, nr 5, s. 74-78.

⁴⁹ Szerzej nt. tych instytucji: Z. Ofiarski, [w:] *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2013, art. 5; <https://sip.lex.pl/#/commentary/587344307/141747> [dostęp: 10.04.2022]; T. Galbarczyk, *Działalność Spółdzielczych Kas Oszczędnościowo-Kredytowych w Polsce*, [w:] *Przekształcenia rynku finansowego w Polsce. Cz. I. Instytucje finansowe i mechanizmy ich funkcjonowania*, red. P. Karpuś, J. Węclawski, Lublin 2005, s. 99-107; M.M. Golec, *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe – powstanie i tendencje rozwojowe*, „Prawo Bankowe” 2000, nr 10, s. 65-79; M.M. Golec, *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe na rynku usług finansowych w Polsce*, Poznań 2004 (o organizacji SKOK-ów w Polsce – s. 51-83); A.M. Jurkowska, *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe*, „Glosa” 1999, nr 1, s. 13-18; B. Smykla, *Czynności bankowe – podstawowy element określający pozycję banku w obrocie*, „Glosa” 1999, nr 2, s. 12; W. Srokosz, *Czynności bankowe zastrzeżone dla banków*, Bydgoszcz-Wrocław 2003, s. 64-67.

hipoteczne czy banki spółdzielcze. Dodatkowo uporządkować problemu nie pomagają rozbudowane i modyfikowane regulacje unijne.

Szczególnie interesujące z punktu widzenia przydatności poszczególnych rozwiązań było wprowadzenie w latach 90. regulacji dotyczących banków hipotecznych, które pomimo dużej ambicji i woli ich utworzenia ze strony polskich polityków i grup zaangażowanych w to osób, są na polskim rynku bankowym praktycznie jak yeti. Według mojej oceny sytuacji, największą przeszkodą w rozwoju bankowości hipotecznej w Polsce są przepisy ustawy o listach zastawnych i bankach hipotecznych, archaiczne już w momencie ich wprowadzania w życie, które przecież miały pomóc w ich tworzeniu. A można było skorzystać z modelu czeskiego i zamiast tworzyć nowy akt prawny i odrębną kategorię banków, jedynie rozszerzyć katalog czynności bankowych w art. 5 pr. bank. i zwiększyć wymogi kapitałowe dla banków emitujących listy zastawne w celu refinansowania kredytu hipotecznego (w uproszczeniu).

Bez wątpienia obowiązujące obecnie przepisy regulujące tzw. czynności bankowe najlepsze lata mają za sobą i stanowią niekiedy w wiążącym kształcie (np. w przypadku banków spółdzielczych czy hipotecznych) pewien archaizm. W związku z tym, z naukowego punktu widzenia należałoby zgłosić postulat *de lege ferenda* uporządkowania i usystematyzowania katalogu czynności bankowych w polskim prawie. Jednak zważywszy na doświadczenia z tzw. Polskim Ładem, autor liczy, że postulat nie zostanie zauważony.

Literatura

- Babiarz P., *Dopuszczalność zlecenia przez bank wykonywania niektórych czynności podmiotom zewnętrznym*, „Monitor Prawniczy” 2000, nr 10.
- Babiarz P., *Udostępnianie przez bank danych klientów*, „Monitor Prawniczy” 2001, nr 5.
- Drewicz-Tułodziecka A., Stöcker O.M., *Komentarz do ustawy o listach zastawnych i bankach hipotecznych*, Warszawa 2000.
- Dukiet-Nagórska T., *Rodzaje umów outsourcingowych zawieranych przez banki*, „Biuletyn Bankowy BSI” 2005, nr 11.
- Golec M.M., *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe – powstanie i tendencje rozwojowe*, „Prawo Bankowe” 2000, nr 10.
- Golec M.M., *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe na rynku usług finansowych w Polsce*, Poznań 2004.
- Góral L., Karlikowska M., Koperkiewicz-Mordel K., *Polskie prawo bankowe*, Warszawa 2003.
- Góral L., Karlikowska M., Koperkiewicz-Mordel K., *Prawo bankowe. Komentarz*, t. I, red. F. Zoll, Kraków 2005.
- Jończyk A., *Kasy mieszkaniowe oraz oszczędnościowo-budowlane – zasady funkcjonowania*, „Przegląd Podatkowy” 1998, nr 11.
- Juchno R., Kaszubski R.W., *Outsourcing w działalności bankowej*, „Głosa” 2001, nr 6.
- Juchno R., Kaszubski R.W., *Outsourcing wybranych czynności bankowych*, „Głosa” 2001, nr 8.
- Jurkowska A.M., *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe*, „Głosa” 1999, nr 1.
- Kaszubski R.W., Olszak M., *Bank hipoteczny. Zagadnienia prawne*, Warszawa 2000.

- Kaszubski R.W., *Outsourcing w bankach*, „Glosa” 2002, nr 9.
- Kaszubski R.W., *Sytuacja prawna banków nie wchodzących w skład krajowej grupy banków spółdzielczych*, „Glosa” 1998, nr 2.
- Kawulski A., Smykla B., *Pozycja banku w prawie polskim na tle regulacji Unii Europejskiej, cz. II*, „Radca Prawny” 2001, nr 6.
- Krzysztofek M., *Outsourcing a tajemnica bankowa. Stan aktualny i postulaty de lege ferenda*, „Prawo Bankowe” 2003, nr 9.
- Krzyżewski J.A., *Rozbieżności definicyjne prawa polskiego i europejskiego w sprawie działalności kredytowej i wynikłe stąd implikacje dla polityki pieniężnej i zakresu nadzorów na polskim rynku finansowym*, „Bank i Kredyt” 1999, nr 7-8.
- Łaszek J., *Co dalej z kasami mieszkaniowymi?*, „Biuletyn Bankowy BSI” 2000, nr 5.
- Michalski M., *Konstrukcja bankowych papierów wartościowych w świetle zasady numerus clausus papierów wartościowych w prawie polskim*, „Prawo Bankowe” 1998, nr 2.
- Ofiarski Z., *Prawo bankowe*, Kraków 2004.
- Ofiarski Z., *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2013, art. 5; LEX el.
- Ofiarski Z., *Prawo dewizowe. Komentarz*, Kraków 2003.
- Olko-Bagińska T., Stoksik T., Szymański J., *Ustawa o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, ich zrzeszaniu się i bankach zrzeszających. Komentarz*, Warszawa 2001.
- Olszak M., *Bank hipoteczny jako bank specjalistyczny*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1999, nr 7-8.
- Olszak M., *Powierzenie przez bank podmiotom zewnętrznym wykonywania czynności związanych z działalnością bankową (outsourcing) w świetle znowelizowanej ustawy Prawo bankowe – wybrane zagadnienia*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2004, nr 7.
- Pismo GINB nr NB-BPN-I-022-13/02 z dnia 15 marca 2002 r. skierowane do prezesów banków w sprawie outsourcingu.
- Przekształcenia rynku finansowego w Polsce. Cz. I. Instytucje finansowe i mechanizmy ich funkcjonowania*, red. P. Karpus, J. Węclawski, Lublin 2005.
- Rewieński M., *Działalność banku hipotecznego*, „Prawo Bankowe” 2001, nr 7-8.
- Rychter A., *Outsourcing procesu windykacji należności bankowych*, „Biuletyn Bankowy BSI” 2005, nr 11.
- Sfora M., *Outsourcing bankowy w świetle znowelizowanych przepisów prawa bankowego*, „Glosa” 2004, nr 7.
- Smykla B., *Czynności bankowe – podstawowy element określający pozycję banku w obrocie*, „Glosa” 1999, nr 2.
- Smykla B., *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2005.
- Smykla B., *Tajemnica rachunku kredytowego*, „Glosa” 1996, nr 3.
- Spyra M., Waclawik A., *Regulacje outsourcingu czynności bankowych w wybranych systemach prawnych – uwagi porównawcze na tle art. 6a-d projektu nowelizacji prawa bankowego*, „Prawo Bankowe” 2003, nr 11.
- Srokos W., *Czynności bankowe zastrzeżone dla banków*, Bydgoszcz-Wrocław 2003.
- Szpringer W., *Polskie regulacje bankowe. Perspektywa europejska*, Warszawa 2000.
- Wielka Encyklopedia Prawa*, red. E. Smoktunowicz, C. Kosikowski, Białystok-Warszawa 2000.
- Zdzieborski R.R., *Outsourcing agencyjny w działalności bankowej*, „Biuletyn Bankowy BSI” 2005, nr 11.
- Zdzieborski R.R., *Outsourcing w działalności bankowej. Zagadnienia podstawowe (cz. I)*, „Prawo Bankowe” 2005, nr 11.

Agnieszka Filak

Uniwersytet Wrocławski
ORCID 0000-0002-6398-9034
filak.agnieszka@gmail.com

Tomasz Resler

Uniwersytet Wrocławski
ORCID 0000-0003-4161-0297
tomaszresler@wp.pl

Przedwojenne ustawy wyznaniowe – wybrane problemy, orzecznictwo i postulaty *de lege ferenda*

Słowa kluczowe: karaimi, muzułmanie, staroobrzędowcy, zasada autonomii i niezależności kościołów i związków wyznaniowych, umowy bilateralne, państwo, związek wyznaniowy

Streszczenie. W obiegu prawnym wciąż funkcjonują dwie przedwojenne ustawy wyznaniowe: ustawa o stosunku państwa do Karaimskiego Związku Wyznaniowego w Rzeczypospolitej Polskiej z 21 kwietnia 1936 r., ustawa o stosunku państwa do Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej z 21 kwietnia 1936 r. oraz jedno rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 22 marca 1928 r. o stosunku Państwa do Wschodniego Kościoła Staroobrzędowego nieposiadającego hierarchii duchownej. Regulacje z 1936 r. mają charakter archaiczny, typowy dla przedwojennego systemu zwierzchnictwa państwa nad Kościołami i związkami wyznaniowymi. Przepisy obu ustaw przyznają państwu szereg uprawnień nadzorczych wobec związków wyznaniowych – w tym w zakresie obsady stanowisk kierowniczych oraz zatwierdzania prawa wewnętrznego związku wyznaniowego. Regulacje te są zatem nie do pogodzenia z konstytucyjną zasadą autonomiczności i wewnętrznej niezależności Kościołów i związków wyznaniowych. Stwierdzić należy, że wobec niezgodności modeli relacji państwo–związek wyznaniowy istnieje bezwzględna konieczność zmian w obowiązujących ustawach partykularnych z 1936 r. Zmiany te muszą zostać dokonane zgodnie z postanowieniami art. 25 ust. 5 Konstytucji RP, a więc na podstawie umowy pomiędzy Radą Ministrów a odpowiednimi władzami związku wyznaniowego. Rozwiązaniem tych ewidentnych niezgodności powinien zająć się ustawodawca, ponieważ utrzymują one stan prawny, który nie może pozostać jako jawnie sprzeczny z zasadami konstytucyjnymi. Warto w tym kontekście rozważyć pomysł uchwalenia jednej ramowej ustawy wyznaniowej regulującej instytucje i wzajemne relacje państwa z trzema związkami wyznaniowymi, a różnice wynikające z tradycji, doktryny i specyfiki każdego z tych związków uwypuklić w ich prawie wewnętrznym.

Pre-war denominational laws – selected problems, jurisprudence and *de lege ferenda* postulates

Keywords: Karaites, Muslims, Old Believers, principle of autonomy and independence of churches and religious associations, bilateral agreements, state, religious association

Summary. Two pre-war religious acts are still in legal circulation: the Act on the State's Relationship to the Karaim Religious Union in the Republic of Poland of 21 April 1936, the Act on the State's Relationship to the Muslim Religious Union in the Republic of Poland of 21 April 1936 and one Regulation of the President of the Republic of Poland of 22 March 1928 on the State's Relationship

to the Eastern Old Believers' Church without a clerical hierarchy. The 1936 regulations were of an archaic nature, typical for the pre-war system of state authority over churches and religious associations. The provisions of both laws grant the state a number of supervisory powers over religious associations – including over the staffing of managerial positions and approval of the internal law of a religious association. These regulations are therefore incompatible with the constitutional principle of autonomy and internal independence of churches and religious associations. It must be concluded that in view of the incompatibility of the models of the relation between the state and the religious association, there is an absolute necessity to make changes to the existing particular laws of 1936. These changes must be made, according to the provisions of Article 25 paragraph 5 of the Constitution of the Republic of Poland, i.e. based on an agreement between the Council of Ministers and the relevant authorities of the religious association. The solution to these evident inconsistencies should be addressed by the legislator, as they maintain a legal state that cannot stand as a clear contradiction to constitutional principles. In this context, it is worth considering the idea of enacting a single framework religious law regulating the institutions and mutual relations of the state with the three religious associations, and highlighting the differences arising from the traditions, doctrine and specifics of each of these associations in their internal law.

Wprowadzenie

W obiegu prawnym wciąż funkcjonują dwie przedwojenne ustawy wyznaniowe: ustawa o stosunku państwa do Karaïmskiego Związku Wyznaniowego w Rzeczypospolitej Polskiej z 21 kwietnia 1936 r.¹, ustawa o stosunku państwa do Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej z 21 kwietnia 1936 r.² oraz jedno rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 22 marca 1928 r. o stosunku Państwa do Wschodniego Kościoła Staroobrzędowego nieposiadającego hierarchii duchownej³.

Zgodnie z informacją przekazaną przez MSWiA dnia 26 sierpnia 2020 r. organizację i funkcjonowanie ww. związków wyznaniowych regulują statuty stanowiące załączniki odpowiednio do:

- 1) rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 26 sierpnia 1936 r. o uznaniu Statutu Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej⁴;
- 2) rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 26 sierpnia 1936 r. o uznaniu Statutu Karaïmskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej⁵;
- 3) rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 sierpnia 1928 r. o uznaniu statutu Wschodniego Kościoła Staroobrzędowego nieposiadającego hierarchii duchownej⁶.

¹ Dz. U. Nr 30, poz. 240 z późn. zm.

² Dz. U. Nr 30, poz. 241 z późn. zm.

³ Dz. U. Nr 38, poz. 363 z późn. zm.

⁴ Dz. U. Nr 72, poz. 517.

⁵ Dz. U. Nr 72, poz. 518.

⁶ M. P. Nr 210, poz. 482.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że informacja ta w istotnej części nie odpowiada stanowi faktycznemu, ponieważ organizację i funkcjonowanie Muzułmańskiego Związku Religijnego w RP (dalej: MZR) określa Statut Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej uchwalony 28 lutego 2009 r. w Białymstoku przez XVII Nadzwyczajny Wszechpolski Kongres Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej, ze zmianami z 15 marca 2014 r. wprowadzonymi przez XIX Nadzwyczajny Wszechpolski Kongres Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej⁷. Natomiast jeśli chodzi o Karaimski Związek Religijny w RP (dalej: KZR), to w 1974 r. doszło do faktycznego zawieszenia obowiązywania statutu z 1936 r. w związku z nadaniem nowego statutu przez Urząd do Spraw Wyznań na mocy uchwały nr 175/65 Rady Ministrów z 10 lipca 1965 r. (niepublikowana). Obecnie zasady funkcjonowania KZR określa statut z 2011 r.⁸

Na wstępie należy zaznaczyć, że regulacje ustaw z 1936 r. mają charakter archaiczny, typowy dla przedwojennego systemu zwierzchnictwa państwa nad Kościołami i związkami wyznaniowymi. Przepisy obu ustaw przyznają państwu liczne uprawnienia nadzorcze wobec związków wyznaniowych – w tym w zakresie obsady stanowisk kierowniczych oraz zatwierdzania prawa wewnętrznego związku wyznaniowego. Regulacje te są zatem nie do pogodzenia z konstytucyjną zasadą autonomiczności i wewnętrznej niezależności Kościołów i związków wyznaniowych.

Prace legislacyjne nad przedwojennymi ustawami wyznaniowymi

Komisja do Spraw Petycji Sejmu RP opracowała projekt zmian do ustaw regulujących status KZR oraz MZR⁹. Zgodnie z uzasadnieniem, „celem ustawy jest dokonanie zmian w ustawie z dnia 21 kwietnia 1936 r. o stosunku Państwa do Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej oraz w ustawie z dnia 21 kwietnia 1936 r. o stosunku Państwa do Karaimskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej, mających na celu uwzględnienie zmian granic Polski, jakie nastąpiły po II wojnie światowej, poprzez eliminację odwołań do miasta i krainy, które obecnie leżą na terytorium Litwy”¹⁰.

⁷ <http://mzr.pl/statut/> [dostęp: 18.02.2022].

⁸ Statut nie został opublikowany. Jego treść została udostępniona autorom przez członków KZR.

⁹ Komisyjny Projekt ustawy o zmianie ustawy o stosunku państwa do Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej oraz ustawy o stosunku państwa do Karaimskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 18 lutego 2019 r. (RPU IX, poz. 241).

¹⁰ Uzasadnienie do komisyjnego projektu ustawy..., <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=241> [dostęp: 18.02.2022].

W związku z powyższym należy zwrócić uwagę na dwie kwestie:

- 1) czy inicjatywa zmiany ustaw wyznaniowych jest zgodna z konstytucyjną zasadą bilateralnego kształtowania stosunków między państwem a Kościołami i związkami wyznaniowymi?
- 2) czy zasadne jest wprowadzanie zmian częściowych, skoro całokształt przepisów analizowanych ustaw wyznaniowych pozostaje w sprzeczności z konstytucyjnym gwarantowanymi autonomią i niezależnością Kościołów i związków wyznaniowych?

Odpowiedź na pierwsze pytanie może stanowić wywód zawarty w opinii prawnej Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu RP z dnia 1 kwietnia 2020 r., z którego wynika, iż mogą istnieć sytuacje, w których dochowanie trybu bilateralnego nie jest konieczne.

Chodzi o przypadki, gdy zmiana ustawy partykularnej: a) wynika z konieczności jej dostosowania do nowych prawnych ram funkcjonowania państwa, a więc z okoliczności takich jak np. reorganizacja aparatu władzy publicznej, zmiana podziału terytorialnego kraju czy reforma systemu źródeł prawa; b) jest prostą konsekwencją nowelizacji przepisów powszechnych, tj. dotyczących także podmiotów innych niż wyznaniowe; c) następuje pośrednio, w wyniku nowelizacji przepisów, do których ustawa partykularna odsyła; d) jest koniecznym następstwem dostosowania ustawodawstwa do zobowiązań prawnomiędzynarodowych Rzeczypospolitej; e) stanowi wykonanie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego¹¹.

Dlatego też można przyjąć, że w analizowanym przypadku nie istnieje konieczność występowania o zgodę władz związku wyznaniowego, skoro nie ma miejsca materialna modyfikacja stosunków wzajemnych, a inicjowane zmiany stanowią konsekwencję przekształceń kompetencyjnych w aparacie państwowym prowadzących do dezaktualizacji poszczególnych przepisów zawartych w ustawach partykularnych¹².

Natomiast jeśli chodzi o wprowadzanie zmian częściowych, to należy uznać je za niecelowe, skoro zasadniczo model stosunków państwo–związek wyznaniowy regulowanych na gruncie ustaw wyznaniowych z 1936 r. pozostaje w sprzeczności z konstytucyjną zasadą autonomii i niezależności Kościołów i związków wyznaniowych. Tym samym wydaje się konieczne bezzwłoczne rozpoczęcia prac nad zmianą ustaw partykularnych z 1936 r., we współpracy z KZR i MZR oraz Wschodnim

¹¹ W. Brzozowski, *Zmiana i uchylene ustawy z art. 25 ust. 5 Konstytucji RP*, [w:] *Układowe formy regulacji stosunków między państwem a związkami wyznaniowymi (art. 25 ust. 4–5 Konstytucji RP)*, red. P. Stanisławski, M. Ordon, Lublin 2013, s. 360; zbieżnie M. Olszówka, *Uwagi do art. 25*, [w:] *Konstytucja RP*, t. I, *Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 31.

¹² W. Brzozowski, *Zmiana i uchylene ustawy...*, s. 361.

Kościółem Staroobrzedowym, opartych na umowie zawartej przez Radę Ministrów z właściwymi ich przedstawicielami.

Niezależnie od powyższych wywodów, sądy w Rzeczypospolitej Polskiej orzekają według obowiązującego stanu prawnego, a więc na podstawie regulacji ustaw wyznaniowych z 1936 r. Taki stan rzeczy powoduje wiele problemów nie tylko dla samych związków wyznaniowych, ale także dla administracji wyznaniowej. Najjaskrawszym przykładem powyższych problemów jest sytuacja w MZR i to na tych przypadkach przeprowadzono analizę prawną. Należy jednak wskazać, że problemy, z jakimi mierzy się administracja wyznaniowa oraz judykatura w przypadku ustawy mużułmańskiej, można z całą pewnością odnieść także do dwóch pozostałych przypadków. Uzasadnia to zarówno podobieństwo rozwiązań prawnych instytucji opisanych w ustawach, jak i kontekst historyczno-prawny.

Problem obowiązywania statutu Mużułmańskiego Związku Religijnego w RP

W kontekście rozważań na temat obowiązywania statutu MZR i wobec wątpliwości odnośnie do regulacji ustawy wyznaniowej z 1936 r. jako niezgodnej z konstytucyjną zasadą autonomii i niezależności Kościołów i związków wyznaniowych pojawiały się opinie, że statutem obowiązującym jest Statut z 2009 r., który nie został jednak zatwierdzony zgodnie z przepisami ustawy wyznaniowej z 1936 r., a jedynie przekazany do wiadomości ministrowi właściwemu do spraw wyznań. Wydaje się jednak, że skoro przepisy ustawy nie zostały formalnie uchylone, obowiązującym jest statut z 1936 r., choć Mużułmański Związek Religijny opiera swoje działanie o statut z roku 2009 r. Takie stanowisko podzielają sądy administracyjne, które w orzecznictwie odwołują się wyłącznie do statutu z 1936 r.¹³ Należy zaznaczyć, że sąd w obu przypadkach zajmował się interesującym nas zakresem niejako przy okazji, rozstrzygając w kwestii odmowy wydania zaświadczenia na żądanie osoby, która była przewodniczącym Zarządu Gminy, a która w ocenie sądu była osobą nieuprawnioną do reprezentowania związku, jako że istnienia takiej funkcji nie przewidywał statut z 1936 r.

¹³ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 27 października 2015 r., I SA/Wa 1250/15. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 19 lutego 2015 r., I SA/Wa 2240/14.

Problem ważności wyboru muftiego w Muzułmańskim Związku Religijnym w RP

W trakcie XV Nadzwyczajnego Kongresu MZR 20 marca 2004 r. obradującego w Białym Domu dokonano wyboru muftiego, o którym to wyborze poinformowany został minister ds. wyznań religijnych. Na stanowisko to został wybrany Tomasz Miśkiewicz, który traktowany jest jako główny przedstawiciel Muzułmańskiego Związku Religijnego przez władze publiczne każdego szczebla. Wybór od początku był kwestionowany przez część członków MZR, których zdaniem dokonany został z naruszeniem przepisów ustawy partykularnej z 1936 r. Zgodnie z jej postanowieniami wyboru dokonuje specjalnie w tym celu zwołany kongres elekcyjny, a wtedy, tj. w 2004 r., odbyło się to na zjeździe. Z postanowień ustawy wynika również szereg wymogów, które musi spełniać przyszły mufti, w tym odpowiedniego wieku (co najmniej 40 lat.), wykształcenia i znajomości dwóch języków. Wymogów tych Miśkiewicz nie spełniał, a w chwili wyboru miał jedynie 27 lat. Przepisy ustawy wymagają również, aby w wyborach startował kontrkandydat, którego również nie było. Zwołany w 2012 r. Kongres MZR odwołał Miśkiewicza z pełnionego stanowiska, w 2016 r. zaś Najwyższe Kolegium Muzułmańskie w składzie odtworzonym z 2004 r. stwierdziło, że wybór muftiego w 2004 r. był nieważny¹⁴. II Wszechpolski Kongres Elekcyjny Muzułmański 15 października 2016 r. miał unieważnić wybór muftiego dokonany 20 marca 2004 r. „z powodu prawnej i formalnej niezgodności wspomnianego wyboru z zapisami ustawy i statutu”. Następnie Kongres wybrał nowego, konkurencyjnego muftiego. Tomasz Miśkiewicz nie przyjął tego wyboru do wiadomości.

Po kongresie z 2012 r. jedna z gmin wyznaniowych zwróciła się do MSWiA o wydanie zaświadczenia, że T. Miśkiewicz nie jest muftim. Minister odmówił z powodów formalnych (brak uprawnień do reprezentacji związku i gminy), w związku z czym wnioskodawcy złożyli skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, podnosząc, że T. Miśkiewicz został wybrany z naruszeniem przepisów ustawy wyznaniowej z 1936 r.

WSA, oddalając skargę postanowieniem z dnia 27 października 2015 r.¹⁵, stanął na stanowisku, że zgodnie z art. 2 ustawy partykularnej Związek w swoich sprawach wewnętrznych rządzi się statutem uznanym przez Radę Ministrów w drodze rozporządzenia z 26 sierpnia 1936 r. Zdaniem sądu statut z 2009 r. może być traktowany jedynie jako akt wewnętrzny, bez skutków dla organów władzy publicznej, które działają na podstawie i w granicach prawa (art. 7 Konstytucji RP). Sąd admi-

¹⁴ Zob. uzasadnienie postanowienia MSWiA RP z dnia 20 października 2017 r. – pismo o znaku: DWRMNiE-WRP-026-10/2017, s. 6, w archiwum autorów.

¹⁵ Sygn. akt I SA/Wa 1250/15.

nistracyjny uznał, że w sprawie o wydanie zaświadczenia może w imieniu gminy wyznaniowej występować tylko mufti, nie zaś przewodniczący jej zarządu. Uznał, że przewodniczący zarządu gminy nie jest organem znanym ustawie i statutowi z 1936 r., a gmina nie mogła wystąpić o wydanie stosownego zaświadczenia, ponieważ nie miała w tym interesu prawnego. WSA zaniechał badania okoliczności wyboru muftiego w 2004 r. w kontekście przestrzegania postanowień ustawy i statutu z 1936 r. Nie wziął pod uwagę, że statut z 1936 r. został ustanowiony w trybie niezgodnym z zasadą poszanowania autonomii i niezależności Kościołów i związków wyznaniowych (art. 25 ust. 3 Konstytucji) oraz nie uznał za istotną okoliczność, że MZR nie funkcjonował na podstawie statutu z 1936 r. przynajmniej od roku 1971, gdy uznany został przez dyrektora UdSW statut uchwalony w 1969 r. Akt z 1936 r. nie był stosowany od kilkudziesięciu lat, a zatem istniały przesłanki, by przyjąć, że wygasł on przez *desuetudo*¹⁶.

W innym przypadku Sąd Okręgowy w Warszawie orzeczeniem z 25 lutego 2015 r. odrzucił powództwo przeciwko MZR z żądaniem stwierdzenia nieważności uchwały XV Nadzwyczajnego Kongresu Związku z 20 marca 2004 r. w przedmiocie wyboru na urząd muftiego, uznając, że sprawa nie jest sprawą cywilną ani w sensie formalnym, ani w sensie materialnym¹⁷. W uzasadnieniu stwierdził, że sąd powszechny nie ma prawa ingerencji w wewnętrzne sprawy żadnego Kościoła bądź związku wyznaniowego, a taką jest sprawa wyboru muftiego MZR. Swoje stanowisko uzasadnił, powołując się na konstytucyjną zasadę poszanowania autonomii i niezależności państwa i związków wyznaniowych, jak również ich współdziałania dla dobra człowieka i dobra wspólnego. W związku z tym uznał, że w przedmiotowej sprawie droga sądowa jest niedopuszczalna.

Sąd Apelacyjny w Warszawie oddalił zażalenie na postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie. Uzasadniając swoje stanowisko, trafnie odwołał się zwłaszcza do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Przyjął, że tradycyjnie i powszechnie wspólnoty religijne funkcjonują w ramach zorganizowanych struktur i – gdy chodzi o organizację takiej wspólnoty – przepis art. 9 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka należy interpretować w świetle przepisu art. 11 Konwencji, chroniącego wolność stowarzyszania się przed nieuzasadnioną ingerencją państwa. Dalej trybunał zważył, że autonomia wspólnot religijnych stanowi samą istotę ochrony przyznanej w art. 9 Konwencji, wobec czego – poza szczególnymi przypadkami – prawo do wolności wyznania w formie gwarantowanej w Konwencji wyklucza istnienie jakiegokolwiek swobody decyzyjnej pań-

¹⁶ P. Borecki, *Obsada godności muftiego Muzułmańskiego Związku Wyznaniowego w RP a zasady Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2018, nr 1(21), s. 22.

¹⁷ Zob. <http://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mrsvglrtguytimjyg4yti> [dostęp: 18.02.2022].

stwa, gdy chodzi o kwestię zgodności z prawem przekonań religijnych i sposobów ich wyrażania. W opinii Sądu Apelacyjnego wyjątkowość dopuszczalnej ingerencji państwa w funkcjonowanie struktur organizacyjnych związku wyznaniowego, także w kontekście oceny ważności uchwał organów tego związku, nie pozwala na stosowanie reguł rozszerzającej i analogicznej wykładni obowiązującego prawa. Zdaniem Sądu separacja porządku państwowego i porządku związku oznacza brak mocy obowiązującej przepisów wyznaniowych w porządku laickim właściwym dla prawa państwowego oraz ograniczoną moc sprawczą przepisów państwowych w porządku wyznaniowym.

Kolejnym orzeczeniem sądowym, na które należy w tym kontekście zwrócić uwagę, jest postanowienie Sądu Najwyższego z 12 maja 2016 r.¹⁸ SN, oddalając skargę kasacyjną, przyjął m.in. tezę, że MZR korzysta z autonomii i niezależności w rozumieniu i w granicach określonych przez art. 25 ust. 3 Konstytucji, a regulacje ustawy o MZR (np. art. 6 ust. 1, art. 7, art. 8 ust. 3 i art. 9) w granicach, w których miałyby z tym kolidować, nie mogą stać temu na przeszkodzie, w granicach zaś, w których są akceptowane przez MZR, mogą być traktowane jako jego własne prawo odnoszące się do tego zakresu. W opinii SN gwarancja autonomii i niezależności Kościoła lub związku wyznaniowego wyklucza możliwość ingerencji sądu jako organu władzy państwowej we własny zakres Kościoła lub związku wyznaniowego. Z faktu tego wynika również, że sąd nie może dokonywać oceny prawidłowości stosowania własnego prawa, w tym przypadku sposobu wyboru zwierzchnika. Na szczególną uwagę zasługuje stwierdzenie, że art. 25 ust. 3 Konstytucji ma moc derogacyjną w stosunku do ustawy z 1936 r.

Podobny do powyższego pogląd o zakresie autonomii związków wyznaniowych wyraziła Izba Cywilna SN w postanowieniu z dnia 14 grudnia 2018 r.¹⁹ Sędziowie wskazali, że sądy powszechne nie są uprawnione do rozstrzygania sporów o prawidłowość stosowania własnego prawa przez związki religijne, w tym i Muzułmański Związek Religijny. Pogląd ten ma zastosowanie nie tylko do przypadków, gdy żądanie przedstawione sądowi do rozstrzygnięcia w piśmie wszczynającym postępowanie zmierza bezpośrednio do uzyskania wypowiedzi oceniającej skuteczność czynności podjętych w wyborach do organów władz związku religijnego, ale także w sprawach o innym przedmiocie, gdy ma dojść do oceny umocowania do dokonania czynności procesowych przez osoby powołujące się na sprawowanie w związkach religijnych funkcji pochodzących z wyboru. Dalej SN podkreślił, że spory dotyczące skuteczności wyboru władz związku religijnego powinny być rozstrzygnięte wewnątrz jego struktur, z ewentualnym zaangażowaniem władz państwo-

¹⁸ Sygn. akt IV CSK 529/15.

¹⁹ Sygn. akt I CZ 109/18.

wych, w takim stopniu i formach, jakie przewidziane są przez przepisy o stosunku państwa do poszczególnych Kościołów i związków religijnych.

Sprawa wyboru drugiego muftiego MZR spowodowała także powstanie innych problemów orzeczniczych, które rozstrzygnąć musiały sądy administracyjne. Kolejne orzeczenie WSA w Warszawie wydał po rozpatrzeniu skargi na odmowę przyjęcia powiadomienia J. Aleksandrowicza złożonego w trybie art. 14 ust 2 ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania. Powiadomienie skierowane do organu właściwego do spraw wyznań religijnych z kwietnia 2017 r., uzupełnione pismami z [...] maja, [...] czerwca i [...] lipca 2017 r., dotyczącymi zmiany osoby pełniącej funkcję Muftiego Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej, odmówił wszczęcia postępowania w sprawie przyjęcia powiadomienia.

WSA w Warszawie wyrokiem z dnia 5 czerwca 2018 r. sygn. I SA/Wa 2273/17 utrzymał zaskarżone postanowienie organu w mocy²⁰. Skład orzekający wskazał w uzasadnieniu:

Zważyć należy, że skoro w 2004 r. został dokonany wybór Muftiego, to organ nie był umocowany do przyjęcia powiadomienia odnośnie wyboru innej osoby na to stanowisko. Stanowisko było już bowiem obsadzone. Minister nie może być ani arbitrem, ani stroną sporu dotyczącego wyboru Muftiego. Jak wyżej wskazano, organ w 2004 r. przyjął powiadomienie o wyborze Muftiego, a stanowisko to jest dożywotnie, to nowe zgłoszenie nie mogło być przez organ przyjęte. Wobec tego prawidłowo organ zastosował przepis art. 61a § 1 kpa.

Dalej WSA podniósł, że

nie można tracić z pola widzenia, że przepisy ustawy, jak i statutu nie przewidują możliwości odwołania Muftiego, unieważnienia jego wyboru, jak również kadencyjności piastowania jego stanowiska. Z kolei organ administracji nie jest uprawniony do oceny legalności wyboru osób na stanowiska czy też w skład organów związków wyznaniowych. Zgodnie z art. 25 ust. 3 Konstytucji, stosunki między państwem a Kościołami i innymi związkami wyznaniowymi są kształtowane na zasadach poszanowania ich autonomii. Konstytucja potwierdza prawo Kościołów i innych związków wyznaniowych do tworzenia własnego prawa wewnętrznego, dotyczącego spraw immanentnie związanych z ich działalnością bez ingerencji państwa. Szczególnymi konstytucyjnymi gwarancjami proceduralnymi respektowania przez państwo autonomii Kościołów i innych związków wyznaniowych są: zasada regulacji stosunków między państwem a poszczególnymi wspólnotami religijnymi w formie dwustronnej – w oparciu o umowy (art. 25 ust. 4 i 5 Konstytucji).

Konkludując, Minister, mając wiedzę o wcześniej obsadzonym stanowisku muftiego i wobec zgłoszenia o wyborze na to stanowisko J. Aleksandrowicza, nie był władny, wbrew stanowisku skargi [...] do badania legalności wyboru zarówno poprzedniego muftiego, jak i wskazanego w powiadomieniu z [...] kwietnia 2017 r.

²⁰ <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/B64FD53A9C> [dostęp: 18.02.2022].

Z jednego z wątków w treści tego uzasadnienia można wywieść, że – zdaniem składu orzekającego – minister właściwy do spraw wyznań religijnych, przyjmując powiadomienie o wyborze muftiego w 2004 r. zamknął sobie drogę do rozstrzygnięcia w przedmiocie ważności tego wyboru. W związku z powyższym *a contrario* należy przyjąć, że minister mógł, jako organ nadzorczy (kwestia zgodności z konstytucją takiej roli), w świetle przepisów z 1936 r. rozstrzygnąć o ważności wyboru tylko, odmawiając wszczęcia postępowania po złożeniu powiadomienia przez muftiego T. Miśkiewicza.

Omawiane orzeczenia w sposób jednoznaczny podkreślają przymiot autonomii MZR, który gwarantowany jest na gruncie ustawy zasadniczej. Sądy nie zajmują się, co do zasady, kwestią obowiązywania ustawy partykularnej z 1936 r. w związku z niezgodnością proklamowanego w niej modelu stosunków państwo–związek wyznaniowy z Konstytucją RP z 1997 r. Wyjątek stanowi przywołane w poprzednim akapicie stwierdzenie SN.

Podsumowanie

Podsumowując, należy stwierdzić, że wobec niezgodności modeli relacji państwo–związek wyznaniowy istnieje bezwzględna konieczność zmian w obowiązujących ustawach partykularnych z 1936 r. Zmiany te muszą zostać dokonane zgodnie z postanowieniami art. 25 ust. 5 Konstytucji RP, a więc opierając się na umowie pomiędzy Radą Ministrów a odpowiednimi władzami związku wyznaniowego. Niezgodność zasad regulujących działanie i organizację nie może zostać usunięta przez sądy powszechne, ponieważ zgodnie z zasadą autonomii i niezależności związków wyznaniowych nie są one władne, aby orzekać w wewnętrznych sprawach związku wyznaniowego. Rozwiązaniem tych ewidentnych niezgodności powinien zająć się ustawodawca, ponieważ utrzymują one stan prawny, który nie może pozostać jako jawnie sprzeczny z zasadami konstytucyjnymi. Odpowiednie organy państwowe powinny rozważyć możliwość skierowania do Trybunału Konstytucyjnego wniosków o zbadanie zgodności z Konstytucją wszystkich ustaw przedwojennych. Przeciż, jak podkreśla doktryna, ich ewentualne usunięcie z obrotu prawnego przez trybunał może ułatwić proces legislacyjny i dać rządowi możliwość rezygnacji z trybu umownego²¹, chociaż nie wyklucza jego zastosowania.

W ocenie autorów warto rozważyć pomysł uchwalenia jednej ramowej ustawy wyznaniowej regulującej instytucje i wzajemne relacje państwa z trzema związkami wyznaniowymi, a różnice wynikające z tradycji, doktryny i specyfiki każdego z tych związków uwypuklić w ich prawie wewnętrznym. W tym miejscu należy podkre-

²¹ W. Brzozowski, *Zmiana i uchylenie ustawy...*, s. 31.

ślić, że prace legislacyjne nad ustawą karaimską i muzułmańską w okresie II RP toczyły się w tym samym czasie, a ustawy często zawierają podobne rozwiązania instytucjonalne. Trzeba się także zastanowić, czy jest uzasadnione utrzymywanie oddzielnych ustaw partykularnych dla tak nielicznych związków wyznaniowych, jak tu prezentowane. Rozważenie możliwości uchylecia ustaw i oparcia funkcjonowania tych związków na wpisie do Rejestru Kościołów i innych związków wyznaniowych może ułatwić rozwiązanie postawionego na wstępie problemu.

Na marginesie powyższych rozważań należy stwierdzić, że przysła nowela powinna również rozstrzygnąć w kwestii skutków cywilnych małżeństw wyznaniowych zawieranych w Karaimskim Związku Religijnym i Muzułmańskim Związku Religijnym. Obecnie bowiem te związki wyznaniowe nie posiadają takiego uprawnienia, choć zasady ich funkcjonowania określa ustawa. Wydaje się, że sytuacja ta może zostać uznana jako dyskryminacja, a skoro tak, jak najszybciej powinna być zmieniona przez stosowną regulację.

Literatura

- Borecki P., *Obsada godności muftiego Muzułmańskiego Związku Wyznaniowego w RP a zasady Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2018, nr 1(21).
- Brzozowski W., *Zmiana i uchylene ustawy z art. 25 ust. 5 Konstytucji RP*, [w:] *Układowe formy regulacji stosunków między państwem a związkami wyznaniowymi (art. 25 ust. 4-5 Konstytucji RP)*, red. P. Stanisławski, M. Ordon, Lublin 2013.
- Olszówka M., *Uwagi do art. 25*, [w:] *Konstytucja RP*, t. I, *Komentarz do art. 1-86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.

Izabela Gawłowicz

Uniwersytet Zielonogórski

ORCID 0000-0003-3591-3953

i.gawlowicz@wpa.uz.zgora.pl

Europejski Trybunał Praw Człowieka na rzecz obowiązkowych szczepień dzieci – Vavříčka i inni przeciwko Republice Czeskiej

Słowa kluczowe: prawa człowieka, europejski system ochrony praw jednostki, obowiązek szczepień profilaktycznych, interwencja medyczna

Streszczenie. Wydany wiosną 2021 r. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka¹ w sprawie Vavříčka i inni przeciwko Republice Czeskiej jest głosem międzynarodowego autorytetu w ogólnoświatowej i długotrwałej społecznej dyskusji na temat celowości obowiązkowych szczepień, w tym szczególnie szczepień dzieci. Jednak czas, w którym orzeczenie to zapadło, oraz widoczne w tle kontrowersje towarzyszące szczepionkom przeciwko Covid-19, a także ich ewentualnemu przysłemu obowiązkowi, sprawiły, że trudno byłoby nie odebrać opinii Trybunału w szerszym wymiarze, zwłaszcza że Trybunał również w lipcu i wrześniu 2021 r. w swoich decyzjach o odrzuceniu wniosków skarżących przeciwko Francji oraz Grecji o zastosowanie środków tymczasowych w pewien sposób ponownie stanął po stronie obowiązkowych szczepień – tym razem już tych przeciwko Covid-19. Celem niniejszych rozważań jest ustalenie dwóch kwestii: po pierwsze, czy i ewentualnie na ile sam Trybunał własne orzeczenie w sprawie Vavříčka i inni przeciwko Republice Czeskiej nacechował treściami możliwymi do wykorzystania w dyskusjach odnośnie do ewentualnego wprowadzenia obowiązkowych szczepień przeciwko Covid-19 i po drugie, jak ten głos bardzo przecież opiniotwórczego Trybunału (który wybrzmiał jednak zasadniczo w innej przedmiotowo sprawie) może być rozumiany, a nawet – czy może być wręcz wykorzystany na rzecz wprowadzenia i promowania takich obowiązkowych szczepień.

European Court of Human Rights for mandatory vaccination of children – Vavříčka and others against Czech Republic

Keywords: human rights, European system of human rights, compulsory vaccination, medical intervention

Summary. The much-awaited judgment of the European Court of Human Rights in the case of Vavříčka and others against Czech Republic issued in April 2021 is seen as the voice of international authority in the global and long-lasting debate on the advisability of compulsory vaccination in general, including the vaccination of children. The timing of this ruling and the background controversy surrounding the Covid-19 vaccination, that some states consider compulsory in the future at least for some groups of people (like medical staff, teachers, administration staff) make us to see this judgment in wider dimension. This impression is even intensified by the fact, that in July and November 2021 the Court rejected a few requests for granting *interim measures* from the French

¹ Dalej także jako: ETPC albo Trybunał.

and Greek applicants, medical professionals, on whom France and Greece have imposed mandatory vaccination against Covid-19. Making those decisions the Court again took a stance for mandatory vaccination (this time against Covid-19) at some point. The aims of these consideration are two-fold. First, to analyze, to what extend the Court itself marked its judgement in the case of Vavříčka and others against Czech Republic with the meaning, that could be used in discussions regarding the possible compulsory vaccinations against Covid-19. Secondly, how the Court's opinion can be understood or even used in providing and promoting such compulsory vaccination, despite the fact, that the Court has distanced itself and this particular judgment from such effect.

Wprowadzenie

Od XVIII wieku szczepienia ochronne rewolucjonizują medycynę i zmieniają dzieje ludzkości. Ospa, wściekliczna, tyfus, polio, cholera, dur brzuszny, odra, gruźlica, tężec: te choroby w przeszłości dziesiątkowały ludzkość, obecnie – nie przestając być ciężkimi – nie stanowią już tak wielkiego zagrożenia dla całej populacji właśnie dzięki szczepieniom ochronnym na masową skalę, uniemożliwiającym tym chorobom niekontrolowane rozprzestrzenianie się. Możliwość kontrolowania skali zachorowalności i zapobiegania masowej śmiertelności to najważniejszy efekt szczepień profilaktycznych i jeden z kluczowych elementów polityki ochrony zdrowia. Równocześnie konstruowanie programu szczepień profilaktycznych jest dla państwa dużym wyzwaniem, wymaga bowiem nie tylko precyzyjnego określenia docelowej grupy osób, które mają być poddane szczepieniom, ale również ustalenia przeciwwskazań, możliwych efektów niepożądanych i środków ostrożności². Mając to wszystko na uwadze, państwo, zanim nałoży na jakąkolwiek grupę ludności obowiązek szczepień, powinno rozważyć wszystkie zalety i wady takiego rozwiązania oraz ustalić, czy celu, którym jest ochrona zdrowia publicznego, nie można zrealizować w inny sposób równie skutecznie.

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 8 kwietnia 2021 r. w sprawie Vavříčka i inni przeciwko Republice Czeskiej nie dotyczył wprawdzie szczepień profilaktycznych przeciwko Covid-19, trudno jednak byłoby nie uwzględnić wymowy tego stanowiska analizując rozważaną przez wiele państw ewentualność wprowadzenia tych właśnie obowiązkowych szczepionek.

Prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego jako koncepcja prawna wykształciło się pod koniec XIX wieku dzięki publikacji Samuela D. Warrena i Louisa D. Brandeis'a w „Harvard Law Review”, którzy użyli terminu „prawo do prywatności” (*the right to privacy*) jako służącego ochronie nienaruszalnej osobowości człowieka. Ta sama publikacja posłużyła się wprowadzonym do doktryny wcześniej przez Thomasa Cooleya terminem „prawo do bycia zostawionym w spokoju”

² Szerzej patrz np. A. Kroger, L. Bahta, P. Hunter, *General Best Practice Guidelines for Immunization*, 2022, <https://www.cdc.gov/vaccines/hcp/acip-recs/general-recs/index.html> [dostęp: 15.02.2022].

(*the right to be let alone*). Powszechnie uważa się, że geneza i zdefiniowanie prawa do prywatności są powiązane z dynamicznym rozwojem techniki, która stwarza możliwości wykorzystywania informacji personalnych bez kontroli, a czasem wręcz bez wiedzy osoby, których te informacje dotyczą. Jak słusznie wskazuje jednak Lesław Kański, to tylko jeden z wielu różnych aspektów ewolucji tego prawa jednostki, bo sensem prawa do prywatności jest umożliwienie człowiekowi swobodnego kształtowania własnej osobowości i decydowania o własnych sprawach bez obawy o negatywną reakcję czy wręcz presję środowiska. Innymi słowy prawo do prywatności rozumiane jest jako swoboda jednostki w kształtowaniu swojego życia i autonomicznej koncepcji życiowej, samodzielnego determinowania swojej osobowości i indywidualnego rozwoju. Trudno byłoby natomiast oderwać to prawo i jego realizowanie od aktualnych potrzeb społecznych, od tradycji, kultury, poziomu cywilizacyjnego czy nawet struktury konkretnego społeczeństwa – jest ono zatem kategorią dynamiczną. Elementy składowe prawa do prywatności będą odmiennie w różnych państwach, podobnie jak różnorodne będą instrumenty prawne służące w różnych systemach prawnych jego ochronie. Wokół koncepcji prawa do prywatności pojawiły się również takie terminy, jak: „prywatność”, „życie prywatne”, „życie rodzinne”, „dom”, korespondencja”, „honor”, „cześć”. Ta różnorodność terminologiczna jest odzwierciedlona w aktach prawa międzynarodowego, które deklarują ochronę prawa do prywatności³. Równocześnie już zestawienie tych terminów o wyraźnie odmiennym pochodzeniu wskazuje na ich przynależność do jednej z dwóch koncepcji: prawa do prywatności (amerykańskiej z pochodzenia), obejmującej życie prywatne i rodzinne, dom i korespondencję oraz prawa do osobowości⁴ (wykształconej na gruncie europejskim, zwłaszcza w doktrynie prawa niemieckiego i francuskiego), składowymi której są honor, cześć, imię i nazwisko, a także pozycja społeczna. Współczesna doktryna prawa międzynarodowego oraz orzecznictwo włączają do tej sfery również intymność i wizerunek⁵. Ta różnorodność terminologiczna rodzić może pewną konfuzję pojęciową i dlatego zaznaczyć należy, że spośród wymienionych najszerszy zakres przedmiotowy ma termin „życie

³ Np. art. 12 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r. posługuje się terminami: „życie prywatne”, „życie rodzinne” i „życie domowe”, a w zakres ochrony tego prawa włącza także „honor” i „dobre imię jednostki” (tekst dostępny pod adresem: https://www.unesco.pl/fileadmin/user_upload/pdf/Powszechna_Deklaracja_Praw_Czlowieka.pdf, [dostęp: 30.01.2022]). Międzynarodowy Pakt Praw Cywilnych i politycznych z 1966 r. (Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167) w swoim art. 17 zestawia „życie prywatne” z „życiem rodzinnym”, „domem” i „korespondencją”, „czcią” i „dobrym imieniem”. Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r. (Dz. U. z 1993 r., Nr 1, poz. 284 ze zm.) w swoim art. 8 deklaruje prawo każdej jednostki do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, mieszkania oraz korespondencji.

⁴ Lub osobistości.

⁵ L. Kański, *Prawo do prywatności, nienaruszalności mieszkania i tajemnicy korespondencji*, [w:] *Prawa człowieka. Model prawny*, red. R. Wieruszewski, Wrocław–Warszawa–Kraków 1991, s. 321–327.

prywatne” i to on jest równocześnie najbardziej elastyczny i pojemny, w doktrynie najczęściej opisywany przez otwarte (przykładowe) wyliczenie sytuacji wchodzących w zakres życia prywatnego. Na potrzeby niniejszych rozważań używam terminu „prawo do prywatności” co do zasady jako tego, który odzwierciedlony jest w przepisach art. 8 Konwencji Praw Człowieka i tego, którego zakresem objęte są: „życie prywatne”, „życie rodzinne”, „dom” i „mir domowy”, „tajemnica korespondencji”, „honor”, „cześć”, „wizerunek”, „intymność”.

Objęcie prawa do prywatności ochroną na gruncie prawa międzynarodowego stworzyło wprawdzie pewną ramę pojęciową, do której włączane są coraz to nowe elementy składowe, identyfikowane głównie przez sądy, co kształtuje treść prawa do prywatności, jednak uformowało też w pewnym stopniu konieczność badania prawa krajowego pod kątem realizowania w tym zakresie obowiązków państwa wobec jednostki. Spośród międzynarodowych instytucji realizujących to zadanie, jedną z najbardziej opiniotwórczych jest Europejski Trybunał Praw Człowieka, którego orzecznictwo stanowi nie tylko niewyczerpany zasób informacji o tym, jak rozumieć prawa jednostki, ale również stale kształtuje wspólne, europejskie standardy ich ochrony.

Z perspektywy nauki o prawach człowieka, efektywne funkcjonowanie systemów demokratycznych społeczeństwa obywatelskiego akceptującego wielość i różnorodność i w konsekwencji państwa prawa jest uzależnione od stopnia realizacji praw jednostki. Niektóre z tych praw (lub wolności) odgrywają szczególną rolę dla owego demokratycznego społeczeństwa również w kontekście żywołowo postępującej „technologizacji” życia publicznego⁶ z jednej strony i konieczności zapewnienia zapory przed wkraczaniem władz w życie osobiste jednostki z drugiej, przy czym instrumentów umożliwiających te zapędy władz także dostarczają technologie.

Prawo do prywatności identyfikowane (i rozwijane) w orzecznictwie Trybunału Praw Człowieka jest treściowo o wiele bardziej bogate, niż wynikałoby to z samej lektury przepisów art. 8 Konwencji Praw Człowieka. Artykuł ten deklaruje prawo do poszanowania prywatnej indywidualnej sfery życia człowieka, przy czym sferę tę Trybunał rozumie bardzo szeroko, obejmując jej zasięgiem życie prywatne, życie rodzinne, dom oraz korespondencję, co z pewnością rozszerza tradycyjne ujęcie „prywatności”. Takie pojmowanie prywatności daje też wyraz rozumieniu, że sfery te nakładają się, przenikają się wzajemnie i oddziałują na siebie, oraz sprzyja budowaniu wzorców postępowania dla państwa, które w tym przypadku jest wobec jednostki do pewnych działań i nie-działania zobowiązane. Europejski standard prawa do prywatności nienadający mu charakteru absolutnego i ukształtowany

⁶ Z. Melosik słusznie podkreśla, że z jednej strony technologie są triumfalnym symbolem postępu ludzkości, z drugiej zaś to one mogą zniewalać i alienować całe społeczeństwa; patrz *idem*, *Technologizacja życia i tożsamości w kulturze współczesnej*, „Studia Edukacyjne” 2016, nr 38, s. 43-59.

w dużej mierze orzecznictwem ETPC, zobowiązuje państwo przede wszystkim do powstrzymania się od ingerencji (tzw. obowiązek negatywny) w sfery wyznaczone ramami tego prawa oraz w aktywność człowieka w tych sferach, służącą rozwijaniu i ochronie własnej osobowości. Zadaniem państwa jest tu takie ukształtowanie sytuacji prawnej osoby fizycznej podlegającej jego jurysdykcji (obowiązek pozytywny) poprzez ustawodawstwo krajowe, aby mogła ona swobodnie korzystać z tego prawa, z rzadka jedynie i w sytuacjach bezwzględnie tego wymagających, będąc zobowiązanym do incydentalnego „wpuszczenia” państwa w osobach jego instytucji lub przedstawicieli w ograniczoną w ten sposób strefę własnego komfortu.

Zgodnie z tym standardem dopuszczalna i w pewnych przypadkach nieunikniona ingerencja państwa w korzystanie z prawa do prywatności musi mieć charakter wyjątkowy z wykluczeniem interpretacji rozszerzającej, a potrzeba jej wprowadzenia musi być przekonująco ustalona: ma być oparta na ustawie i konieczna w demokratycznym społeczeństwie ze względu 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. Ewentualne ograniczenia prawa do prywatności nie mogą służyć innym celom niż tym, dla których realizacji je wprowadzono. Co do zasady zresztą dopuszczalność ingerencji we wszelkie prawa i wolności gwarantowane Konwencją badana jest obecnie przy zastosowaniu kryterium legalności i proporcjonalności i w tym obszarze mieści się kwestia analizowanego w niniejszych rozważaniach orzeczenia w sprawie Vavříčka i inni przeciwko Republice Czeskiej. Konwencja umożliwia również zawieszenie obowiązku respektowania postanowień art. 8 Konwencji w nadzwyczajnej sytuacji państwowej na podstawie jej art. 15 ust. 2.

Orzecznictwo Trybunału Praw Człowieka odnośnie do art. 8 Konwencji jest już bogate. Prawo zagwarantowane art. 8 Konwencji wyrażone jest dość lapidarnie, bez szczególowości widocznej np. w przepisach art. 6 Konwencji. Stwarza to Trybunałowi szerokie możliwości identyfikowania treści art. 8, czego skutkiem jest obecne ujęcie tych przepisów znacznie wykraczające zarówno poza intencje twórców Konwencji, jak i poza pierwotną wykładnię tych przepisów, chociaż co do zasady Trybunał unika rozbudowywania katalogu praw i wolności EKPC, a więc również identyfikowania szczegółowych praw i wolności objętych nakazem poszanowania życia prywatnego⁷. To dynamicznie rozwijająca się dzięki orzecznictwu Trybunału koncepcja prawa do prywatności, uwzględniająca zmiany społeczne, obyczajowe i cywilizacyjne, które następowały od czasu uchwalenia Konwencji, jest jednym

⁷ Owo poszerzenie zakresu ochrony przewidzianego art. 8 Konwencji następuje więc każdorazowo poprzez ustalenie, czy określona materia szczegółowa mieści się w sferze chronionej generalnie art. 8 ust 1 Konwencji Praw Człowieka, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1-18*, t. I, red. L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, Warszawa 2010, s. 501.

z powodów uznania Konwencji Praw Człowieka za „żywy instrument”. Jednym z efektów dynamicznej wykładni Konwencji co do praw wolnościowych, takich jak prawo do prywatności, jest uznanie, że wynikające z nich obowiązki państwa nie sprowadzają się jedynie do powstrzymania się od działania, ale również obejmują działania, w konsekwencji których powstaną warunki faktyczne i prawne umożliwiające jednostkom realizowanie ich praw. Oddziaływanie Konwencji na prawo i praktykę państw stron należy także rozumieć w ten sposób, że wyznacza ona minimalny standard ochrony praw jednostki, pozostawiając jednak państwu pewną swobodę, określaną jako „margines oceny” co do sposobu realizowania obowiązków wynikających z Konwencji.

Rozstrzygnięcie, czy państwo naruszyło prawo jednostki do prywatności, wymaga przeprowadzenia przez Trybunał pięcioetapowego testu, opisanego przez Lecha Garlickiego, Piotra Hofmańskiego i Andrzeja Wróbla⁸, który rozpoczyna się określeniem, czy zarzut dotyczy działania lub zaniechania państwa w sferze objętej treścią art. 8 Konwencji, a następnie prowadzi przez ustalenie, czy działanie (lub zaniechanie) władz publicznych nosi znamiona ingerencji w prawo jednostki do prywatności. Samo w sobie ustalenie, iż do ingerencji doszło, jeszcze nie oznacza naruszenia Konwencji, ponieważ, jak wspomniano wcześniej, niektóre ograniczenia praw gwarantowanych Konwencją są nieuniknione i dopuszczalne – pod rygorystycznie sformułowanymi warunkami. Jeżeli zatem Trybunał ustali, iż doszło do ingerencji, to w dalszej kolejności bada, czy spełnia ona postulat legalności formalnej (czy była zgodna z prawem krajowym) i legalności materialnej (czy służyła realizacji celów wymienionych w Konwencji) i wreszcie, czy ingerencja ta była konieczna w demokratycznym społeczeństwie (czy spełniała postulat niezbędności i proporcjonalności). Opisany powyżej pięcioetapowy test co do zasady sprowadza się do ustalenia, czy władze państwa zachowały właściwą równowagę między konkurującymi ze sobą interesami. Uznanie ingerencji w prawo do prywatności za naruszenie Konwencji wymaga ustalenia, że nie spełniła ona przesłanek dopuszczalności z punktu widzenia postanowień Konwencji.

W przypadku omawianego orzeczenia szczególne znaczenie ma przesłanka „konieczności w demokratycznym społeczeństwie”. Punktem wyjścia jest tutaj pojęcie „społeczeństwo demokratyczne” stanowiące szerszy, aksjologiczny kontekst oceny wzmiankowanej konieczności. Społeczeństwo demokratyczne jest bowiem z założenia takim, w którym interes publiczny jest realizowany co do zasady w atmosferze otwartości i tolerancji, a chroniony przy rygorystycznie ograniczonym zaangażowaniu środków represyjnych. Społeczeństwa demokratyczne mogą też być różnorodne i jedynie państwo jako strona Konwencji ma pełne rozeznanie w tym, jak funkcjonuje „jego” społeczeństwo nacechowane konkretnym kontekstem kul-

⁸ *Ibidem*, s. 481 i nast.

turowym i społecznym. Ponadto, jak wskazują autorzy komentarza do Konwencji Praw Człowieka, pojęcie „konieczność” ma na gruncie Konwencji autonomiczne i dynamiczne znaczenie. Konieczne jest wyłącznie takie działanie, które realizuje nagłą potrzebę społeczną i nie da się zastąpić innym, mniej dotkliwym środkiem, a nadto które pozostaje proporcjonalne do przewidzianego przepisami celu. Ocena, czy ingerencja była „konieczna w demokratycznym społeczeństwie” uwzględnia rangę i naturę ograniczanego prawa, wagę interesu, którego ochronie służy zastosowane ograniczenie, dotkliwość ograniczenia i skutki, jakie ono wywołuje – dokonując jej, Trybunał sprawdza, w jaki sposób władze krajowe zadbały o zbalansowanie przeciwstawnych interesów.

Wyrok z 8 kwietnia 2021 r., sprawa Vavříčka i inni przeciwko Republice Czeskiej

Istotnym elementem poszanowania życia prywatnego jest zakaz naruszania integralności (nietykalności fizycznej) jednostki, co w konsekwencji wiąże się z koniecznością uzyskania zgody pacjenta na przeprowadzenie zabiegów medycznych. Postawę Trybunału odnośnie do osób dorosłych w tym zakresie charakteryzuje fragment orzeczenia w sprawie Diane Pretty⁹, w którym Trybunał stwierdził, że przymuszenie dorosłego i zdolnego do podejmowania decyzji pacjenta do poddania się zabiegowi leczniczemu wkraczałoby w sferę integralności fizycznej w sposób wymagający ochrony przewidzianej art. 8 ust. 1 Konwencji Praw Człowieka. W kontekście integralności fizycznej dzieci Trybunał wypowiedział się m.in. w sprawie Costello-Roberts przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, gdzie zarzut dotyczył stosowania kar cielesnych w szkole. Poszanowanie integralności fizycznej człowieka wymaga m.in. zapewnienia mu przez państwo takich warunków, w których będzie on podejmował decyzje o wyrażeniu zgody na ewentualne zabiegi medyczne na podstawie posiadania pełnej i rzetelnej informacji o ewentualnych zagrożeniach towarzyszących zabiegowi medycznemu (tzw. *well-informed decisions*). We wspomnianej nieco wcześniej sprawie Diane Pretty Trybunał stwierdził, że wybory osobiste dotyczące własnego życia odnoszą się również do zachowań szkodliwych fizycznie, moralnie lub nawet niebezpiecznych dla podejmującej je osoby, przy czym to twierdzenie Trybunał odnosił wprost do istniejącego w ustawodawstwie brytyjskim zakazu udzielenia pomocy w samobójstwie. Konstatacja ta natomiast stanowić może punkt wyjścia dla rozważań dotyczących obowiązku szczepień profilaktycznych, z uwzględnieniem jednak znaczenia, jakie tego rodzaju profilaktyka

⁹ Szerzej na temat tego orzeczenia patrz interesującą głosę M. Derlatka, *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 29.4.2002 r. w sprawie Diane Pretty przeciwko Wielkiej Brytanii (skarga 2346)*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2002, nr 2/3, s. 293-306.

ma w kontekście społecznym, ponieważ co do zasady przedmiotem obu spraw są kwestie, dotyczące autonomii osoby ludzkiej w sensie prawa decydowania o własnym ciele. Koncentrując się na tym, że istotą Konwencji jest szacunek dla ludzkiej godności i wolności, podkreślić należy, iż obecnie, w czasach dynamicznego rozwoju i ogromnego postępu medycyny staje się kwestią coraz bardziej istotną to, jak nasze indywidualne wybory życiowe oddziałują na społeczeństwo. O ile bowiem osoba fizyczna przy dokonywaniu tych wyborów może kierować się wyłącznie własnym, wąsko pojmowanym dobrem, o tyle zadaniem państwa jest również ochrona zdrowia publicznego w szerokim tego słowa znaczeniu i w tym zakresie jest ono zobowiązane do podejmowania działań, które zabezpieczą również interes zbiorowy, a w jego ramach ochronę zdrowia innych jednostek. Jeżeli przyjąć, że istotą godności osoby fizycznej jest jej autonomia, musi narodzić się pytanie o to, czy ma ona absolutną naturę, czy może należy jej postawić jakieś ograniczenia – i tak wolność jednostki musi koegzystować z wolnością innych jednostek, a jako taka nie może oznaczać niczym nieskrępowanej dowolności. Trybunał w sprawie *Pretty* podkreślił, że państwa są nie tylko uprawnione, ale wręcz zobowiązane do regulacji za pomocą prawa działań szkodliwych dla życia i bezpieczeństwa jednostek i całych społeczeństw. Z drugiej strony państwu nie wolno poddawać człowieka sytuacjom, które jego godność mogłyby przekreślić. Zbalansowanie interesu jednostki i interesu publicznego stanowi tutaj problem nie do rozwiązania w sposób abstrakcyjny, natomiast musi być on rozstrzygany *ad casu*.

W swoim orzeczeniu w sprawie *Vavříčka* i inni przeciwko Republice Czeskiej Trybunał badał zgodność z Konwencją o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r.¹⁰ krajowych przepisów nakładających na rodziców obowiązek szczepienia ich dzieci i przewidujących sankcje za niewykonanie tego obowiązku w postaci grzywny oraz wykluczenia niezaszczepionych dzieci z edukacji przedszkolnej. Zarzuty skarżących oparte były na art. 8 i 9 EKPC oraz na art. 2 pierwszego Protokołu Dodatkowego do EKPC. Trybunał w omawianym orzeczeniu skoncentrował się wprawdzie na ustaleniu, czy działanie państwa stanowiło ingerencję w życie prywatne skarżących, a zatem w prawo objęte postanowieniami art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, ale musiał skonfrontować się przy tej okazji ze zjawiskiem „sprzeciwu sumienia”, wcześniej analizowanym wyłącznie w obszarze objętym przepisami art. 9 Konwencji, w kontekście wolności przekonań i obowiązkowej służby wojskowej – tu po raz pierwszy w postaci oporu przed obowiązkowymi szczepieniami profilaktycznymi (ang. *Vaccine hesitancy*). Trybunał nie badał odrębnie zarzutów z art. 9 Konwencji, ponieważ przypomniał, odwołując się do własnego orzecznictwa, że nie wszystkie opinie jednostki wyrażają jej „przekonania” w rozumieniu art. 9, a aby można było

¹⁰ Dalej jako: EKPC albo: Konwencja Praw Człowieka.

mówić o przekonaniach, opinie jednostki musi cechować wystarczająca powaga, spójność oraz ranga. Opór skarżących wobec obowiązkowych szczepień profilaktycznych, początkowo motywowany głównie obawami przed szkodliwymi skutkami ubocznymi, wg Trybunału standardu „przekonań” w rozumieniu art. 9 Konwencji Praw Człowieka nie spełniał.

Trybunał wyszedł od wskazania, że Europejska Konwencja Praw Człowieka nie zawiera wprawdzie postanowień odnoszących się *expressis verbis* do szczepień, ale przypomniał, że obowiązkowe szczepienia, jak żadna inna interwencja medyczna¹¹, oznaczają ingerencję państwa w życie prywatne i rodzinne w znaczeniu przyjętym w art. 8 EKPC, zwłaszcza dokonane w warunkach wyłączających świadomą i dobrowolną zgodę jednostki. W opinii Trybunału do ingerencji takiej dochodzi nawet wtedy, gdy żadne szczepienie nie zostało przeprowadzone wbrew woli osoby, której dotyczy, bądź gdy do szczepienia finalnie nie doszło. Ingerencją w prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego jest już bowiem samo istnienie obowiązku szczepień zagwarantowanego sankcją.

Jak już jednak wcześniej wspomniano, samo stwierdzenie, że doszło do ingerencji w prawo chronione Konwencją nie wystarcza do ustalenia, iż doszło do naruszenia Konwencji, ponieważ ingerencja ta może być usprawiedliwiona, dopuszczalna i legalna w świetle samej Konwencji. Trybunał ustalił zatem, że przewidziane ograniczenie swobody podejmowania decyzji odnośnie do własnego zdrowia było oparte na obowiązującym prawie oraz że w ten sposób państwo realizowało ważny i uzasadniony cel, czyli ochronę zdrowia tych osób, które szczepionkę przyjęły oraz tych, które wprawdzie przyjąć jej nie mogły ze względów medycznych, jednak zdrowotnie korzystały na tym, że wysoki poziom odporności społeczeństwa zapewniał im ochronę przed zachorowaniem. W ten sposób Trybunał ustalił spełnienie dwóch przesłanek dopuszczalności ograniczenia korzystania z prawa gwarantowanego Konwencją: legalności oraz realizacji uprawnionego celu. Zasadniczą część swojej analizy Trybunał poświęcił jednak ustaleniu, czy zastosowane ograniczenie było konieczne w demokratycznym społeczeństwie. Skarżący kwestionowali konieczność i zasadność szczepień oraz ich całe instytucjonalne tło – twierdzili, że wprowadzenie tego obowiązku nie poprzedziła rzetelna debata publiczna, a w dyskusjach publicznych, które przeprowadzono, wypowiedzieli eksperci finansowani

¹¹ Terminem „interwencja medyczna”, nie definiując go jednak, posługuje się Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny podpisana w Oviedo 4.04.1997 r. (tekst dostępny pod adresem: <https://rm.coe.int/168007cf98>; dostęp 30.01.2022), która w swoim art. 4 stosuje również termin synonimiczny „interwencja w dziedzinie zdrowia”. Według Justyny Przybylskiej interwencja medyczna to każda prawnie dozwolona ingerencja w organizm chorego związana z udzielaniem świadczeń zdrowotnych, podejmowana wobec pacjenta przez uprawnione do tego podmioty; J. Przybylska, *Cywilnoprawne aspekty instytucji zgody pacjenta na interwencję medyczną i jej definicja*, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 16, s. 742.

przez firmy farmaceutyczne. Skarżący, wspierani przez stowarzyszenie Rozalio, zraszające rodziców sprzeciwiających się szczepieniom i biorące udział w postępowaniu jako interwenient uboczny, kwestionowali również społeczną zasadność konstrukcji całego systemu szczepień, twierdząc, że istnieją badania potwierdzające większą efektywność modelu dobrowolnego dla zdrowia publicznego, ponieważ represje za niepoddanie się obowiązkowi szczepień przynoszą skutek odwrotny od zamierzonego, zwiększając poziom nieufności jednostek wobec państwa i w konsekwencji zmniejszając odsetek zaszczepionych osób. Nadto skarżący podnosili, że państwo powinno rozważyć dostępne, a mniej inwazyjne środki ochrony zdrowia dzieci przedszkolnych i jako przykład wskazywali, że dzieci niezaszczepione mogłyby być dopuszczone do edukacji przedszkolnej na zwykłych zasadach, a odsunięte od niej tymczasowo dopiero w przypadku groźby lub rzeczywistego wystąpienia poważnej choroby zakaźnej. Podstawowym argumentem skarżących przeciwko obowiązkowym szczepieniom była jednak ewentualność wystąpienia poważnych i nawet długofalowych skutków ubocznych, których się obawiali i uważali przymuszanie ich do zaszczepienia swoich dzieci w tych warunkach za poważną ingerencję w ich prawo do opieki nad dziećmi oraz w ich życie prywatne i rodzinne, przy czym w ich opinii negatywne skutki dla ich życia prywatnego i rodzinnego były wywołane nie tylko przez sam przymus szczepień, ale również przez sankcję za niedopełnienie tego obowiązku, czyli wykluczenie ich dzieci z edukacji przedszkolnej. To ostatnie łączyło się również z dolegliwością finansową dla rodziców, którzy musieli zapewnić dzieciom opiekę prywatną.

Pozwany rząd, odrzucając zarzuty, przedstawił własne badania dotyczące bezpieczeństwa oraz skuteczności szczepień oraz powołał się na doradcze ciała eksperckie, Krajową Komisję ds. Szczepień oraz czeskie stowarzyszenia eksperckie, które popierały rządowy system szczepień w jego ówczesnym kształcie. Podkreślił również, że w ostatnich latach to opór przed szczepieniami urósł w Republice Czeskiej do rangi poważnego problemu, a wprowadzenie obowiązku szczepień było niejako naturalną i konieczną reakcją wobec takiej postawy części społeczeństwa i rzeczywiście poprawiło ono statystyki zdrowotne. Co do ryzyka, które stwarzają szczepienia, rząd podtrzymywał, iż zostało ono rozsądnie oszacowane i w przypadku tych szczepień jest bardzo niskie (stwierdzono wystąpienie nie więcej niż 6 przypadków długotrwałych konsekwencji zdrowotnych na 100 tys. zaszczepionych dzieci rocznie).

Trybunał w swojej analizie postawionych Republice Czeskiej zarzutów zbadał kolejno następujące kwestie: po pierwsze, czy państwowy program obowiązkowych szczepień profilaktycznych odpowiada naglącej potrzebie społecznej; po drugie, czy jest właściwy i wystarczający, by potrzebę tę zrealizować; i po trzecie, czy jest proporcjonalny do założonego celu. Trybunał podkreślił przy tym, że wstępna ocena

sytuacji i ryzyka wprowadzenia ograniczenia praw lub wolności człowieka zawsze należy do państwa i że dysponuje ono w tym zakresie szerokim marginesem oceny, ponieważ Konwencja Praw Człowieka i stworzony na jej podstawie system ochrony tych praw jest subsydiarny wobec systemu prawa krajowego. Nadto Trybunał podkreślił, że skarżący nie zostali zaszczepieni wbrew ich woli, co samo w sobie już zmniejsza ryzyko naruszenia prawa gwarantowanego art. 8 Konwencji. Nie bez znaczenia jest także, że wśród państw stron Konwencji panowała zgoda co do tego, że wysoki poziom wyszczepienia społeczeństwa na niektóre groźne dla życia choroby zakaźne ma fundamentalne znaczenie dla zdrowia publicznego, natomiast metody, jakimi państwa miały osiągnąć ten cel, pozostawione były do ich uznania.

Konkluzje tej analizy były następujące. Trybunał nie miał wątpliwości, że polityka ochrony zdrowia publicznego i będący jej elementem program obowiązkowych szczepień profilaktycznych w Republice Czeskiej odpowiadał naglącej potrzebie społecznej, a supozycję tę wsparł odwołaniem się do opinii ekspertów co do tego, że szczepienia dzieci powinny być obowiązkowe. Ustalając, czy zastosowanie przymusu było rzeczywiście niezbędne oraz czy działania państwa uwzględniały najlepiej pojęty interes dziecka, Trybunał przyznał, że ochrona wszystkich dzieci przed poważnymi chorobami ma charakter fundamentalny. Zdrowie niektórych dzieci zależy od tzw. odporności populacyjnej i w opinii ETPC państwa mogą w imię tzw. solidarności społecznej zastosować obowiązkowe szczepienia w sytuacji, w której pozostawienie ich dobrowolnymi nie umożliwi osiągnięcia takiej odporności. Wobec tego przewidziane prawem sankcje za niewypełnienie obowiązku szczepień należy uznać za przyjęte z ważnych powodów. Oceniając proporcjonalność zastosowanego środka, Trybunał badał, czy i na ile argumenty za i przeciw takiemu rozwiązaniu równoważą się wzajemnie i wziął pod uwagę szereg różnych czynników, włączając w to zakres obowiązkowych szczepień, bezpieczeństwo i skuteczność szczepionek, surowość sankcji za niepoddanie się obowiązkowi szczepień, spójność całego systemu obowiązkowych szczepień oraz politykę państwa w tym zakresie. W Republice Czeskiej za obowiązkowe prawo uznaje szczepienia dzieci na 9 najgroźniejszych chorób, przy czym światowe badania naukowe potwierdzają bezpieczeństwo stosowania i efektywność szczepień na te choroby. W bardzo rzadkich przypadkach szczepienia te mogą powodować poważne i trwałe szkody na zdrowiu osoby zaszczepionej i dlatego wymagane są szczegółowe badania pod kątem istnienia poważnych przeciwwskazań do takich szczepień oraz stały monitoring działań niepożądanych w ogólności. W tym zakresie Trybunał uznał program czeskich obowiązkowych szczepień profilaktycznych za właściwy, a istniejące sankcje za umiarkowanie surowe – 110 euro grzywny można było nałożyć na rodzica tylko raz, a wykluczenie dzieci z edukacji przedszkolnej wprowadzić pozbawiało je ważnych dla ich psychofizycznego rozwoju i kształtowania osobowości

w tym wieku kontaktów społecznych oraz umiejętności edukacyjnych, jednak była to bezpośrednia konsekwencja wyboru dokonanego przez ich rodziców, a nadto wykluczenie nie obejmowało już dostępu do edukacji szkolnej ani innych metod możliwego rozwoju społecznego i edukacyjnego. Co więcej, z perspektywy państwowej polityki zdrowotnej istotne jest, iż ogólny spadek odsetka zaszczepionych dzieci w wieku przedszkolnym powoduje, że dzieci, które nie mogą być zaszczepione z powodu istnienia przeciwwskazań medycznych, zostają odsunięte od edukacji przedszkolnej. W świetle tych okoliczności nie można uznać za nieproporcjonalny obowiązek szczepień nałożony na tych, dla których stanowi on niewielkie ryzyko. Sankcje przewidziane za niedopełnienie obowiązku szczepień były poddane kontroli administracyjnej i sądowej oraz kontroli Trybunału Konstytucyjnego w Republice Czeskiej i ETPC nie znalazł powodów, by zakwestionować rzetelność tych postępowań, podobnie jak nie można było rozsądnie kwestionować transparentności, profesjonalizmu i politycznej legitymacji czeskiego systemu obowiązkowych szczepień profilaktycznych w ogólności. W opinii Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie doszło do naruszenia przez Republikę Czeską praw gwarantowanych art. 8 Konwencji.

Implikacje stanowiska Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie obowiązkowych szczepień na tle pandemii Covid-19

Wyżej omówiony wyrok i niektóre fragmenty zaprezentowanej w nim argumentacji ETPC stanowią ważny punkt odniesienia do rozważań na temat ewentualności (i uzasadnienia konieczności) wprowadzenia obowiązkowych szczepień przeciwko Covid-19, co w różnym stopniu było i jest brane pod uwagę w wielu państwach. Nie ma wątpliwości, że stanowiska Trybunału są opiniotwórcze w szerokim tego słowa znaczeniu i to nie tylko dla prawników zajmujących się prawami człowieka, prawnikom właśnie perswazyjność tych wypowiedzi służy zaś szczególnie.

Trybunał zmierzył się z podstawowym zarzutem przeciwników szczepień, wypowiadając się wprawdzie w sprawie obowiązkowych szczepień dzieci, ale większość argumentów, którymi się posłużył, może mieć zastosowanie do obowiązkowych szczepień w ogólności. Nałożenie na osoby podlegające jurysdykcji państwa obowiązku poddania się szczepieniom rodzi konieczność pogodzenia tego działania państwa z prawem jednostki do prywatności w odniesieniu do poszanowania jej integralności (nietykalności fizycznej) oraz z wolnością osobistą jednostki. Znalezienie równowagi między przeciwstawnymi dobrami jest tutaj zadaniem państwa. Wyczekiwane orzeczenie w sprawie Vavříčka i inni przeciwko Republice Czeskiej w doktrynie wzbudziło kontrowersje przede wszystkim w związku z podejściem Trybunału do kwestii proporcjonalności zastosowanego przez państwo

środka¹², m.in. z tego powodu, że we wcześniejszych swoich orzeczeniach Trybunał do tego kryterium podchodził odmiennie. I tak w swoich poprzednich orzeczeniach Trybunał co do zasady stał na stanowisku, że aby uznać zastosowany środek za proporcjonalny, nie może istnieć żaden inny środek umożliwiający osiągnięcie tego samego celu, który w mniejszym stopniu ingerowałby w dane prawo człowieka¹³. Badając skargę Vavříčka i inni przeciwko Republice Czeskiej, Trybunał nie posłużył się kryterium „najmniej restrykcyjnego środka”, przeciwnie – potwierdził nawet, że były dostępne środki umożliwiające osiągnięcie tego samego celu przy mniejszym stopniu ingerencji w prawa jednostki, ale równocześnie uznał, że ich teoretyczna dostępność nie uniemożliwia uznania, że zastosowany przez Republikę Czeską inny środek jest proporcjonalny. Trybunał wskazał tu na brak jednolitego stanowiska państw-stron Konwencji co do tego, w jaki sposób zapewnić społeczeństwu tzw. odporność populacyjną, który to brak najwyraźniej przyczynił się do odstąpienia od stosowania dotychczasowego kryterium „najmniej restrykcyjnego środka”. Argumentacja samego ETPC wskazuje na to, że Trybunał przeniósł środek ciężkości testu proporcjonalności na ustalenie, czy państwo poszukując równowagi między zastosowanym środkiem i związaną z tym ingerencją w prawo jednostki a poszanowaniem tego prawa, działało w ramach swojego marginesu oceny w tej sferze. Wydaje się, że tym sposobem Trybunał dostarczył ważnego argumentu dla rządów, które chciałyby odwołać się do jego orzecznictwa i poprzeć nim swoją politykę w zakresie obowiązkowych szczepień profilaktycznych, choć sam Trybunał wyraźnie odciął się od ewentualności traktowania jego wyroku w sprawie Vavříčka jako precedensu odnośnie do obowiązkowych szczepień przeciwko Covid-19.

Jak słusznie jednak podnosi B. Gronowska, ocena tego, na ile ograniczenie prawa czy wolności było „konieczne w demokratycznym społeczeństwie” może i wręcz powinna uwzględniać szerszy kontekst społeczny, a nie jedynie odniesienie do indywidualnych okoliczności sprawy¹⁴. Wydaje się zatem, że w omawianej sprawie

¹² A. Nilsson, nie przesądzając racji Trybunału czy jej braku co do odstąpienia od zastosowania kryterium „najmniej restrykcyjnego środka”, surowo krytykuje to, że Trybunał swojego wyboru nie poparł zbadaniem użyteczności istniejących i dostępnych środków ani zbadaniem, czy istnieje w tej sprawie konsensus środowisk naukowych. Patrz obszerny komentarz A. Nilsson, *Is Compulsory Childhood Vaccination Compatible with the Right to Respect for Private Life? A Comment on Vavříčka and Others v. the Czech Republic*, „European Journal of Health Law”, 2021, 28(3), s. 323-340; <https://doi.org/10.1163/15718093-bja10048>. Patrz również komentarz Z. Vikarskiej do tego orzeczenia, dostępny pod adresem: <https://verfassungsblog.de/is-compulsory-vaccination-compulsory/> [dostęp: 15.02.2022].

¹³ Patrz np. orzeczenia ETPC w sprawach: T. Miloslavky przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 18139/91, wyrok z dnia 13.07.1995; Manoussakis i inni przeciwko Grecji, skarga nr 18748/91, wyrok z dnia 26.09.1996; Litwa przeciwko Polsce, skarga nr 26629/95, wyrok z dnia 4.04.2000 i inne.

¹⁴ B. Gronowska, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. W poszukiwaniu efektywnej ochrony praw jednostki*, Toruń 2011, s. 132-133.

ten właśnie kontekst społeczny zdecydował o odstąpieniu od zastosowania kryterium najmniej restrykcyjnych ograniczeń praw jednostki.

Kolejnych argumentów podobnej natury Trybunał dostarczył we wrześniu 2021 r., podejmując decyzje o odrzuceniu wniosków o zastosowanie środków tymczasowych (ang. *interim measures*) w kilku sprawach, m.in. Kakaletri i inni przeciwko Grecji¹⁵ oraz Thefanopoulou i inni przeciwko Grecji¹⁶. Wnioski pochodziły od pracowników państwowej i prywatnej służby zdrowia poddanych w Grecji jako grupa zawodowa obowiązkowi szczepienia przeciwko Covid-19, przy czym obowiązek ten stanowił warunek dalszego wykonywania zawodu. Trybunał podkreślił, że rozstrzygnięcie w przedmiocie zastosowania środków tymczasowych, dokonywane na podstawie art. 39 Regulaminu ETPC¹⁷, nie przesądza o dopuszczalności skargi ani nie oznacza jej merytorycznego rozstrzygnięcia, a zastosowanie środków tymczasowych jest ograniczone do absolutnie wyjątkowych sytuacji, w których zachodzi obawa, że w przeciwnym przypadku skarżący byłiby narażeni na ryzyko poniesienia nieodwracalnej szkody. Tym samym Trybunał dał wyraz swemu przekonaniu, iż ryzyko poniesienia nieodwracalnej szkody przez skarżących nie zachodzi, domyślnie akceptując postawienie ich przez państwo w sytuacji wyboru pomiędzy zaszczepieniem wbrew ich przekonaniom a utratą (zawieszeniem) pracy. Orzeczenie w sprawie Vavříčka i inni przeciwko Republice Czeskiej zainicjowało szereg decyzji Trybunału, których generalny wydźwięk jest spójny i jednoznacznie rozumiany jako poparcie ETPC dla obowiązkowych szczepień oraz udzielenie wskazówek, w jakich okolicznościach mogą one być uznane za zgodne z Europejską Konwencją Praw Człowieka.

Literatura

- Derlatka M., *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 29.4.2002 r. w sprawie Diane Pretty przeciwko Wielkiej Brytanii (skarga 2346)*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2002, nr 2/3.
- Gronowska B., *Europejski Trybunał Praw Człowieka. W poszukiwaniu efektywnej ochrony praw jednostki*, Toruń 2011.
- Kański L., *Prawo do prywatności, nienaruszalności mieszkania i tajemnicy korespondencji*, [w:] *Prawa człowieka. Model prawny*, red. R. Wieruszewski, Wrocław–Warszawa–Kraków 1991.
- Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, t. I, red. L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, Warszawa 2010.
- Kroger A., Bahta L., Hunter P., *General Best Practice Guidelines for Immunization*, 2022, <https://www.cdc.gov/vaccines/hcp/acip-recs/general-recs/index.html> [dostęp: 15.02.2022].

¹⁵ Skarga nr 43375/21, Press release ECHR 266 (2021), 9.09.2021.

¹⁶ Skarga nr 43910/21, Press release ECHR 266 (2021), 9.09.2021.

¹⁷ Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284/1.

- Melosik Z., *Technologizacja życia i tożsamości w kulturze współczesnej*, „Studia Edukacyjne” 2016, nr 38.
- Nilsson A., *Is Compulsory Childhood Vaccination Compatible with the Right to Respect for Private Life? A Comment on Vavříčka and Others v. the Czech Republic*, „European Journal of Health Law” 2021, nr 28(3).
- Przybylska J., *Cywilnoprawne aspekty instytucji zgody pacjenta na interwencję medyczną i jej definicja*, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 16.
- Vikarská Z., *Is Compulsory Vaccination Compulsory?*, *Verf Blog*, 2021/4/12, <https://verfassungsblog.de/is-compulsory-vaccination-compulsory/>, DOI: 10.17176/20210412-221156-0 [dostęp: 15.02.2022].

Stefan Marek Grochalski

Uniwersytet Opolski

ORCID 0000-0003-4812-7441

margroch@uni.opole.pl

Prawo kosmiczne w kontekście trzech reżimów prawnych. Jedność celów czy egoizm interesów?

Słowa kluczowe: prawnomiędzynarodowe regulacje pokojowego wykorzystania przestrzeni kosmicznej, orbita geostacjonarna, eksploatacja Kosmosu, prawo kosmiczne – reżimy prawne, wielość podmiotów eksploatujących kosmos, państwowe i pozapaństwowe podmioty, narodowe agencje kosmiczne

Streszczenie. W artykule zaprezentowano aktualne kwestie związane z wykorzystaniem przestrzeni kosmicznej wraz ze wskazaniem konieczności przestrzegania obowiązujących regulacji, współtworzących międzynarodowe prawo kosmiczne. Zaprezentowano swego rodzaju proces – ewolucję wykorzystywania przestrzeni kosmicznej, poczynwszy od monopolu państw, przez zdefiniowane wola państw działania organizacji międzynarodowych, kończąc na narodowych agencjach kosmicznych, będących instytucjonalnym wsparciem również dla prywatnych podmiotów. W pracy, adekwatnie do wykazanej wielopodmiotowości, prezentuje się regulacje prawne, w których pierwsze konwencje, umowy z lat 60. i 70. XX w., współtworzące międzynarodowe prawo kosmiczne, winny być traktowane jako normy *ius cogens*.

Space law in the context of three legal regimes. The unity of objectives or the egoism of interests?

Keywords: international legal regulations of peaceful use of outer space, geostationary orbit, space exploration, space law - legal regimes, multitude of entities exploring space, state and non-state entities, national space agencies

Summary. The article presents the current issues related to the use of outer space along with the necessity to comply with the applicable regulations establishing international space law. The process of the evolution of the use of space is presented. It starts with the monopoly of states, through actions of international organisations exercising the will of appropriate states and culminating with national space agencies, also providing the institutional support for private entities. The paper, taking into account the evidenced multitude of the entities involved, presents legal regulations in which the first conventions, agreements from the 1960s and 1970s, establishing jointly international space law, should be treated as *ius cogens* norms.

Od ponad siedemdziesięciu lat przestrzeń kosmiczna przestała być tą, której człowiek doświadczał duchowo i wzrokowo, jedynie patrząc w górę. Przestrzeń ta nie jest przeznaczona już tylko dla religii, dla poetów czy dla marzycieli. Dzięki osią-

gnięciom nauki, przede wszystkim dzięki astrofizykom, stała się ona z jednej strony coraz bardziej poznawalna, a przez to coraz bardziej nam bliższa, z drugiej zaś – wyzwoliła u polityków określone oczekiwania skutkujące potrzebą działań. A tam, gdzie politycy, tam różne koncepcje, stawiane cele, ambicje, priorytety, egoizmy, racje stanu. Tam również zapotrzebowanie na regulacje prawne.

Pewnym *signum temporis* stał się fakt, że obecnie brakuje totalnej dominacji państw w realizowanych programach kosmicznych (*OldSpace*) na rzecz komercjalizacji (*NewSpace*), „[...] której cechą charakterystyczną jest przejście od branży, która była silnie uzależniona od agencji rządowych (i pieniędzy podatników) do bardziej sprawnego i niezależnego sektora prywatnego, który jest innowacyjny i w głównej mierze opiera się na nowych technologiach”¹.

W procesie poznawania i wykorzystania Kosmosu (lecz nie jego podboju), jest kilka szczególnych dat – wydarzeń, które tę przestrzeń, z woli państw pozbawioną suwerennego władztwa jakiegokolwiek podmiotu, określaną jako *ad infinitum*, czynią nam – ludzkości – bliższą. Bezsprzecznie, niedawne udane lądowanie amerykańskiego łazika planetarnego *Perseverance* („Wytrwałość”) na Marsie oraz pierwsza w historii chińska sonda międzyplanetarna Tianwen-1, która weszła na orbitę Marsa², obok wystrzelenia w Kosmos pierwszego sztucznego satelity Ziemi (1957), pierwszego człowieka w przestrzeni kosmicznej (1961), pierwszego „space-ru” człowieka w przestrzeni kosmicznej (1965), lądowania człowieka na Księżycu i bezpiecznym powrocie na Ziemię (1969), do takich szczególnych i przełomowych wydarzeń należy.

Używane często terminy „podbój Kosmosu”, „kolonizacja Kosmosu”, o ile nie są tylko publicystycznymi określeniami, powinny zapalać przed ludzkością czerwoną lampkę, budząc tym samym co najmniej ostrzegawczą refleksję. W racji stanu każdego państwa zawiera się, co naturalne, egoizm, który, znany z historii, wielokrotnie prowadził do katastrof o charakterze nie tylko bilateralnym czy regionalnym, ale wręcz światowym. W przypadku wykorzystania Kosmosu niezgodnie z obowiązującym prawem do celów militarnych, jego skutki mogą mieć wymiar planetarny³. Nie można wykluczyć, że ulegną bezpowrotnemu zniszczeniu budowane przez kilkadziesiąt wieków cywilizacyjne struktury, systemy społeczne, prawne polityczne

¹ Szerzej M. Polkowska, *Prawo, prywatyzacja i bezpieczeństwo – szczególne wyzwania nowej ery kosmicznej (NEWSPACE)*, [w:] „Teki Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie”, Lublin 2020, t. XIII, Nr 2, s. 435-450.

² Źródło: <https://businessinsider.com.pl/technologie/nowe-technologie/chinski-satelita-wszedl-na-orbite-marsa/cwzt88m> [dostęp: 27.02.2021].

³ S.M. Grochalski, P. Szewczyk, *Bezpieczna przestrzeń kosmiczna eliminująca potencjalny problem globalny. Wymiar prawnomiędzynarodowy*, [w:] E. Dynia, S. Kubas, *Bezpieczeństwo w międzynarodowym i krajowym prawie lotniczym i kosmicznym*, Rzeszów 2019, s. 203-215.

i ekonomiczne. Dlatego, bez wątplenia, pytaniem retorycznym jest, czy ów egoizm powinien również realizować się w przestrzeni kosmicznej⁴?

Osiągnięcia w poznawaniu – ujarzmianiu Kosmosu dają zasadniczo dwie satysfakcje. Pierwsza z nich to poczucie spełnienia dla ludzi nauki, również dla marzycieli. Druga to satysfakcja dla polityków, którzy otrzymują, już od chwili wystrzelenia w Kosmos pierwszego sztucznego satelity Ziemi, nowe nadzieje, możliwości osiągania celów politycznych i wojskowych, nową ich zdaniem przestrzeń do zawłaszczenia. Sprowadzić się to może, niestety, do prostego wzoru, który wydaje się być priorytetowy: że oto poprzez podbój przestrzeni kosmicznej określone państwa będą nieprawdopodobnie silniejsze, a obywatele tych państw będą mieli egzystencjalnie lepiej niż pozostali. I choć propagandowo mówi się często: „dla ludzkości”, to w gruncie rzeczy naprawdę znaczy to: „dla nas”, „dla naszych”. Ewentualna realizacja takiego egoizmu z jednej strony prowadzić może do działań mogących być źródłem egoistycznego dobrostanu tej grupy. Z drugiej zaś, świadomość skutków ewentualnej planetarnej przegranej staje się przesłanką do racjonalnej współpracy, kompromisów, wspólnych uzgodnień. Korzystanie z natury Kosmosu winno bezsprzecznie być przedsięwzięciem o wymiarze globalnym, nie podbojowym czy kolonizacyjnym, jedynym z podstawowych celów winno być bowiem rozszerzenie egzystencji naszej cywilizacji na terytoria innych ciał niebieskich Układu Słonecznego poprzez pokojową, zgodną z prawem kosmicznym, ich eksplorację⁵.

Począwszy od 1957 r., kiedy to rozpoczęła się era zdobywania i wykorzystywania Kosmosu, przyjęto szereg rozwiązań prawnych, dotyczących zarówno określenia statusu prawnego Kosmosu, jak również wykorzystania przestrzeni kosmicznej. Pojawiło się międzynarodowe prawo kosmiczne jako jedna z najmłodszych części międzynarodowego prawa publicznego. Obecnie międzynarodowe prawo kosmiczne to całokształt zasad i norm ustanawiających określony porządek prawny dla przestrzeni kosmicznej, łącznie z ciałami niebieskimi. System ten określa prawa i obowiązki uczestników i użytkowników⁶. Gdyby pokusić się o określenie, w których latach problematyka międzynarodowego prawa kosmicznego była analizowana i podlegała różnego rodzaju opracowaniom najczęściej, to bez wątplenia były to dekady lat sześćdziesiątych, siedemdziesiątych i osiemdziesiątych XX w., które utrzymują prymat i priorytet w tej dziedzinie. Lata dziewięćdziesiąte i pierw-

⁴ M. Polkowska, *op. cit.*, s. 210-218.

⁵ Elon Musk, biznesmen i marzyciel stwierdził: „Uważam, że w interesie ludzkości jest to, byśmy stali się gatunkiem kolonizującym planety i eksplorującym Kosmos. Rozpoczęcie podboju Marsa będzie jednak wymagało znacznych nakładów finansowych” – podkreśla. „Chcę w maksymalnym stopniu przyczynić się do urzeczywistnienia tej wizji. A do tego potrzeba będzie dużych pieniędzy” – dodaje. Źródło: <https://businessinsider.com.pl/firmy/strategie/elon-musk-i-kolonizacja-marsa-miliarder-pozbywa-sie-majatkku/01219z8> [dostęp: 27.02.2021].

⁶ A. Górbiel, *Międzynarodowe prawo kosmiczne*, Warszawa 1985, s. 11.

sze dekady XXI w. są w odniesieniu do umów międzynarodowych niemalże wyciszone. Do wyjątków należy zaliczyć przyjęte w 1993 r. przez Organizację Narodów Zjednoczonych Zasady, dotyczące wykorzystywania jądrowych źródeł energii w przestrzeni kosmicznej, m.in. Zasada nr 8, która stanowi: „każde państwo, które wypuszcza albo powoduje wypuszczenie obiektu w przestrzeń kosmiczną, oraz każde państwo, z którego terytorium lub urządzeń obiekt jest wypuszczany, ponosi międzynarodową odpowiedzialność za szkody wyrządzone obcemu państwu bądź jego osobom fizycznym i prawnym”⁷. A zatem państwa ponoszą odpowiedzialność międzynarodową za działania z wykorzystaniem w przestrzeni kosmicznej jądrowych źródeł energii, niezależnie od tego, czy prowadzone są one przez organizacje rządowe, czy pozarządowe, a szkoda wyrządzona została państwu, osobom fizycznym, osobom prawnym⁸.

Ten nie do końca pozytywny stan nie wynika z faktu, że przestrzeń kosmiczna została w całości prawnie uregulowana. Wynika to jedynie, niestety, z braku woli państw i prawdopodobnie z przekonania, że obowiązujące międzynarodowe umowy wystarczająco z jednej strony regulują, z drugiej krępują.

Przestrzeń kosmiczna to, zwłaszcza obecnie, realna już możliwość wykorzystywani przede wszystkim orbity geostacjonarnej (*geostationary orbit*), znajdującej się na wysokości 35 786 km nad równikiem (ok. 42 tys. km od środka Ziemi). Obecnie trudno byłoby wyobrazić sobie kontakty społeczne ludzi w sytuacji sprzecznej z obowiązującymi uregulowaniami dotyczącymi tejże orbity. Obejmować to może również możliwości eksploracji surowców naturalnych, budowania na przestrzeni ciał niebieskich stałych stacji badawczych. Wymienione tu, już rzeczywiste jak również pozostałe możliwości, stają się szczególnie dla kapitału nadzieją na inwestycje, a tym samym na osiągnięcie nieporównywalnych, by nie rzec kosmicznych, zysków. Powinno to skutkować potrzebą – koniecznością działań poprzez praktykę traktatową, regulującą prawa w zakresie adekwatnego zdefiniowania obowiązków, odpowiedzialności państw, korporacji, osób prawnych i fizycznych w zakresie pokojowego, zrównoważonego wykorzystywania przestrzeni kosmicznej. Ponoszenie odpowiedzialności za jej stan i bezpieczeństwo chociażby w coraz częściej poruszanej, bardzo ważnej kwestii, dotyczącej obowiązków wynikających z ochrony środowiska przestrzeni kosmicznej i ciał niebieskich. Skutkują one między innymi koniecznością opracowania i realizowania planu związanego bezpośrednio z ochroną tego środowiska, jak na przykład działań odnoszących się do prawidłowych emisji sygnałów transmitowanych przez satelity umieszczone na wcześniej

⁷ Szerzej Z. Galicki, *Odpowiedzialność międzynarodowa za szkody wyrządzone przez obiekty kosmiczne*, [w:] *Kosmos w prawie i polityce, prawo i polityka w kosmosie*, red. K. Myszona-Kostrzewska, Warszawa 2017, s. 52–61.

⁸ M.N. Shaw, *Pravo międzynarodowe*, Warszawa 2000, s. 294.

wspomnianej orbicie geostacjonarnej, o ograniczonej pojemności. Nie wystarczy już świadomość zagrożenia tyającego się tzw. śmieci kosmicznych mogących spowodować niewyobrażalne skutki negatywne⁹. Nie wystarczy już wyobrażenia związana z brakiem odbioru na Ziemi, przekazywanego za pomocą satelity sygnału. Takie, wcale nieirracjonalne, scenariusze skutkować powinny tym, że już obecnie od polityków, prawników czy biznesmenów powinno wymagać się racjonalnych działań w sferze politycznej, prawnej i biznesowej, prowadzących do takich prawnych regulacji, których przestrzeganie w istotny sposób przyczyniłoby się do profilaktycznej eliminacji tego rodzaju zagrożeń.

Eksploracja Kosmosu obecnie realizowana jest (swoiste *signum temporis*) przez wiele podmiotów: państwa, organizacje międzynarodowe o charakterze rządowym i pozarządowym, korporacje ponadnarodowe oraz podmioty prywatne. Dlatego też szeroko postrzegane kwestie dotyczące wykorzystania przestrzeni kosmicznej w coraz większym wymiarze podlegają trzem reżimom prawnym, które – jako pierwotne i wtórne normy prawa kosmicznego – powinny być w stosunku do siebie „interaktywne”¹⁰. Pierwszy reżim, przyjęty przez państwa, skutecznie doprowadził do powstania systemu powszechnie obowiązującego¹¹. Drugi z nich, powstały ze swoistej niemocy państw niemogących pojedynczo osiągnąć zamierzonych celów, odnosi się bezpośrednio do szeroko lub wąsko wyspecjalizowanych organizacji międzynarodowych, przedmiotowo skierowanych na praktyczne działania w przestrzeni kosmicznej¹². Trzeci to coraz częściej występujący reżim dotyczący zabezpieczenia działań prywatnego kapitału, usytuowany w systemach prawa wewnętrznego państw, często określane jako *domestic space law*¹³.

Wymieniony powyżej pierwszy reżim charakteryzuje się tym, że współtworzy go bezprecedensowa liczba zawartych, zwłaszcza w dekadzie lat sześćdziesiątych i siedemdziesiątych XX w., traktatów. Z woli państw dokonano regulacji, w historii ludzkości rzeczywiście w nowym zakresie przedmiotowym. Co najistotniejsze, państwa, uświadamiając sobie powagę sytuacji, w absolutnie bezprecedensowych krótkich terminach ratyfikowały wszystkie uzgodnione porozumienia, aby jak najszybciej mogły stać się one obowiązującym prawem. Ta, w krótkim czasie wyne-

⁹ Szerzej D. Kuźniar, *Ochrona środowiska przestrzeni kosmicznej i ciał niebieskich. Studium prawnomiędzynarodowe*, Rzeszów 2019.

¹⁰ P.M. de Leon, H. Van Traa-Engelman, *Space law*, [w:] A. Nollkaemper, I. Plakokefalos, *International Space Law. The Practice of Shared Responsibility in International Law*, Amsterdam–Utrecht 2017, s. 453–478.

¹¹ A. Górbiel, *op. cit.*, s. 9–31.

¹² S.M. Grochalski, *Działania organizacji międzynarodowych w przestrzeni kosmicznej*, [w:] *Odpowiedzialność międzynarodowa jako element międzynarodowego porządku prawnego*, red. A. Kozłowski, B. Mielnik, Wrocław 2009, s. 295–311.

¹³ Szerzej N.C. Goldman, *American Space Law. International and Domestic*, Iowa State University Press, Ames 1988.

gocjowana wielość traktatów, umów, paktów, deklaracji, zaczęła obowiązywać nie, jak dotychczas, regiony, subregiony, całą planetę, lecz przestrzeń, w stosunku do której przyjęto przede wszystkim zobowiązanie nieumieszczania na orbicie Ziemi w przestrzeni kosmicznej i na ciałach niebieskich żadnych obiektów przenoszących energię jądrową, jak również inne rodzaje broni masowego rażenia. Wielość, szybkość uzgodnień i ratyfikacji świadczy o uświadomionych sobie przez państwa, zwłaszcza przez ówczesne supermocarstwa, możliwych globalnych negatywnych skutkach. W konsekwencji, międzynarodowe prawo kosmiczne, począwszy od dekady lat sześćdziesiątych XX w., staje się bezsprzecznie pierwszym systemem prawnym regulującym najistotniejsze kwestie związane bezpośrednio z prawnym statusem przestrzeni kosmicznej i ciał niebieskich, jak również z dopuszczalnymi sposobami wykorzystania tejże przestrzeni, co reguluje międzynarodowe prawo kosmiczne. Jest ono z jednej strony pozytywnym rezultatem osiągnięć ludzkości w zakresie możliwości technicznych, z drugiej – pokojową gwarancją, u podstaw której stał uzasadniony strach, wynikający z uświadomionych sobie możliwych reperkusji przewagi w wykorzystaniu Kosmosu przez jedno z ówczesnych supermocarstw. Te – co prawda, nie jedyne – determinanty doprowadziły w 1959 r. do powołania przez Zgromadzenie Ogólne ONZ Komitetu ds. Pokojowego Wykorzystania Przestrzeni Kosmicznej¹⁴. Prace Komitetu bez wątplenia przyczyniły się do opracowania, a w konsekwencji do przyjęcia niemalże wszystkich traktatów, w których zostały zawarte obowiązujące zasady współtworzące międzynarodowe prawo kosmiczne. Na szczególne podkreślenie zasługuje wypracowanie reżimu, czyli prawnych regulacji dotyczących takich kwestii, jak delimitacja końca przestrzeni powietrznej i początku przestrzeni kosmicznej, neutralizacja przestrzeni kosmicznej, określenia, iż w stosunku do przestrzeni kosmicznej obowiązywać będzie zasada *res communis*, a tym samym odejście, dla dobra wszystkich, od zasady suwerennego władztwa państwa, w jednakowym stopniu przestrzeganej przez wszystkie podmioty. Reżim ten, obiektywnie najstarszy, będący swoistym *lex generalis*, jednoznacznie formułuje również zasadę pokojowego wykorzystania przestrzeni kosmicznej. Uznał kosmonautów w przestrzeni kosmicznej za przedstawicieli ludzkości, zobowiązał państwa do ratowania kosmonautów i rejestracji wysyłanych w przestrzeń kosmiczną satelitów, a także określił w sposób szczególny ich odpowiedzialność za szkody spowodowane działaniami kosmicznymi¹⁵.

¹⁴ Samo powołanie Komitetu wskazuje już na kształtującą się normę „pokojowego wykorzystania” Kosmosu.

¹⁵ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych w sprawie współpracy międzynarodowej w dziedzinie pokojowego wykorzystywania przestrzeni kosmicznej (Rez. 14/1472 z 12.12.1959 r.); Układ o zakazie prób broni nuklearnej w atmosferze, przestrzeni kosmicznej i pod wodą (Dz. U. 63.52.288 z 22.11.1963 r.); Deklaracja zasad prawnych w dziedzinie działalności państw w badaniu przestrzeni kosmicznej (Rez. 18/1962 z 13.12.1963 r.); Traktat o zasadach określających

Powyższymi regulacjami zbudowano podstawy dla wszystkich kolejnych systemów. Zasadne wydaje się stwierdzenie, iż dla działań państw w przestrzeni kosmicznej sformułowane zostały normy o charakterze *ius cogens*.

Odnosząc się do tzw. drugiego reżimu, należy na wstępie przytoczyć postanowienie art. VI Układu Kosmicznego, który dopuszcza pozapaństwowe podmioty do działania w przestrzeni kosmicznej. Powołanie tych organizacji datuje się niemalże od chwili podjęcia pierwszych prób praktycznego zdobycia Kosmosu. Są wśród nich, jako pierwsze, organizacje międzynarodowe o charakterze rządowym o zasięgu światowym i regionalnym, a następnie organizacje o charakterze pozarządowym. Rządowe organizacje międzynarodowe zasadniczo są swoistą sformalizowaną konstrukcją współdziałania państw w analizowanym wymiarze, w procesie eksploracji Kosmosu w odniesieniu do celów, zakresu obowiązków i ponoszonej odpowiedzialności. Między innymi w strukturach powołanych przez państwa organizacji międzynarodowych, np. Europejskiej Agencji Kosmicznej, stwierdzono, iż posiada ona osobowość prawną, nadano jej *ius tractatum*, *ius contrahendi* oraz *ius standi*, w związku z czym ma prawo do zawierania umów, zakupu, zbywania majątku trwałego, podejmowania czynności procesowych¹⁶. Liczba tych organizacji z różnych powodów może się zmieniać, a to w związku z powołaniem nowych lub

działalność państw w zakresie badania i wykorzystywania przestrzeni kosmicznej, łącznie z Księżycem i innymi ciałami niebieskimi (Rez. 21/2222 z 13.12.1966 r., Dz. U. 68.14.82 z 15.05.1968 r.); Układ o ratowaniu kosmonautów, powrocie kosmonautów i zwrocie obiektów wysłanych w przestrzeń kosmiczną (Rez. 22/2345 z 22.04.1968 r., Dz. U. 69.15.110 z 23.05.1969 r.); Porozumienie o utworzeniu międzynarodowego systemu i organizacji łączności kosmicznej „INTERSPUTNIK” (Dz. U. 74.40.234. z 6.11.1974 r.); Konwencja o międzynarodowej odpowiedzialności za szkody spowodowane przez obiekty kosmiczne (Rez. 2777 z 29.11.1971 r., Dz. U. 73.27.154 z 30.06.1973 r.); Konwencja o rejestracji obiektów wysłanych w przestrzeń kosmiczną (Rez. 3235 z 22.11.1074 r., Dz. U. 79.5.22 z 30.03.1979 r.); Konwencja o utworzeniu Międzynarodowej Organizacji Morskiej Łączności Satelitarnej „INMARSAT” oraz Porozumienie eksploatacyjne dotyczące Międzynarodowej Organizacji Morskiej Łączności Satelitarnej „INMARSAT” (Dz. U. 80.7.19 z 11.03.1980 r.); Porozumienie o współpracy w dziedzinie badań i wykorzystywania przestrzeni kosmicznej w celach pokojowych (Dz. U. 77.31.135 z 28.10.1977 r.); Konwencja o przekazywaniu i wykorzystywaniu danych ze zdalnego badania Ziemi z Kosmosu (Dz. U. 80.10.27 z 10.04.1980 r.); Układ normujący działalność państw na Księżycu i innych ciałach niebieskich (Rez. 3468 z 5.12.1979 r., Polska nie jest stroną układu); Zasady regulujące wykorzystywanie przez Państwa sztucznych satelitów Ziemi do międzynarodowych bezpośrednich przekazów satelitarnych (Rez. ONZ z 1982 r.); Zasady odnoszące się do zdalnego badania Ziemi z przestrzeni kosmicznej (aneks do Rez. 4165 ONZ z 1986 r.); Deklaracja o współpracy międzynarodowej w dziedzinie badań i wykorzystywania przestrzeni kosmicznej dla dobra i w interesie wszystkich Państw, w szczególności potrzeb krajów rozwijających się (Rez. 51/122 ONZ z 1996 r.). Teksty wymienionych źródeł patrz *Wybór aktów prawnych do nauki międzynarodowego prawa lotniczego i kosmicznego*, red. P. Durys, F. Jasiński, Warszawa 1999, s. 211-330.

¹⁶ Również m.in. art. IV, podpisanego w Waszyngtonie 20.08.1971 r. Układu o Międzynarodowej Organizacji Telekomunikacji Satelitarnej INTELSAT oraz art. XXV podpisanej w Londynie 3.09.1976 r. Konwencji w sprawie Międzynarodowej Morskiej Organizacji Satelitarnej INMARSAT.

też z rozwiązaniem już istniejących¹⁷. Proces ten dotyczy również organizacji, które zajmują się sprawami Kosmosu i determinowany jest oczekiwaniem konkretnych rezultatów przez zespół państw odnoszących się do praktycznych działań w przestrzeni kosmicznej organizacji międzynarodowych¹⁸.

Opierając się na postanowieniach pierwszego reżimu, skutecznie, zwłaszcza od dekady lat osiemdziesiątych XX w. i w dużej mierze przez organizacje międzynarodowe, prowadzone są efektywne działania w zakresie bezpośredniej telewizji satelitarnej, teledetekcji, systemów GPS, meteorologii, geodezji, kartografii czy też budowy nowych stacji orbitalnych¹⁹. W związku z eksploracją Kosmosu można również w tym miejscu przywołać coraz częściej artykułowany problem tzw. śmieci kosmicznych, przez niektórych określany jako efekt zanieczyszczenia Kosmosu. Wokół Ziemi krąży ponad 300 mln śmieci o średnicy powyżej 1 mm. Do pułapu 2000 km nad Ziemią krąży 7000 satelitów, w tym 1200 działających, 20 teleskopów, stacja kosmiczna, porzucone części rakiet, fragmenty obwodów elektrycznych, kawałki powłoki wahadłowców, rękawica astronauty, cząsteczki moczu, człon rakiety z misji Apollo oraz 32 reaktory atomowe, które zasiłały satelity. Aż 93 proc. tych śmieci wytworzyły trzy państwa: USA, Rosja i Chiny²⁰.

Rzeczywiste działania organizacji międzynarodowych opierają się na stworzonym przez państwa członkowskie prawie wtórnym, sprecyzowanym w części dotyczącej zakresu przedmiotowego umowy powołującej daną organizację. Bezspornie definiowanie celu czy sposoby działania prowadzące do uzyskania zamierzonych efektów muszą być, i w praktyce są, wywiedzione z prawa reżimu pierwszego – prawa pierwotnego. Normy te można zatem określić jako *lex specialis* w stosunku do ogólnych zasad określonych w traktatach. W sposób szczególny odnosi się ta relacja do kwestii związanych z ponoszeniem przez organizację międzynarodową odpowiedzialności za sprzeczne z prawem działania w przestrzeni kosmicznej. Szczególnymi w sensie skuteczności, zarówno od strony regulacji prawnych, jak też stosowanej praktyki, są działania Europejskiej Agencji Kosmicznej (ESA)²¹. W ten

¹⁷ M. Polkowska, *Prawo kosmiczne w obliczu nowych problemów współczesności*, Warszawa 2011, s. 123-143.

¹⁸ Organizacje te to m.in. Międzynarodowy Związek Telekomunikacyjny – ITU, Międzynarodowa Organizacja Łączności Satelitarnej – INTELSAT, Międzynarodowa Organizacja Morskiej Łączności Satelitarnej – INMARSAT, Światowa Organizacja Meteorologiczna – WMO, Europejska Agencja Kosmiczna – ESA, Europejska Organizacja Badań Astronomicznych Na Półkuli Południowej – ESO.

¹⁹ R. Szafarz, *Badanie ziemi z kosmosu w świetle prawa międzynarodowego*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1987. Również B. Wiewiórowska, *Bezpośrednia telewizja satelitarna. Studium prawnomiędzynarodowe*, Warszawa-Łódź 1981. Również M. Polkowska, *op. cit.*, s. 99-1123.

²⁰ <https://www.crazynauka.pl/wielki-kosmiczny-smietnik-do-sprzatniecia/#> [dostęp: 27.02.2021]. Również D. Kuźniar, *op. cit.*

²¹ Szerzej K. Myszone-Kostrzewa, *The European Satellite Navigation Systems – Law and Institutions*, [w:] *Legal and Political Aspects of the Use of European Satellite Navigation Systems Galileo and EGNOS*, ed. K. Myszone-Kostrzewa, Warsaw 2018, s. 25-41.

kontekst wpisują się działania ESA, np. dotyczące planów skompletowania załogi, która w niedalekiej przyszłości prowadzić będzie badania w przestrzeni kosmicznej, a która rekrutowana jest na podstawie traktatów budujących pierwszy reżim. ESA, będąca organizacją międzynarodową, zatrudniając astronautów i astronautki, określiła ich status jako urzędników międzynarodowych, będących w przestrzeni kosmicznej przedstawicielami ludzkości.

Z kolei trzeci reżim urzeczywistnił się w dekadzie lat osiemdziesiątych XX w. Jego początek to działalność narodowych agencji kosmicznych, zainicjowanie procesu prywatyzacji i komercjalizacji działań w Kosmosie, jak również efekt niebezpiecznych ambicji mocarstwowych polityków²². Fakt ten skutkowało m.in. tym, że w doktrynie zaczęły pojawiać się opracowania mówiące wręcz o międzynarodowym prywatnym prawie kosmicznym. Spowodowane to było sprzyjającymi w niektórych państwach, np. w USA, Rosji czy Chinach, tendencjami do tworzenia wewnętrznego prawodawstwa, bezpośrednio dotyczącego kosmicznej komercji. Tym samym międzynarodowe prawo kosmiczne przestało mieć monopol w definiowaniu podstaw prawnych, odnoszących się do zadań i celów. W coraz większym wymiarze mówi się np. o górnictwie kosmicznym, o komercyjnym sprowadzaniu na Ziemię rzadkich, występujących na powierzchni i w głębi ciał niebieskich, surowców mineralnych. Nie wyklucza się handlu tymi surowcami, posiadania na nie monopolu i tym samym bycia bogatszym, lepszym od innych. To musi wywołać zapotrzebowanie na określone regulacje prawne, wynikające przede wszystkim z prawa wewnętrznego zainteresowanych państw. Podkreślić należy, że państwa nie czekają z regulacjami do momentu zaistnienia faktycznych, technicznych możliwości, ale niejako *a priori* ustalają reguły pozwalające określić np. kwestie dotyczące własności działek, do kogo należeć będą surowce wydobywane w Kosmosie, czy rozstrzyganie w tym zakresie pojawiających się możliwych sporów.

Taki stan rzeczy realizuje przyjęta w USA ustawa, która zapewnia amerykańskim obywatelom i firmom prawo do posiadania, użytkowania i sprzedawania surowców pozyskiwanych przede wszystkim z planetoid. W myśl regulacji, zwanej w skrócie The Space Act of 2015, amerykańscy obywatele lub przedsiębiorcy mogą pozyskiwać na własność jedynie nieożywione zasoby z ciał niebieskich Układu Słonecznego lub przestrzeni kosmicznej. Firma Orbital Assembly Corporation,

²² Niezwykle niepokojąca z punktu widzenia obowiązującego prawa budząca wiele zastrzeżeń i wątpliwości jest podana przez prezydenta Donalda Trumpa informacja o podjętej decyzji dotyczącej utworzenia przez USA pierwszego oddziału wojskowego do walki w Kosmosie. „Moja nowa krajowa strategia dotycząca przestrzeni kosmicznej uznaje, że przestrzeń kosmiczna jest dziedziną walki wojennej, podobnie jak ląd, powietrze i morze” – powiedział Trump w bazie wojskowej Miramar Air Station. Być może była to bezpośrednia odpowiedź na zaprezentowaną przez Federację Rosyjską rakietę o napędzie jądrowym, zdolną do przenoszenia wielu głowic jądrowych jednocześnie, chociaż należy pamiętać, że pomysł utworzenia Space Corps, pojawił się już w lipcu 2017 r. SPACECOM. Dowództwo kosmiczne armii USA, businessinsider.com.pl [dostęp: 1.03.2021].

zajmująca się tematyką zasiedlania przestrzeni kosmicznej, planuje do 2027 r. wybudowanie pierwszego komercyjnego kosmicznego hotelu, który byłby zamieszkały przez naukowców i turystów. Projekt ten ma połączyć wynajęte przez stacje kosmiczne laboratoria z apartamentami hotelowymi dla astrofizyków i kosmicznych turystów. Na przykład odnalezione na planetoidzie bakterie nie mogłyby zatem stać się własnością firmy, która na nie natrafiła.

Nowe amerykańskie prawo budzi kontrowersje. Aby nie wejść w konflikt z prawem międzynarodowym, Kongres USA umieścił w przyjętej ustawie „klauzulę o pozaterytorialnej suwerenności”, w której jasno stwierdzono, że nadane ustawą prawa własności do pozyskanych minerałów nie dają podstaw do przejścia na własność samego ciała niebieskiego²³.

Również w systemie prawa wewnętrznego Federacji Rosyjskiej od 1993 r. obowiązuje Ustawa o działalności kosmicznej, znowelizowana w 1996 r. Ustawa ta nie pozostawia wątpliwości co do tego, że, po pierwsze, przyjęte przez Federację Rosyjską umowy dotyczące szeroko rozumianych obowiązków w odniesieniu do przestrzeni kosmicznej bezwzględnie podlegają ratyfikacji. Po drugie – ustawa przewiduje *lex specialis* odnoszące się do obowiązku poniesienia odpowiedzialności w sytuacji spowodowania szkody. Po trzecie, mówi ona również o zasadach dotyczących się działań w Kosmosie, jednoznacznie stwierdzając, że te zobowiązują Federację Rosyjską do ich przestrzegania w przypadku działań związanych z działaniami w przestrzeni kosmicznej, jak również do ponoszenia odpowiedzialności w przypadku niestosowania się do jej postanowień²⁴.

W tym kontekście nie należy również zapominać o polskiej ustawie z września 2014 r. o Polskiej Agencji Kosmicznej²⁵. Art. 3.1 przytoczonej ustawy określa cele: „Agencja realizuje zadania w zakresie badań i rozwoju techniki kosmicznej, w tym inżynierii satelitarnej oraz ich zastosowania dla celów użytkowych, gospodarczych, obronnych, bezpieczeństwa państwa oraz naukowych”. Może wydać się to mało istotne, ale ze względów komercyjnych i identyfikujących, Agencja upowszechniła nowe logo. Jest ono prostsze od poprzedniego i składa się ze słowa POLSA, przy czym litera O ma dorysowaną orbitę, a litera A przypomina grecką literę lamb-

²³ J.I. Gabrynowicz, *A Very Brief Look at Space Law: Then and Now*, notatki własne sporządzone podczas konferencji „Działalność kosmiczna – prawo i administracja” zorganizowanej przez Senat Rzeczypospolitej Polskiej 28.05.2018 r. Również B. Skardzińska, *Górnictwo kosmiczne – prawo i perspektywy*, [w:] *Prawne aspekty działalności kosmicznej*, red. K. Myszona-Kostrzewa, E. Mreńca, P.B. Zientarski, Warszawa 2019.

²⁴ J.M. Kołosow, W.I. Kuzniecowa, *Międzynarodowe Prawo*, Moskwa 1998, s. 577.

²⁵ Za załączek polskiego prawa kosmicznego można uznać Ustawę z 26 września 2014 r. o Polskiej Agencji Kosmicznej, Dz. U. z 2014 r., poz. 1533. Również Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 21 października 2020 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o Polskiej Agencji Kosmicznej. Należy także mieć na uwadze prace nad projektem ustawy o działalności kosmicznej oraz Krajowym Rejestrze Obiektów Kosmicznych.

da. Wszystkie tego rodzaju plany i wykonania bez wątpienia zbliżają nas, ludzi, nie tylko do poznania Kosmosu, ale przede wszystkim do korzystania z jego dóbr i możliwości, opierając się na obowiązującym prawie.

Znamienne jest, że współcześnie wiele problemów, zagadnień związanych z potrzebą normatywnych rozstrzygnięć dotyczących działań w przestrzeni kosmicznej realizuje się według wielu systemów. Z powyżej przytoczonych prezentacji aktów prawa kosmicznego należy wyciągnąć wniosek, że w przypadku prawnych regulacji dotyczących wykorzystania przestrzeni kosmicznej, w coraz większym stopniu opierają się one na wszystkich trzech systemach prawnych. Pierwszy, tworzony przez państwa i chronologicznie najstarszy, to regulacje wynikające z prawa międzynarodowego – traktatowego. Drugi z nich, niemogący być w sprzeczności z tym pierwszym, to poszczególne regulacje tworzone przez państwa będące członkami organizacji międzynarodowych. Trzeci system, coraz bardziej aktywny, bez wątpienia obecnie najbardziej perspektywiczny, wywołujący jednocześnie wiele problemów, powoduje konieczność pogłębionych, normatywnych uregulowań związanych z działaniami w przestrzeni kosmicznej prowadzonymi przez podmioty inne niż państwa czy organizacje międzynarodowe o charakterze rządowym. Działania tych podmiotów powinny być prowadzone przede wszystkim na podstawie obowiązujących norm traktatowych tworzących międzynarodowe prawo kosmiczne, ale również m.in. na prawie administracyjnym czy też prawie cywilnym poszczególnych państw. Oczywiście jest, że komercyjne wykorzystanie Kosmosu to jeszcze nie perspektywa bezpośrednio jutra, ale tego rodzaju przyszłej eksploracji bez wątpienia realności odmówić nie można. Jednakże nie może budzić wątpliwości, że międzynarodowe prawo kosmiczne jest i musi być jedynym drogowskazem dla państw oraz innych podmiotów. Może już nie w ocenie, co dla państwa jest dobre lub złe, czy tego, co w zasadzie jest dozwolone, a co nie – ale przede wszystkim winno wskazywać, co służy ludzkości, a co może się okazać globalnie zgubne. Na pytanie, do kogo winny należeć korzyści będące efektem ludzkich eksploracyjnych możliwości, odpowiedź nie powinna budzić najmniejszych wątpliwości. Kosmos, zgodnie z obowiązującym prawem, należy do ludzkości i jego eksploracja zasadniczo winna jej służyć, a odpowiedzialność za te działania winny ponosić państwa będące stronami umów regulujących podstawowe kwestie dotyczące przestrzeni kosmicznej i ciał niebieskich.

Literatura

- de Leon P.M., Van Traa-Engelman H., *Space law*, [w:] A. Nollkaemper, I. Plakokefalos, *International Space Law. The Practice of Shared Responsibility in International Law*, Amsterdam-Utrecht 2017.
- Galicki Z., *Odpowiedzialność międzynarodowa za szkody wyrządzone przez obiekty kosmiczne*, [w:] *Kosmos w prawie i polityce, prawo i polityka w kosmosie*, red. K. Myszone-Kostrzewa, Warszawa 2017.

- Goldman N.C., *American Space Law. International and Domestic*, Iowa State University Press, Ames 1988.
- Górbiel A., *Międzynarodowe prawo kosmiczne*, Warszawa 1985.
- Grochalski S.M., *Działania organizacji międzynarodowych w przestrzeni kosmicznej*, [w:] *Odpowiedzialność międzynarodowa jako element międzynarodowego porządku prawnego*, red. A. Kozłowski, B. Mielnik, Wrocław 2009.
- Grochalski S.M., Szewczyk P., *Bezpieczna przestrzeń kosmiczna eliminująca potencjalny problem globalny. Wymiar prawnomiędzynarodowy*, [w:] E. Dynia, S. Kubas, *Bezpieczeństwo w międzynarodowym i krajowym prawie lotniczym i kosmicznym*, Rzeszów 2019.
- Kołosow J.M., Kuzniecowa W.I., *Mieżdunarodnoje Prawo*, Moskwa 1998.
- Kuźniar D., *Ochrona środowiska przestrzeni kosmicznej i ciał niebieskich. Studium prawnomiędzynarodowe*, Rzeszów 2019.
- Myszona-Kostrzewa K., *The European Satellite Navigation Systems – Law and Institutions*, [w:] *Legal and Political Aspects of the Use of European Satellite Navigation Systems Galileo and EGNOS*, ed. K. Myszone-Kostrzewa, Warsaw 2018.
- Polkowska M., *Prawo kosmiczne w obliczu nowych problemów współczesności*, Warszawa 2011.
- Polkowska M., *Prawo, prywatyzacja i bezpieczeństwo – szczególne wyzwania nowej ery kosmicznej (NEWSPACE)*, [w:] „Teka Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie”, Lublin 2020, t. XIII, Nr 2.
- Shaw M.N., *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2000.
- Skardzińska B., *Górnictwo kosmiczne – prawo i perspektywy*, [w:] *Prawne aspekty działalności kosmicznej*, red. K. Myszone-Kostrzewa, E. Mreńca, P.B. Zientarski Warszawa 2019.
- Szafarz R., *Badanie ziemi z kosmosu w świetle prawa międzynarodowego*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1987.
- Wiewiórska B., *Bezpośrednia telewizja satelitarna. Studium prawnomiędzynarodowe*, Warszawa–Łódź 1981.
- Wybór aktów prawnych do nauki międzynarodowego prawa lotniczego i kosmicznego*, red. P. Durys, F. Jaśkiński, Warszawa 1999.

Stanisław Hoc

Uniwersytet Opolski

ORCID 0000-0003-4248-3664

shoc@op.pl

Odpowiedzialność karna członków sił zbrojnych państw obcych

Słowa kluczowe: członek sił zbrojnych, jurysdykcja, NATO SOFA, zasada terytorialności

Streszczenie. Publikacja dotyczy odpowiedzialności karnej członków sił zbrojnych państw obcych, czyli personelu wojskowego i cywilnych pracowników towarzyszących siłom zbrojnym. Jest to wyjątek od zasady terytorialności. Poruszane są kwestie dotyczące statusu sił zbrojnych państw obcych stacjonujących w RP, przede wszystkim amerykańskich, oraz geneza tego stanu od zakończenia II wojny światowej.

Criminal liability of members of the armed forces of foreign states

Keywords: member of armed forces, jurisdiction, NATO Status of Forces Agreement (SOFA), principle of territoriality

Summary. This publication deals with the criminal liability of members of the armed forces of foreign countries, that is both military personnel and civilian employees accompanying the armed forces. This constitutes an exception to the principle of territoriality. There are discussed matters concerning the status of the armed forces of foreign countries stationed in Poland, first of all the American ones, and also the genesis of such a state since the end of World War II.

Przez pojęcie członków sił zbrojnych należy rozumieć personel wojskowy i cywilnych pracowników towarzyszącym siłom zbrojnym.

Zgodnie z art. 5 k.k. ustawę karną polską stosuje się do sprawcy, który popełnił czyn zabroniony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jak również na polskim statku wodnym lub powietrznym, chyba że umowa międzynarodowa, której Rzeczypospolita Polska jest stroną, stanowi inaczej.

Rozważania na temat odpowiedzialności karnej członków sił zbrojnych rozpocząć należy od istoty zasady terytorialności, jaką jest obowiązek stosowania polskich przepisów karnych, jeśli miejscem popełnienia czynu zabronionego jest terytorium RP bądź gdy miejscem tym jest polski statek wodny (również stosowanie do art. 115 § 15 k.k. – stała platforma umieszczona na szelfie kontynentalnym) lub statek

powietrzny. Innymi słowy istotą zasady terytorialności jest stosowanie krajowych przepisów karnych w stosunku do wszystkich osób, które na (szeroko rozumianym) terytorium RP wykraczają przeciwko tym przepisom¹.

Przedmiotem naszego zainteresowania będą wyjątki od zasady terytorialności odnoszące się do członków sił zbrojnych państw obcych przebywających na terytorium RP².

Zdaniem Mariana Flemminga³ należy wyróżnić trzy główne modele podsiadłości żołnierza odbywającego służbę wojskową na obcym terytorium: po pierwsze całkowite wyłączenie jurysdykcji organów sądowych państwa pobytu z jednoczesną pełną podległością pod organy sądowe państwa macierzystego (wysyłającego); po drugie częściowa podległość organom sądowym państwa pobytu i organom sądowym państwa macierzystego (wysyłającego); po trzecie całkowita jurysdykcja organów sądowych państwa pobytu.

Od 1956 r. w Polsce problem jurysdykcji prawnokarnej żołnierzy państw obcych regulowany był w drodze umów międzypaństwowych.

Po II wojnie światowej na terytorium Polski stacjonowały radzieckie siły zbrojne w zasadzie *de facto* na podstawie Układu o przyjaźni, pomocy wzajemnej i współpracy powojennej między Związkiem Socjalistycznych Republik Radzieckich a Rzeczpospolitą Polską z 21 kwietnia 1945 r. (Dz. U. Nr 47, poz. 268). Formalnie więc wojska radzieckie należy traktować jako siły okupacyjne w świetle art. 42 Regulaminu Haskiego z 18.10.1907 r. (Dz. U. z 1927 r., Nr 21, poz. 16)⁴.

Zawarcie Układu Warszawskiego z 14.05.1955 r. (Dz. U. z 1955 r., Nr 30, poz. 182 – istniał do 1.07.1991 r.) oraz umowy między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich o statusie prawnym wojsk radzieckich czasowo stacjonowanych w Polsce z 17.12.1956 r. (Dz. U. z 1957 r., Nr 29, poz. 127) potwierdziło faktyczną sytuację. W 1957 r. państwa–strony tej umowy podpisały umowę o „liczebności, rozmieszczeniu i trybie dokonywania ruchów wojsk radzieckich stacjonujących w Polsce”⁵. Zgodnie z umo-

¹ M. Nawrocki, *Miejsce popełnienia czynu zabronionego*, Warszawa 2016, s. 55.

² Np. M. Fleming, *Status prawny żołnierzy na obcym terytorium*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1997, nr 1, s. 3-18; M. Filar, *Status prawnokarny wojsk NATO stacjonujących na terytorium Polski (zagadnienia wybrane)*, [w:] *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltosia*, red. J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll, Warszawa 2000, s. 751 i n.; M. Nawrocki, *Wyłączenie zasady terytorialności w prawie karnym (art. 5 k.k.) na przykładzie umowy międzynarodowej Polska – NATO (SOFA)*, [w:] *Obywatel, państwo, społeczność międzynarodowa*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, E. Cała-Wacinkiewicz, D. Wacinkiewicz, Warszawa 2014, s. 585 i n.; S. Hoc, *Komentarz do art. 26, 85 i 117 Konstytucji RP*, Warszawa 2021, s. 102 i n.

³ M. Fleming, *Status prawny żołnierzy na obcym terytorium*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1997, nr 1, s. 6.

⁴ K. Grzebyk, [w:] *Konstytucja RP*, t. II, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 452.

⁵ A. Guzowski, *Umowy międzynarodowe regulujące status obcych sił zbrojnych obecnych na terytorium Polski*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2020, nr 2, s. 67 i n.

wą z 1956 r. wojskowy i cywilny personel stacjonujący na terytorium Polski oraz członkowie ich rodzin byli zobowiązani do przestrzegania prawa obowiązującego na terytorium państwa przyjmującego. Na jej mocy osoby wchodzące w skład radzieckich sił zbrojnych (cywilny i wojskowy) oraz członkowie ich rodzin za popełnione przestępstwo lub wykroczenie będą odpowiadać na zasadach przewidzianych przez polskiego ustawodawcę. Co do zasady, właściwe do rozpatrzenia spraw o przestępstwa popełnione przez żołnierzy radzieckich były polskie sądy i prokuratura.

Zgodnie z art. 9 umowy zagadnienia jurysdykcji związane z pobytom wojsk radzieckich na terytorium PRL reguluje się w sposób następujący: w sprawach o przestępstwa i wykroczenia popełnione przez osoby wchodzące w skład wojsk radzieckich lub członków ich rodzin na terytorium PRL z reguły stosuje się prawo polskie i działają sądy polskie, prokuratura oraz inne polskie organy właściwe do ścigania przestępstw i wykroczeń. W sprawach o przestępstwa popełnione przez radzieckich żołnierzy właściwa jest prokuratura wojskowa i sądownictwo wojskowe PRL.

Umowa przewidywała dwa wyjątki. Pierwszy z nich stanowiły sytuacje, gdy sprawcą popełnienia czynu zabronionego była osoba wchodząca w skład wojsk radzieckich lub członek rodziny takiej osoby, a pokrzywdzonym był Związek Radziecki, inna osoba wchodząca w skład wojsk radzieckich lub członek rodziny takiej osoby. Drugi wyjątek stanowiły sytuacje, gdy wykroczenie lub przestępstwo popełnione zostały przez żołnierza państwa wysyłającego w trakcie wykonywania przez niego obowiązków służbowych. W takich sytuacjach jurysdykcję karną nad sprawcą czynu zabronionego przejmowała strona radziecka. Jednak zgodnie z umową państwa-strony miały możliwość zwrócenia się do siebie z prośbą o przekazanie lub przejęcie sprawy. Nie ustalono jednak form i procedury występowania z taką prośbą, a prośby miały być rozpatrywane w duchu życzliwości.

Na podstawie art. 10 umowy, w przypadku popełnienia przestępstw przeciwko wojskom radzieckim stacjonowanym na terytorium PRL oraz żołnierzom wchodzącym w ich skład sprawcy ponoszą taką samą odpowiedzialność, jak za przestępstwa przeciwko polskim siłom zbrojnym i polskim żołnierzom. Zgodnie z art. 11 umowy właściwe organy polskie i radzieckie będą wzajemnie udzielały sobie wszelkiej pomocy łącznie z pomocą prawną w zakresie ścigania przestępstw i wykroczeń wymienionych w art. 9 i 10 umowy. Zasady i tryb udzielania pomocy określiło oddzielne porozumienie stron (z 21.10.1957 r., Dz. U. z 1958 r. Nr 37, poz. 167). Natomiast na podstawie art. 12 umowy na wniosek właściwych władz polskich osoba wchodząca w skład wojsk radzieckich, winna naruszania porządku prawnego, zostanie odwołana z terytorium PRL.

W latach 1945-1993 na terytorium PRL przebywały oddziały Północnej Grupy Wojsk AR z dowództwem w Legnicy (zajęte 1/3 miasta). Warto zauważyć, iż Komisja mieszana, utworzona na podstawie art. 13 umowy, zajmowała się roz-

zeniami obywateli polskich, którzy ponieśli uszczerbek w mieniu i na zdrowiu na skutek pobytu wojsk radzieckich w PRL (do 1993 r. rozpatrzono około 7 tys. spraw, w tym 550 z tytułu śmierci 616 obywateli polskich – 249 żołnierze zastrzelili z broni palnej, w tym 69 na tle rabunkowym, 250 zginęło w spowodowanych przez żołnierzy wypadkach komunikacyjnych, 50 zginęło podczas działań wojennych)⁶.

Rząd Tadeusza Mazowieckiego 7 września 1990 r. zwrócił się do rządu ZSRR z notą o zawarcie układu o wycofaniu wojsk radzieckich z Polski. Oficjalne rozmowy rozpoczęto w Moskwie 11 grudnia 1990 r., z kolei 8 kwietnia 1991 r. rozpoczęło się oficjalne wycofywanie z Polski Północnej Grupy Wojsk Armii Radzieckiej. W dniu 27 października 1991 r. parafowano traktat o wycofaniu Sił Zbrojnych ZSRR z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej⁷ i mimo braku podpisanych traktatów międzynarodowych, wycofywanie wojsk było realizowane przez stronę radziecką. Rząd Jana Olszewskiego 22 maja 1992 r. podpisał pakiet porozumień dotyczących wycofania wojsk Federacji Rosyjskiej z terytorium RP, które zakończono 17 września 1993 r. Należy zauważyć, iż również 22 maja 1992 r. w Moskwie został podpisany traktat między Rzeczpospolitą Polską a Federacją Rosyjską o przyjaźni i dobrosąsiedzkiej współpracy (Dz.U. z 1993, Nr 61, poz. 291).

Przed przystąpieniem do NATO Polska uczestniczyła w programie Partnerstwa dla Pokoju (*Partnership for Peace*) – inicjatywie państw–stron Traktatu Północnoatlantyckiego skierowanej do państw Europy Środkowo-Wschodniej, aspirujących do dołączenia do NATO. W ramach PdP Polska podpisała sporządzoną 19 czerwca 1995 r. w Brukseli „Umowę między Państwami–Stronami Traktatu Północnoatlantyckiego a innymi państwami uczestniczącymi w Partnerstwie dla Pokoju, dotyczącą statusu ich sił zbrojnych” (Dz. U. z 1998 r., Nr 97, poz. 605). Należy zauważyć, że państwa–strony Traktatu Północnoatlantyckiego zawarły 19 czerwca 1951 r. umowę dotyczącą statusu ich sił zbrojnych (NATO SOFA), którą RP podpisała, a która weszła w życie dnia 21 października 1999 r. (Dz. U. z 2000, Nr 21, poz. 257). Umowa ta ma fundamentalne znaczenie, składa się z preambuły, po której zdefiniowano najważniejsze określenia zastosowane w umowie oraz artykułów merytorycznych. Niektóre rozwiązania umowy NATO SOFA zostały ocenione także w doktrynie⁸.

⁶ M.L. Krogulski, *Okupacja w imię sojuszu. Armia Radziecka w Polsce w latach 1944–1956*, Warszawa 2000; M.L. Krogulski, *Okupacja w imię sojuszu. Armia Radziecka w Polsce w latach 1956–1993*, Warszawa 2003; M. Czulicki, *Wybrane aspekty pobytu Północnej Grupy Wojsk Armii Radzieckiej w Polsce w latach 1945–1993*. Warszawa Biuro Bezpieczeństwa Narodowego (bez daty); B. Międzybrodzki, *Przestępstwa żołnierzy Armii Radzieckiej stacjonujących w Polsce w latach 1990–1993*, [w:] *Na z góry upatrzonych pozycjach*, red. B. Międzybrodzki, M. Gajda, K. Fudalej, M. Przeperski, Warszawa–Zabrze 2011.

⁷ *Zbiór dokumentów*, Polski Instytut Spraw Międzynarodowych, Warszawa 1992, nr 3, s. 41 i n.

⁸ J. Stochel, *Siły zbrojne w rozumieniu umowy NATO SOFA*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2006, nr 4, s. 3 i n.; A. Ziółkowska, *Odpowiedzialność karna a odpowiedzialność dyscyplinarna w wojsku, zagadnienia materialnoprawne*, Warszawa 2020, s. 37 i n.

W art. II ustanowiono zasadę przestrzegania prawa państwa przyjmującego i powstrzymywania się od jakiejkolwiek działalności niezgodnej z duchem Umowy, a w szczególności od jakiejkolwiek działalności politycznej w tym państwie⁹. Bardzo duże znaczenie mają postanowienia dotyczące sprawowania jurysdykcji pomiędzy Państwem przyjmującym i Państwem wysyłającym. Organy wojskowe Państwa wysyłającego mają prawo sprawowania w granicach Państwa przyjmującego pełnej jurysdykcji karnej i dyscyplinarnej, przyznanej im przez prawo Państwa wysyłającego w stosunku do wszystkich osób podlegających prawu wojskowemu tego Państwa. Natomiast organy państwa przyjmującego sprawują jurysdykcję nad członkami sił zbrojnych lub ich personelu cywilnego oraz członkami ich rodzin w odniesieniu do przestępstw popełnionych na terytorium Państwa przyjmującego i karalnych zgodnie z jego prawem. Określono także prawo sprawowania jurysdykcji wyłącznej. Organom wojskowym Państwa wysyłającego przysługuje ona w stosunku do osób podlegających prawu wojskowemu tego Państwa w odniesieniu do przestępstw karalnych zgodnie z prawem Państwa przyjmującego, w tym przestępstw przeciwko bezpieczeństwu Państwa wysyłającego. Organy Państwa przyjmującego mają prawo sprawowania jej w stosunku do członków sił zbrojnych lub ich personelu cywilnego oraz członków ich rodzin w odniesieniu do przestępstw karalnych zgodnie z jego prawem, a niekaralnych zgodnie z prawem Państwa wysyłającego, w tym przestępstw przeciwko bezpieczeństwu Państwa przyjmującego. Ważne są zasady mające zastosowanie w sytuacji, gdy prawo sprawowania jurysdykcji jest zbieżne. Organy wojskowe Państwa wysyłającego mają pierwszeństwo w sprawowaniu jurysdykcji w stosunku do członków sił zbrojnych lub ich personelu cywilnego w odniesieniu do: przestępstw skierowanych wyłącznie przeciwko mieniu lub bezpieczeństwu tego Państwa lub przestępstw wyłącznie przeciwko osobie lub mieniu innego członka sił zbrojnych tego Państwa lub ich personelu cywilnego albo członka jego rodziny i w odniesieniu do przestępstw wynikających z podjęcia lub zaniechania jakichkolwiek czynności podczas wykonywania obowiązków służbowych. W odniesieniu do wszelkich innych przestępstw pierwszeństwo w sprawowaniu jurysdykcji będą mieć organy Państwa przyjmującego. Postanowienia NATO SOFA dopuszczają także możliwość zrzeczenia się prawa sprawowania jurysdykcji przez państwa mające pierwszeństwo w jej sprawowaniu. Przy wykonywaniu określonych czynności procesowych NATO SOFA ustanawia możliwość współdziałania przez organy Państwa przyjmującego i wysyłającego oraz świadczenia wzajemnej pomocy, np. przy aresztowaniu członków sił zbrojnych lub ich personelu cywilnego albo członków ich rodzin na terytorium Państwa przyjmującego i przy przekazywaniu takich osób organom, które sprawują w stosunku do nich jurysdykcję, a także przy

⁹ A. Zwierzyńska, *Status wojsk obcych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2000, z. 3, s. 91 i n.

prowadzeniu dochodzeń dotyczących przestępstw, a więc także w zbieraniu lub przedstawianiu dowodów itp. NATO SOFA statuuje gwarancję niewykonywania kary śmierci w Państwie przyjmującym przez organy Państwa wysyłającego, jeżeli przepisy Państwa przyjmującego nie posiadają kary śmierci w podobnej sprawie. W ramach art. VII obowiązuje zasada *res iudicata*. W przypadku, gdy oskarżony został osądzony przez organy jednej z Umawiających się stron i został uniewinniony albo skazany i odbywa lub odbył zasądzoną karę bądź został ułaskawiony, nie może być sądzony za to samo przestępstwo na terytorium tego samego Państwa przez organy innej umawiającej się strony. Ustanowiono także szereg uprawnień przysługujących członkom sił zbrojnych lub ich personelu cywilnego albo członkom ich rodziny, z których mogą skorzystać w sytuacji, gdy są ścigani zgodnie z jurysdykcją Państwa przyjmującego. Zalicza się do nich m.in. uprawnienie do niezwłocznego i szybkiej procedury zapoznania się przed procesem z zarzutem lub zarzutami wnoszonymi przeciwko niemu itp. Końcowe postanowienia art. VII odnoszą się do regularnych oddziałów wojskowych oraz formacji sił zbrojnych, którym przyznano prawo nadzorowania wszelkich obozów, obiektów lub innych nieruchomości zajmowanych przez nie na mocy porozumienia z Państwem przyjmującym, nadto mogą one podejmować niezbędne środki dla zapewnienia porządku i bezpieczeństwa na terytorium Państwa przyjmującego. Na obszarze innym niż wymienione wyżej terytorium żandarmeria wojskowa państwa wysyłającego może działać jedynie, opierając się na ustaleniach z organami Państwa przyjmującego, w porozumieniu z nimi i tylko w zakresie, w jakim te działania są niezbędne dla zapewnienia dyscypliny i porządku wśród członków sił zbrojnych¹⁰.

Reasumując, należy stwierdzić, iż art. VII jest podstawowym i jednocześnie spornym – ze względu na atrybut suwerenności terytorialnej – artykułem umowy.

Służby w obcych siłach zbrojnych nie są przedmiotem regulacji w Umowie NATO SOFA, co wywołuje wiele problemów. Trudności przysparza również fakt posiadania przez daną osobę dwóch lub więcej obywatelstw państw będących stroną Umowy NATO SOFA, w tej kwestii bowiem Umowa NATO SOFA nie zawiera żadnej regulacji.

Warto wspomnieć o Umowie między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Federalnej Niemiec o czasowym pobycie członków sił zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej i członków sił zbrojnych Republiki Federalnej Niemiec na terytorium drugiego państwa, sporządzonej w Warszawie 23 sierpnia

¹⁰ S. Oraniec, *Odpowiedzialność karna członków sił zbrojnych Paktu Północnoatlantyckiego w świetle Traktatu z 1951 r.*, Warszawa 2000; A. Massalski, *Zagadnienia jurysdykcji karnej w stosunku do personelu wojsk sojusznicznych na etapie postępowania przygotowawczego w świetle odpowiedzi na kwestionariusz skierowany do wojskowych organów ścigania*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2020, nr 3.

2000 r. (Dz. U. z 2002 r., Nr 206, poz. 1750), a zwłaszcza o art. 6, czyli „Jurysdykcja karna i środki przymusu”.

Należy zauważyć, że Stany Zjednoczone są powiązane z krajami sojuszniczymi lub partnerskimi ponad 100 różnego rodzaju SOFA, które służą wielu istotnym interesom: 1) chronią amerykański personel wojskowy przed odpowiedzialnością cywilną i karną w systemach odbiegających od standardów demokratycznego państwa prawa lub nieodzwoiercedlających standardów amerykańskich; 2) ułatwiają sprawowanie dyscyplinarnej jurysdykcji nad umundurowanym personelem; 3) wpływają pozytywnie na opinię publiczną i poparcie Amerykanów dla rozmieszczania sił zbrojnych za granicą; 4) zmniejszają obciążenia finansowe i administracyjne związane z koniecznością zapłaty w państwie przyjmującym podatków, ceł, licencji i innych danin publicznych; 5) ułatwiają realizację misji poprzez ustanowienie wyraźnych praw w odniesieniu do takich kwestii, jak noszenie mundurów, broń, zapewnienie bezpieczeństwa instalacji, obsługa komunikacji czy procedowanie roszczeń o odszkodowania¹¹. W ramach SOFA działają różne modele odpowiedzialności karnej żołnierzy pozostających na misji poza granicami własnego kraju.

W dniu 20 sierpnia 2008 r. w Warszawie podpisano Umowę między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki dotyczącą rozmieszczenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej antybalistycznych obronnych rakiet przechwytyjących (nieratyfikowana). Zgodnie z umową, baza zostanie utworzona w miejscowości Słupsk-Redzikowo, a na jej terenie rozmieszczeni zostaną członkowie amerykańskich sił zbrojnych oraz personel cywilny. Umowa składa się z preambuły, szesnastu artykułów, załącznika i mapy bazy. Protokół wprowadzający zmiany do powyższej Umowy został podpisany 3 lipca 2010 r. w Krakowie. W tytule oraz w treści umowy w miejsce „antybalistycznych obronnych rakiet przechwytyjących” wpisano „system obrony przed rakietami balistycznymi”, a w konsekwencji uwidoczniło zmianę koncepcji wspólnego przedsięwzięcia z budowy konkretnych instalacji wojskowych (wyrzutni) w kierunku tworzenia przeciwrakietowego systemu obronnego. Protokół stanowi integralną część Umowy i wchodzi w życie tego samego dnia, co umowa (Dz. U. z 2011 r., Nr 219, poz. 1298).

Warto podkreślić, że w dyskusji nad możliwością rozmieszczenia elementów tarczy antyrakietowej w Polsce stwierdzono, iż w świetle Konstytucji RP, biorąc pod uwagę treść art. 90 Konstytucji RP w zw. z art. 117 Konstytucji RP, jest możliwe przekazanie kompetencji organów władzy państwowej w niektórych sprawach wyłącznie organizacji międzynarodowej lub organowi międzynarodowemu, ale nie

¹¹ P. Opitek, *Sprawowanie jurysdykcji karnej nad żołnierzami amerykańskimi w ramach SOFA*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2019, nr 2, s. 21.

innemu państwu¹². Wydaje się więc¹³, iż także zawarcie umowy o stworzeniu na terenie RP bazy wojskowej obcych wojsk nienależących do organizacji międzynarodowej, której teren byłby wyłączony spod zwierzchnictwa terytorialnego RP (a taki charakter ma większość baz amerykańskich na świecie¹⁴), byłby sprzeczny z Konstytucją RP. Jerzy Kranz i Anna Wyrozumska polemizują z poglądem Ryszarda Piotrowskiego, że związanie Polski umową w sprawie tarczy antyrakietowej wymagałoby zmiany Konstytucji. Podkreślają przy tym, że umowa ze Stanami Zjednoczonymi nie odbiega od standardowych umów ustanawiających bazy wojskowe na terytorium innych państw. Stacjonowanie obcych wojsk na terytorium państwa (w tym bazy wojskowe na obcym terytorium) ogranicza władzę państwa przyjmującego. Ograniczenie takie jest z reguły dobrowolne, a jego naturę i zakres można określić jedynie opierając się na konkretnej umowie¹⁵.

W dniu 11 grudnia 2009 r. w Warszawie podpisano Umowę między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki o statusie sił zbrojnych Stanów Zjednoczonych Ameryki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2009 r., Nr 66, poz. 422), nazywaną SOFA Supplemental, która weszła w życie dnia 31 marca 2010 r. Jej celem było uzupełnienie i doprecyzowanie postanowień umowy NATO SOFA, w związku z czym w treści umowy występują liczne odwołania do postanowień umowy z 1951 r., znaczna część umowy poświęcona jest kwestiom związanym z budową i eksploatacją bazy przez Stany Zjednoczone, w umowie pojawiają się nieznane umowie NATO SOFA pojęcia wykonawcy kontraktowego czy lokalnego pracownika cywilnego¹⁶. Uwzględnia ponadto wiele spraw nieobjętych postanowieniami umowy NATO SOFA, które wynikają z celu i charakteru obecności sił zbrojnych Stanów Zjednoczonych i dotyczą m.in. działalności budowlanej oraz związanej z eksploatacją bazy przez wojska USA, jak np. ochrona środowiska, zatrudnianie lokalnych pracowników cywilnych czy nabywanie towarów lub usług przy zastosowaniu amerykańskich procedur zamówień publicznych.

Podstawowe znaczenie dla określenia jurysdykcji karnej nad amerykańskimi żołnierzami w Polsce ma art. VII pkt 1 lit. a i b SOFA NATO (jurysdykcja zbieżna), przy stosowaniu którego należy uwzględnić treść art. 13 pkt 1 SOFA Supplemental o treści:

¹² R. Piotrowski, *Instalacja systemu obrony przeciw rakietowej w świetle Konstytucji RP*, „Państwo i Prawo” 2009, z. 7, s. 20-36.

¹³ P. Grzebyk, [w:] *Konstytucja RP...*, s. 457.

¹⁴ B. Janusz-Pawletta, *Prawnomiędzynarodowy status obcych baz wojskowych*, „Bezpieczeństwo Narodowe” 2006, nr 2, s. 227 i n.

¹⁵ J. Kranz, A. Wyrozumska, *Kilka uwag o umowie polsko-amerykańskiej w sprawie tarczy antyrakietowej*, „Państwo i Prawo” 2009, z. 7, s. 42 i n.

¹⁶ A. Guzowski, *Umowy...*, s. 74.

Rzeczpospolita Polska uznaje szczególne znaczenie nadzoru dyscyplinarnego władz wojskowych Stanów Zjednoczonych nad członkami sił zbrojnych oraz skutki, jakie taki nadzór ma dla gotowości operacyjnej. Odpowiedzialne organy Rzeczypospolitej Polskiej, stosownie do art. VII ust. 3 litera c umowy NATO SOFA, życzliwie i niezwłocznie rozpatrzą wnioski władz wojskowych Stanów Zjednoczonych o zrzeczenie się pierwszeństwa Rzeczypospolitej Polskiej w sprawowaniu jurysdykcji karnej. Władze Rzeczypospolitej Polskiej uwzględnią takie wnioski, z wyjątkiem przypadków o szczególnym znaczeniu dla Rzeczypospolitej Polskiej.

Procedura składania wniosku o zrzeczenie się pierwszeństwa do sądenia została uregulowana w art. 13 pkt 3-5 SOFA Supplemental i brzmi następująco:

- 1) wniosek składany jest odpowiednio: Ministrowi Sprawiedliwości Rzeczypospolitej Polskiej lub właściwym władzom wojskowym USA;
- 2) strona ma 30 dni na jego rozpatrzenie i może w tym czasie zażądać (tylko jeden raz) przedstawienia dodatkowych informacji. Wniosek uważa się za uwzględniony, jeśli adresat wniosku nie ustosunkuje się do niego we wskazanym terminie lub w ciągu kolejnych 30 dni po otrzymaniu informacji uzupełniających;
- 3) w razie zaistnienia sporu co do pierwszeństwa sprawowania jurysdykcji, właściwe władze stron niezwłocznie podejmują konsultacje w celu rozstrzygnięcia tego sporu. Konsultacje powinny zakończyć się w ciągu 30 dni i w tym czasie strony nie będą kierować sprawy na drogę postępowania sądowego.

Państwa zobowiązały się do wzajemnego informowania o każdym przypadku mogącym podlegać ich zbieżnej jurysdykcji, ale z pewnymi wyjątkami. Zgodnie z art. 2 *in fine* SOFA Supplemental, Stany Zjednoczone nie są zobowiązane do powiadamiania, jeśli przypadek dotyczy członków sił zbrojnych lub ich personelu cywilnego w odniesieniu do przestępstw skierowanych wyłącznie przeciwko mieniu lub bezpieczeństwu USA lub przestępstw wyłącznie przeciwko osobie lub mieniu innego członka sił zbrojnych tego państwa lub ich personelu cywilnego albo członka jego rodziny. W takiej sytuacji amerykańskim organom wojskowym przyznano pierwszeństwo w prawie do sądenia. Umowa ma bardziej rozbudowany charakter i zawiera, oprócz przepisów dotyczących podziału jurysdykcji, szczegółowe regulacje dotyczące aresztowania, prowadzenia dochodzenia i uwięzienia. Ogólnie rzecz biorąc, Stany Zjednoczone, jako jeden z aspektów ramach starań o zapewnienie maksymalnej jurysdykcji karnej, chcą nie tylko sądzić swoich żołnierzy w ramach amerykańskiego prawa, ale cały czas czuwają nad losem tymczasowo aresztowanego, nawet jeśli gospodarz zachowuje jurysdykcję lub wniosek złożony na podstawie art. 13 SOFA Supplemental pozostaje nierozstrzygnięty¹⁷.

Rząd Stanów Zjednoczonych wystąpił z propozycją zawarcia nowej umowy, która powinna zawierać regulację trzech głównych aspektów polsko-amerykańskie-

¹⁷ P. Opitek, *Sprawowanie...* s. 32 i n.

go partnerstwa strategicznego: współpracy obronnej ze Stanami Zjednoczonymi Ameryki, funkcjonowania sił zbrojnych USA w Polsce oraz wsparcia infrastrukturalnego i logistycznego dla tych sił w Polsce.

Podczas rozmów odnośnie do zwiększenia obecności sił zbrojnych USA w Polsce strona amerykańska wskazywała zasadniczą potrzebę znowelizowania bazy prawnej dotyczącej stacjonowania swoich wojsk na terytorium RP, podkreślając rosnącą skalę zaangażowania wojskowego Stanów Zjednoczonych Ameryki w Polsce. Wspólnie wypracowano tekst projektu Umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki o wzmocnionej współpracy obronnej. Umowa w zakresie zasad dotyczących statusu sił zbrojnych USA oraz towarzyszącego im personelu powiela, co do zasady, rozwiązania funkcjonujące na podstawie Umowy SOFA RP – USA. Istotne *novum* stanowią postanowienia wykonujące deklaracje prezydenckie przyjęte w 2019 r., w których strona polska zadeklarowała zapewnienie niezbędnej infrastruktury wojskowej dla zwiększonej obecności sił zbrojnych USA w Polsce. Zmianie ulegnie formuła obecności tych sił. Będzie ona miała charakter trwały i bardziej długofalowy, co dodatkowo wpłynie na specyfikę potrzeb amerykańskich żołnierzy i towarzyszącego im personelu. Umowa reguluje zasady projektowania wyżej wymienionej infrastruktury, jej budowy i utrzymania, a także wskazuje konkretne projekty budowlane, które finansowane będą przez Polskę. Umowa określa także katalog wsparcia logistycznego, które będzie oferowane siłom zbrojnym USA trwale obecnym w Polsce. Zmiany w tym obszarze pozwolą stworzyć odpowiednie warunki dla trwałej obecności sił zbrojnych USA w Polsce, zarówno w obecnie planowanej skali, jak i możliwego dalszego jej rozszerzenia. Z tych względów dotyczą one regulacji odnoszących się wprost do statusu sił i personelu USA, ale także ich rodzin, jak również wykonawców kontraktowych Stanów Zjednoczonych Ameryki, co będzie stanowiło istotny argument w dalszych staraniach o zwiększenie amerykańskiej obecności wojskowej w Polsce (druk nr 573 z 26.08.2020 r. uzasadnienie). Umowa została podpisana w Warszawie w dniu 15 sierpnia 2020 r. Podczas debaty sejmowej nad projektem umowy doszło do wyrażenia przez posłów opozycji wielu zdań krytycznych w stosunku do treści umowy. Wnoszono m.in., że umowa nie określa wszystkich kosztów, które poniesie strona polska, zrzeczono się pierwszeństwa jurysdykcji, nie było konsultacji z opozycją w procesie negocjacji, umowa jest petencka, a nie partnerska, uwzględniono szeroki immunitet dla wojsk amerykańskich. Ogólnie: dla strony polskiej jest mniej korzystna niż umowa z 2009 r. Z tymi stanowiskami usiłował polemizować minister obrony narodowej, czynił to jednak niemerytorycznie, odsyłając do podobnych umów zawartych przez Stany Zjednoczone z Bułgarią, Chorwacją, Estonią, Litwą, Łotwą, Niemcami, Holandią, Rumunią, Węgrami, Izraelem i Egiptem, a ponadto – jego zdaniem – w kwestii jurysdykcji

przyjęto inny mechanizm niż w umowie z 2009 r. [sprawozdanie stenograficzne z 17. posiedzenia Sejmu RP w dniu 16 września 2019 r., s. 97-106). Sejm w dniu 17 września 2020 r. wyraził zgodę na dokonanie przez Prezydenta RP ratyfikacji umowy (363 głosy za, 14 przeciw, 69 wstrzymało się), Dz. U. poz. 1827].

Prezydent RP w dniu 9 listopada 2020 r. ratyfikował umowę, która weszła w życie dnia 13 listopada 2020 r. (Dz. U. poz. 2154).

Zgodnie z art. 37 ust. 3 umowy w dniu jej wejścia w życie utraciły moc obowiązującą:

- 1) Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki o statusie sił zbrojnych Stanów Zjednoczonych Ameryki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, podpisana w Warszawie dnia 11 grudnia 2009 r. (Dz. U. z 2010 r., poz. 422);
- 2) Porozumienie z dnia 15 lipca 2015 r. między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki o uzgodnionych obiektach na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2015 r., poz. 1555);
- 3) Porozumienie z dnia 21 grudnia 2018 r. między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki zmieniające Porozumienie z dnia 15 lipca 2015 r. między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki o uzgodnionych obiektach i terenach na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2019 r., poz. 314).

Umowa składa się z preambuły, 37 artykułów, aneksu A – uzgodnione obiekty i tereny, aneksu B – wsparcie dla obecności sił zbrojnych USA, załącznika 1 do Aneksu B – lista projektów infrastrukturalnych zapewnianych przez Polskę.

Warto zwrócić uwagę na bardzo ważny art. 14 – jurysdykcja karna:

1. Rzeczpospolita Polska uznaje szczególne znaczenie nadzoru dyscyplinarnego władz sił zbrojnych USA nad członkami sił zbrojnych USA oraz skutki, jakie taki nadzór ma dla gotowości operacyjnej. Tym samym Rzeczpospolita Polska, na wniosek Stanów Zjednoczonych i w celu realizacji zobowiązania o wzajemnej obronie, niniejszym korzysta ze swojego suwerennego prawa i zrzeka się pierwszeństwa Rzeczypospolitej Polskiej w sprawowaniu jurysdykcji karnej, stosownie do Artykułu VII ustęp 3 litera (c) umowy NATO SOFA. W przypadkach o szczególnym znaczeniu dla Rzeczypospolitej Polskiej, władze Rzeczypospolitej Polskiej mogą wycofać to zrzeczenie poprzez wystosowanie do właściwych władz wojskowych USA pisemnego oświadczenia nie później niż trzydzieści (30) dni od daty otrzymania notyfikacji, o której mowa w ustępie 2 niniejszego Artykułu. Władze Rzeczypospolitej Polskiej mogą również wystosować wskazane oświadczenie przed otrzymaniem takiej notyfikacji.
2. Z zastrzeżeniem szczególnych ustaleń, które mogą zostać poczynione w zakresie czynów karalnych mniejszej wagi, siły zbrojne USA niezwłocznie notyfikują

władze Rzeczypospolitej Polskiej o każdym wszczęciu postępowania w trybie ustępu 1 niniejszego Artykułu.

3. W razie zaistnienia sporu co do jurysdykcji, właściwe władze Stron niezwłocznie podejmują konsultacje w celu rozstrzygnięcia tego sporu. Wspólne określenie jurysdykcji zwykle następuje nie później niż w terminie trzydziestu (30) dni od dnia rozpoczęcia konsultacji, chyba że właściwe władze Stron zdecydują o wydłużeniu tego terminu na czas określony. Do czasu zakończenia konsultacji Strony nie kierują sprawy do postępowania sądowego.
4. W przypadku ścigania przez władze Rzeczypospolitej Polskiej członka sił zbrojnych lub personelu cywilnego lub członka rodziny, jurysdykcja nie będzie sprawowana przez sądy wojskowe Rzeczypospolitej Polskiej.
5. Członkowie sił zbrojnych lub personelu cywilnego lub członkowie rodzin nie będą sądzeni pod nieobecność bez swojej zgody, chyba że bezpodstawnie nie stawili się przed sądem po otrzymaniu należytego powiadomienia o dacie rozprawy oraz gdy dopuścili się nieusprawiedliwionej nieobecności wobec władz sił zbrojnych USA.
6. Siły zbrojne USA pomagają władzom Rzeczypospolitej Polskiej w zapewnieniu stawiennictwa oskarżonych lub podejrzanych i świadków będących członkami sił zbrojnych lub personelu cywilnego bądź członkami rodzin przed organami wymiaru sprawiedliwości na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej podczas wszystkich postępowań, gdzie obecność tych osób jest wymagana.
7. Władze Rzeczypospolitej Polskiej udzielają pomocy Stanom Zjednoczonym w zapewnieniu stawiennictwa osób niepodlegających prawu wojskowemu Stanów Zjednoczonych podczas wszystkich postępowań prowadzonych przez siły zbrojne USA na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, podczas których obecność tych osób jest wymagana.
8. Współpraca związana z pomocą w prowadzeniu wszelkich koniecznych postępowań dotyczących przestępstw, zgodnie z Artykułem VII ustęp 6 litera (a) umowy NATO SOFA, odbywa się, jeśli to możliwe, bezpośrednio pomiędzy organami odpowiedzialnymi za prowadzenie wnioskowanych czynności. Odpowiednie organy Stron mogą przyjmować ustalenia dotyczące szczegółów współpracy. Na wniosek, właściwe organy jednej ze Stron mogą uczestniczyć w czynnościach dowodowych prowadzonych przez właściwe organy drugiej Strony. W trakcie prowadzenia śledztwa, władze jednej ze Stron wezmą pod uwagę wszelkie dowody zebrane przez lub sprawozdania ze śledztw odpowiednich władz drugiej Strony zgodnie z obowiązującym prawem i przepisami.
9. W czynnościach prowadzonych przez USA, dotyczących przestępstw popełnionych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wszyscy pokrzywdzeni oraz

świadkowie będą mieli takie same prawa i przywileje, jakie przyznawane są pokrzywdzonym i świadkom z USA, zgodnie z prawem USA.

10. Członkowie sił zbrojnych lub personelu cywilnego zwolnieni są z płacenia kar, grzywnien lub podobnych opłat nakładanych przez organy Rzeczypospolitej Polskiej w sprawach wynikających z wykonywania obowiązków służbowych przez tych członków.

Między innymi w związku z art. 14 umowy poseł Marek Biernacki zwrócił się z interpelacją (nr 10061) do Prezesa Rady Ministrów w sprawie refundacji kosztów procesowych w sprawach obywatele RP kontra członkowie Sił Zbrojnych USA stacjonujących na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, zadając dwa pytania: „1. Czym kierował się rząd RP, rezygnując *de facto* z części swej suwerenności?, 2. Czy przewiduje Pan Premier stworzenie specjalnego funduszu, z którego finansowane byłyby koszty procesów, które zamiast przed polskim wymiarem sprawiedliwości będą musiały się toczyć przed sądami amerykańskimi? Przypomnę, że koszty procesowe w USA są wielokrotnie wyższe niż w naszym kraju i znakomitej większości obywateli po prostu nie będzie stać na dochodzenie swych praw”. Odpowiedzi udzielił sekretarz stanu w MON Wojciech Skurkiewicz w sposób wysoce ogólny, stwierdzając m.in.:

Podkreślenia wymaga fakt, że Rzeczypospolita Polska sprawuje wyłączną jurysdykcję karną w stosunku do przestępstw, które są karalne zgodnie z prawem polskim, a nie są karalne na podstawie prawa amerykańskiego. Ponadto wyłączna jurysdykcja jest sprawowana przez Rzeczypospolitą Polską w przypadku przestępstw przeciwko bezpieczeństwu państwa, obejmujących zdradę państwa, sabotaż, szpiegostwo lub naruszenie jakichkolwiek przepisów dotyczących tajemnicy państwowej albo tajemnicy związanej z obronnością naszego kraju.

Po pierwsze użyto określeń nieznanymi prawu polskiemu: zdrada państwa, sabotaż, tajemnica państwowa, tajemnica związana z obronnością, a po drugie rząd nie przewiduje stworzenia specjalnego funduszu¹⁸.

Reasumując, należy przyjąć, że umowa z 15.08.2020 r. jest zasadniczo zgodna z interesami naszego państwa. Rząd RP, chcąc szerszej obecności wojsk amerykańskich w RP, dokonuje zakupów bezprzetargowych sprzętu wojskowego u producentów amerykańskich, dlatego władze polskie zgodziły się na niektóre rozwiązania nierównoprawne, praktyka funkcjonowania tej umowy pozwoli na jej ocenę, aczkolwiek „większy może więcej”.

¹⁸ A. Guzowski, *Umowa między Rządami Rzeczypospolitej Polskiej i Stanów Zjednoczonych o wzmacnionej współpracy obronnej. Analiza porozumienia*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2022, nr 1, s. 15-24. Zdaniem tego autora, które należy podzielić, umowa reguluje obustronne relacje w sposób bardziej kompleksowy, ale wiele regulacji zawartych w umowie jest sformułowana w sposób ogólny, co może budzić w przyszłości wątpliwości w zakresie ich wykładni.

Niejako kończąc wywód główny, należy podkreślić, iż dniu 23 września 1999 r. Sejm uchwalił ustawę o zasadach pobytu wojsk obcych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz zasady ich przemieszczania się przez to terytorium (Dz. U. z 2018 r., poz. 2110). Przepisów ustawy określających status wojsk obcych nie stosuje się do tych wojsk obcych, których status jest określony w umowach międzynarodowych ratyfikowanych w trybie art. 89 ust. 1 Konstytucji RP, czyli do wojsk NATO. W doprecyzowaniu kwestii związanych z nazewnictwem pomaga art. 2 wspomnianej ustawy, zawierający słowniczek pojęć: wojska obce, żołnierze wojsk obcych, personel cywilny, strona wysyłająca, organy wojskowe strony wysyłającej¹⁹.

Wskazano w literaturze, że „zakres, formy i skutki pobytu i przemieszczania się wojsk obcych na terytorium RP nie mogą kolidować z tą zasadą (suwerenności – S.H.) ani nie mogą oznaczać przekazywania podmiotowi ponadnarodowemu kompetencji organów władzy państwowej, bo – jak dotąd – żadna umowa międzynarodowa dotycząca spraw wojskowych nie została zawarta w trybie art. 90 Konstytucji”²⁰.

Wyrażony został pogląd, odmienny od stanowiska rządu RP, że państwo wysyłające winno aktualnie brać większą odpowiedzialność za obecność swoich wojsk na obcym terytorium, a tym samym ponosić w większym stopniu jej koszty²¹. Trafnie przyjmuje się, że przy całym szacunku dla naszych partnerów wojskowych trzeba mieć na względzie przede wszystkim interesy Polski w regulowaniu kwestii jurysdykcji karnej żołnierzy własnych i armii sojusznicznych²². Należy podkreślić, że jurysdykcja karna nad wojskiem i personelem amerykańskim poza krajem pozostaje w szczególnym zainteresowaniu Departamentu Obrony i Kongresu USA.

Na podstawie art. 726 ustawy z dnia 11 marca 2022 r. o obronie Ojczyzny (Dz. U. poz. 655) w tytule ustawy z dnia 23 września 1999 r. o zasadach pobytu wojsk obcych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz zasadach przemieszczania się przez to terytorium wprowadza się następujące zmiany: 1) w tytule ustawy ogólne określenie przedmiotu ustawy otrzymuje brzmienie: „o zasadach pobytu wojsk obcych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zasadach ich przemieszczania się przez to terytorium oraz zasadach udzielania pomocy wojskom sojusznicznym i organizacjom międzynarodowym”, nadaje się nowe brzmienie: art. 1 ust. 1, art. 3 ust. 1a, art. 3a ust. 1, art. 4 ust. 2a, a także dodaje się po art. 23 art. 23a–23h. Ustawa weszła w życie 23 kwietnia 2022 r.

¹⁹ S. Hoc, *op. cit.*, s. 150; A. Zwierzyńska, *op. cit.*, s. 97 i n.

²⁰ L. Garlicki, *Komentarz do art. 117*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, red. L. Garlicki, Warszawa 2001, s. 5.

²¹ J. Stochel, *Roszczenia międzyrządowe w świetle umowy NATO SOFA*, „Państwo i Prawo” 2010, z. 4, s. 29.

²² P. Opitek, *op. cit.*, s. 34.

Literatura

- Czulicki M., *Wybrane aspekty pobytu Północnej Grupy Wojsk Armii Radzieckiej w Polsce w latach 1945-1993*, Warszawa (bez daty).
- Filar M., *Status prawnokarny wojsk NATO stacjonujących na terytorium Polski (zagadnienia wybrane)*, [w:] *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltosia*, red. J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll, Warszawa 2000.
- Garlicki L., *Komentarz do art. 117*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, red. L. Garlicki, Warszawa 2001.
- Grzebyk K., [w:] *Konstytucja RP*, t. II, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Guzowski A., *Umowa między Rządami Rzeczypospolitej Polskiej i Stanów Zjednoczonych o wzmocnionej współpracy obronnej. Analiza porozumienia*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2022, nr 1
- Guzowski A., *Umowy międzynarodowe regulujące status obcych sił zbrojnych obecnych na terytorium Polski*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2020, nr 2.
- Hoc S., *Komentarz do art. 26, 85 i 117 Konstytucji RP*, Warszawa 2021.
- Janusz-Pawletta B., *Prawomiędzynarodowy status obcych baz wojskowych*, „Bezpieczeństwo Narodowe” 2006, nr 2.
- Kranz J., Wyrozumsk A., *Kilka uwag o umowie polsko-amerykańskiej w sprawie tarczy antyrakietowej*, „Państwo i Prawo” 2009, z. 7.
- Krogulski M.L., *Okupacja w imię sojuszu. Armia Radziecka w Polsce w latach 1944-1956*, Warszawa 2000.
- Krogulski M.L., *Okupacja w imię sojuszu. Armia Radziecka w Polsce w latach 1956-1993*, Warszawa 2003.
- Massalski A., *Zagadnienia jurysdykcji karnej w stosunku do personelu wojsk sojusznicznych na etapie postępowania przygotowawczego w świetle odpowiedzialności na kwestionariusz skierowany do wojskowych organów ścigania*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2020, nr 3.
- Międzybrodzki B., *Przestępstwa żołnierzy Armii Radzieckiej stacjonujących w Polsce w latach 1990-1993*, [w:] *Na z góry upatrzonych pozycjach*, red. B. Międzybrodzki, M. Gajda, K. Fudalej, M. Przeperski, Warszawa-Żabrze 2011.
- Nawrocki M., *Miejsce popełnienia czynu zabronionego*, Warszawa 2016.
- Nawrocki M., *Wylączenie zasady terytorialności w prawie karnym (art. 5 k.k. na przykładzie umowy międzynarodowej Polska-NATO (SOFA)*, [w:] *Obywatel, państwo, społeczność międzynarodowa*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, E. Cała-Wacinkiewicz, D. Wacinkiewicz, Warszawa 2014.
- Opitek P., *Sprawowanie jurysdykcji karnej nad żołnierzami amerykańskimi w ramach SOFA*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2019, nr 2.
- Oraniec S., *Odpowiedzialność karna członków sił zbrojnych Paktu Północnoatlantyckiego w świetle Traktatu z 1951 r.*, Warszawa 2000.
- Piotrowski P., *Instalacja systemu obrony przeciwrakietowej w świetle Konstytucji RP*, „Państwo i Prawo” 2009, z. 7.
- Stochel J., *Roszczenia międzyrządowe w świetle umowy NATO SOFA*, „Państwo i Prawo” 2010, z. 4.
- Stochel J., *Sily zbrojne w rozumieniu umowy NATO SOFA*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2006, nr 4.
- Ziółkowska A., *Odpowiedzialność karna z odpowiedzialność dyscyplinarna w wojsku, zagadnienia materialnoprawne*, Warszawa 2020.
- Zwierzyńska A., *Status wojsk obcych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2000, z. 3.

Katarzyna Płonka-Bielenin

Górnośląska Wyższa Szkoła Handlowa w Katowicach

ORCID 0000-0003-4208-5172

katarzyna.plonka-bielenin@gwsh.pl

Zadania publiczne w systemie pieczy zastępczej obowiązkiem samorządu powiatowego

Słowa kluczowe: zadania publiczne, wspieranie rodziny, piecza zastępcza, wsparcie, pomoc, samorząd powiatowy

Streszczenie. System pieczy socjalnej od lat 90. zmienia się dość intensywnie, a obecnie pomoc społeczna zdecydowanie wykracza poza sferę wypłacania zasiłków. Te najistotniejsze zmiany realizowane są w trzech płaszczyznach: interdyscyplinarnej współpracy instytucji, które wspierają rodzinę; indywidualizacji w zakresie podejścia do każdego dziecka; podejmowaniu pracy z całym systemem rodzinnym, w celu jak najszybszego powrotu dziecka do domu. Jednak mimo trwającej od kilkunastu lat reformy, która wprowadziła wiele istotnych zmian w zakresie pomocy rodzinie i dziecku, problematyka reintegracji wieloprotymowych rodzin nadal nie została rozwiązana.

Celem niniejszego opracowania jest wskazanie realizacji zadań powiatu w zakresie pieczy zastępczej oraz próba odpowiedzi na pytanie, czy realizacja tych zadań w praktyce jest wystarczająca.

Na podstawie przeprowadzonej analizy należy przyjąć, że zadania powiatu w zakresie pieczy zastępczej nadal wymagają podejmowania skutecznych działań mających na celu zapewnienie rodzinom zastępczym korzystania w większym stopniu z form wsparcia przewidzianych w ustawie o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, zapewnienia dziecku bezpiecznych warunków odbywania spotkań z rodzicami biologicznymi oraz zapewnienie możliwości ich realizacji poza miejscem zamieszkania rodziny zastępczej czy zatrudnienia odpowiedniej liczby koordynatorów rodzinnej pieczy zastępczej.

Public tasks in the field of foster care as a challenge for the poviat self-government

Keywords: public tasks, supporting the family, foster care, support, help, poviat self-government

Summary. The social welfare system has been changing quite intensively since the 1990s, and now social assistance definitely goes beyond the sphere of paying out benefits. These most important changes are implemented on three levels: interdisciplinary cooperation of institutions that support the family; individualization in terms of approach to each child; undertaking work with the entire family system in order to bring the child back home as soon as possible. However, despite the reform that has been going on for over a dozen years, which introduced many significant changes in the field of family and child support, the issue of reintegrating multi-problem families has still not been resolved. The aim of this study is to indicate the implementation of the poviat's tasks in the field of foster care and to try to answer the question whether the implementation of the set asks in practice is sufficient. On the basis of the conducted analysis, it should be assumed that the poviat's tasks in the field of foster care still require effective measures to ensure that foster families benefit to a greater extent from the forms of support provided for in the Act on supporting the fam-

ily and the foster care system, and to ensure safe conditions for meetings for the child, with biological parents and ensuring the possibility of their implementation outside the place of residence of the foster family, or employment of an appropriate number of family foster care coordinators.

Wprowadzenie

Podjęmując problematykę instytucji pieczy zastępczej w kontekście realizacji zadań powiatu, na wstępie należy wyjaśnić samo pojęcie zadań publicznych.

W literaturze przedmiotu pojęcie zadań publicznych jest różnorodnie definiowane. Termin ten może być ujmowany w różnych aspektach, a mianowicie według Ernesta Knosali „zadanie publiczne” można rozpatrywać w ujęciu normatywnym, formalnym, typologicznym oraz politycznym. W ujęciu normatywnym zadania publiczne dotyczą spraw wykraczających poza możliwości jednostki, a ich podstawą jest rozwiązywanie problemów zbiorowości, opierając się na pewnych zasadach etycznych, takich jak na przykład poszanowanie naturalnych praw i wolności człowieka czy też solidarność. W aspekcie formalnym zadania publiczne obejmują sferę zastrzeżoną przez państwo do swojej działalności. Natomiast w ujęciu typologicznym zadania publiczne oparte są na analizie empiryczno-porównawczej pozwalającej wyodrębnić określone cele działalności państwa, takie jak: bezpieczeństwo wewnętrzne i zewnętrzne, ochrona środowiska czy cele socjalne oraz kulturalne. Z kolei zadania publiczne w ujęciu politycznym oznaczają rozpiętość podstawowych zadań, które są wynikiem decyzji politycznych¹.

Zadanie publiczne² jest określane jako normatywnie wskazany „obowiązek i zarazem uprawnienie państwa do zaspokajania zbiorowych i indywidualnych potrzeb człowieka realizowany przez kompetentny organ administrujący za pomocą prawnych form działania”³. Takie rozumienie zadania publicznego utożsamia go z pojęciem „zadania administracji publicznej”. Według Józefa Filipka zadania administracji publicznej wynikają z norm obowiązującego prawa, a zatem można je identyfikować w pewien sposób z obowiązkiem administracyjnym. Zadanie administracyjne jest obowiązkiem administracyjnym i odwrotnie. Powoduje to nadanie zadaniu administracyjnemu znaczenia ogólnego, co w praktyce prowadzi do jego identyfikowania z realizacją zadań społecznych, które nie zawsze muszą być spełniane działaniami prawnymi. To właśnie normy konstytucyjne określają formy

¹ R. Stasikowski, *Funkcja regulacyjna administracji publicznej. Studium z zakresu nauki prawa administracyjnego oraz nauki administracji*, Bydgoszcz–Katowice 2009, s. 49.

² Zob. na temat zadań publicznych K. Płonka-Bielenin, *Zadania publiczne a pojęcie działalności pożytku publicznego*, [w:] K. Płonka-Bielenin, *Status administracyjno-prawny organizacji pożytku publicznego*, Katowice 2010, s. 161-169.

³ A. Szadok-Bratuń, *Instytucja zawarcia małżeństwa „konkordatowego” przykładem nietypowej prywatyzacji zadań publicznych*, [w:] *Prawne aspekty prywatyzacji*, red. J. Blicharz, Wrocław 2012, s. 207.

prawne, którymi może się posługiwać organ administracji publicznej. Stawiają zarazem organ przed wyborem odpowiedniej formy działania, która będzie najbardziej odpowiednia w danym zakresie. Organ administracji publicznej oczywiście powinien wybrać najbardziej adekwatne rozwiązanie, które najlepiej będzie odpowiadało realizacji danego zadania administracji publicznej⁴.

Istotne znaczenie w tej materii ma także judykatura, a przede wszystkim orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego, który uchwałą z dnia 27 września 1994 r. przyjął, że wszystkie zadania samorządu terytorialnego mają charakter zadań publicznych w tym znaczeniu, że służą zaspokajaniu potrzeb zbiorowych społeczności, czy to lokalnych, w przypadku zadań własnych, czy zorganizowanego w państwo całego społeczeństwa, jak w przypadku zadań zleconych⁵. W celu wyjaśnienia pojęcia „zadań publicznych” warto odwołać się również do uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 1996 r., które podkreśla, że wszystkie zadania samorządu terytorialnego mają charakter zadań publicznych, ponieważ służą zaspokajaniu potrzeb zbiorowych społeczności⁶.

Celem niniejszego opracowania jest wskazanie realizacji zadań powiatu w zakresie pieczy zastępczej oraz próba odpowiedzi na pytanie, czy realizacja tych zadań w praktyce jest wystarczająca.

1. Instytucja pieczy zastępczej

Uregulowania prawne dotyczące wspierania rodziny i pieczy zastępczej znajdują wyraz przede wszystkim w: Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.⁷, Europejskiej konwencji o wykonywaniu praw dzieci z dnia 25 stycznia 1996 r.⁸, ustawie z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy⁹ (dalej: KRO), ustawie z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej¹⁰ (dalej: PomSopłU) oraz w ustawie z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej¹¹ (dalej: WspRodzU), w ustawach samorządowych¹², jak również w wielu aktach wykonawczych.

⁴ J. Filipek, *Elementy strukturalne norm prawa administracyjnego*, Warszawa–Kraków 1982, s. 65.

⁵ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego 1994 r., cz. 2, poz. 46, sygn. K. 10/93.

⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 1996 r., III ARW 64/95, „Wspólnota” 1996, nr 43, s. 26.

⁷ Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

⁸ Konwencja sporządzona w Strasburgu dnia 25 stycznia 1996 r., Dz. U. z 2000 r., Nr 107, poz. 1128.

⁹ T.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1359 – KRO.

¹⁰ T.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1876 z późn. zm. – PomSopłU.

¹¹ T.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 821 z późn. zm. – WspRodzU.

¹² Art. 7 ust. 1 pkt 6a ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 713 z późn. zm.), art. 4 ust. 1 pkt 3a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 920), art. 14 ust. 1 pkt 4a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1668).

Stosownie do treści art. 72 ust. 2 Konstytucji RP „Dziecko pozbawione opieki rodzicielskiej ma prawo do opieki i pomocy władz publicznych”. Oczywiście szczególne prawo, a zarazem pierwszeństwo do opieki nad dzieckiem mają jego rodzice. Zatem sytuacja, gdy rodzice pozbawieni są praw rodzicielskich w rozumieniu art. 48 Konstytucji RP, musi zostać uznana za wyjątkowy przypadek, który może być podyktowany okolicznościami danego stanu faktycznego¹³. Wskazana regulacja konstytucyjna koresponduje z art. 20 ust. 1 i 2 Konwencji o prawach dziecka¹⁴, która stanowi, że „Dziecko pozbawione czasowo lub na stałe swego środowiska rodzinnego lub gdy ze względu na swoje dobro nie może pozostawać w tym środowisku, będzie miało prawo do specjalnej ochrony i pomocy ze strony państwa”; ponadto „Państwa-Strony zgodnie ze swym prawem wewnętrznym zapewniają takiemu dziecku opiekę zastępczą”¹⁵.

Należy zauważyć, iż zarówno ustawa o pomocy społecznej, jak i ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej posiadają ten sam fundament aksjologiczny odnoszący się do idei praw człowieka oraz zasady pomocniczości. Akcentują jednocześnie „reintegrację rodziny wychowanka jako nadrzędny cel pieczy zastępczej”¹⁶. Natomiast Kodeks rodzinny i opiekuńczy ma istotne znaczenie ze względu na fakt, że regulacje zawarte w ustawie o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej mają swój pierwotny kontekst właśnie w przepisach o stosunkach między rodzicami a dziećmi (art. 87-113⁶ KRO). Zadania publiczne w obszarze wspierania rodziny i pieczy zastępczej zostały powierzone odpowiednio organom administracji rządowej centralnej, wojewodzie, jednostkom samorządu terytorialnego lub prywatnym podmiotom, którym ograny samorządu terytorialnego zleciły realizację niektórych zadań wskazanych w powołanej wyżej regulacji prawnej¹⁷.

System pieczy socjalnej od lat 90. zmienia się dość intensywnie, a obecnie pomoc społeczna zdecydowanie wykracza poza sferę wypłacania zasiłków. Te najistotniejsze zmiany realizowane są w trzech płaszczyznach: interdyscyplinarnej współpracy instytucji, które wspierają rodzinę; indywidualizacji w zakresie podejścia do każdego dziecka; podejmowaniu pracy z całym systemem rodzinnym w celu jak najszybszego powrotu dziecka do domu. Jednak należy zwrócić uwagę, że mimo

¹³ W. Borysiak, *Komentarz do art. 72 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja RP*, t. I, *Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.

¹⁴ Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych z dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. Nr 120, poz. 526).

¹⁵ Article 20 „1. Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection et une aide spéciales de l’Etat. 2. Les Etats parties prévoient pour cet enfant une protection de remplacement conforme à leur législation nationale”.

¹⁶ M. Rączka, *Komentarz do art. 1 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej*, [w:] *Ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Komentarz*, red. B. Królak, M. Rączka, Warszawa 2017 (stan prawny: 1.12.2017).

¹⁷ *Ibidem*.

trwającej od kilkunastu lat reformy, która wprowadziła wiele istotnych zmian w zakresie pomocy rodzinie i dziecku, problematyka reintegracji wieloprotymowych rodzin nadal nie została rozwiązana¹⁸.

W wyniku reformy wdrożono nowe podejście, zgodnie z którym instytucja „pieczy zastępczej” miała stać się uzupełnieniem oraz wsparciem opieki rodzinnej, a nie być jej trwałym zastępstwem (substytutem). Zaczęto odchodzić od systemu opieki nad dzieckiem na rzecz pomocy dziecku oraz jego rodzinie. Usytuowanie dziecka poza biologiczną rodziną stało się jedną z form wsparcia, a jego pobyt w tych warunkach ma być w założeniu przejściowy i towarzyszyć mu mają działania reintegracyjne, nakierowane na odbudowę więzi emocjonalnych z rodzicami. W aspekcie tego założenia zwraca się uwagę na subsydiarny charakter pieczy zastępczej, która ustanawiana jest w przypadku niemożności przebywania dziecka w rodzinie biologicznej¹⁹. W doktrynie przyjmuje się, iż „System pieczy zastępczej to zespół osób, instytucji i działań mających na celu zapewnienie czasowej opieki i wychowania dzieciom w przypadkach niemożności sprawowania opieki i wychowania przez rodziców biologicznych”²⁰. Warto zauważyć, iż pojęcie pieczy zastępczej posiada definicję normatywną zamieszczoną w art. 2 pkt 2 WspRodzU²¹, która definiowana jest w niemal identyczny sposób, jak powyższa definicja doktrynalna.

Pieczą zastępczą sprawowana jest w przypadku niemożności zapewnienia dziecku opieki oraz wychowania przez rodziców. Głównym założeniem pieczy zastępczej jest, po pierwsze, praca z rodziną umożliwiającą powrót dziecka do rodziny biologicznej lub w sytuacji, jeżeli jest to niemożliwe, dążenie do przysposobienia dziecka, a w przypadku braku możliwości przysposobienia zapewnienie opieki i wychowania w środowisku zastępczym. Po wtóre, przygotowanie dziecka do godnego, samodzielnego oraz odpowiedzialnego życia, pokonywania zgodnie z zasadami etyki trudności życiowych oraz nawiązywania i podtrzymywania bliskich, osobistych oraz akceptowanych społecznie kontaktów z rodziną i rówieśnikami, w celu łagodzenia skutków doświadczenia straty oraz separacji. Po trzecie, zaspokajanie potrzeb emocjonalnych dziecka, w szczególności potrzeb bytowych, zdrowotnych, edukacyjnych oraz kulturalno-rekreacyjnych²².

¹⁸ A. Piekacz, *Idee wychowania i edukacji dla zrównoważonego rozwoju w systemie pieczy zastępczej*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej. Seria: Organizacja i zarządzanie” 2016, z. 95, s. 384-385.

¹⁹ I. Sierpowska, *Zadania administracji publicznej w zakresie pieczy zastępczej nad dzieckiem*, „Zeszyty Naukowe Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Witelona w Legnicy” 2008, s. 73-74.

²⁰ A. Piekacz, *Idee wychowania i edukacji...*, s. 385.

²¹ Art. 2 pkt 2 WspRodzU: „System pieczy zastępczej to zespół osób, instytucji i działań mających na celu zapewnienie czasowej opieki i wychowania dzieciom w przypadkach niemożności sprawowania opieki i wychowania przez rodziców”.

²² Art. 33 WspRodzU.

De lege lata piecza zastępcza sprawowana jest w formie rodzinnej lub instytucjonalnej. Wskazany w art. 34 WspRodzU katalog form sprawowania pieczy jest katalogiem zamkniętym. Zatem piecza zastępcza nie może być sprawowana w innych formach niż przewidziane w tym przepisie prawnym. Formy rodzinnej pieczy zastępczej zostały określone w art. 39 ust. 1 WspRodzU i należą do nich rodzina zastępcza (spokrewniona, niezawodowa, zawodowa, w tym zawodowa pełniąca funkcję pogotowia rodzinnego i zawodowa specjalistyczna) oraz rodzinny dom dziecka. Natomiast formy sprawowania pieczy instytucjonalnej zostały wskazane w dyspozycji art. 93 ust. 1w zw. z art. 101 ust. 1 WspRodzU, a są nimi: placówki opiekuńczo-wychowawcze, regionalne placówki opiekuńczo-terapeutyczne, interwencyjne ośrodki preadopcyjne. Należy zaznaczyć, że placówka opiekuńczo-wychowawcza może być prowadzona jako placówka typu socjalizacyjnego, interwencyjnego, specjalistyczno-terapeutycznego bądź rodzinnego.

Istotne jest, iż wszystkie z wymienionych form opieki zastępczej powinny „stanowić środowisko wychowawcze mające kompensować braki w opiece, wychowaniu, edukacji powierzonego jej dziecka”²³.

Warto podkreślić, że umieszczenie w pieczy zastępczej należy traktować jako rozwiązanie ostateczne, czasowe oraz pomocnicze. Analizując instytucję pieczy zastępczej jako rozwiązanie ostateczne, należy przyjąć, że umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej jest możliwe tylko wówczas, gdy wcześniej stosowane inne środki, które są przewidziane w art. 109 § 2 pkt 1-4 KRO oraz inne formy pomocy rodzicom dziecka wskazane w WspRodzU, nie spowodowały usunięcia stanu zagrożenia dobra dziecka, chyba że konieczność niezwłocznego zapewnienia dziecku pieczy zastępczej wynika z poważnego zagrożenia dobra dziecka, przede wszystkim jego życia lub zdrowia²⁴. Aspekt czasowości oznacza natomiast, że dziecko w pieczy zastępczej umieszcza się do czasu zaistnienia warunków, które umożliwią powrót jego do rodziny biologicznej albo umieszczenia go w rodzinie przysposabiającej. Umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej może być długotrwałe tylko wówczas, gdy powrót dziecka do rodziny biologicznej oraz przysposobienie dziecka są niemożliwe do zrealizowania. Z kolei pomocniczość oznacza, że umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej ma pomóc jemu i jego rodzinie²⁵.

Organizacja pieczy zastępczej została scedowana na powiat. Jak stanowi *expressis verbis* art. 32 ust. 2 WspRodzU, pieczę zastępczą organizuje powiat. Przez określenie „organizuje” należy w szczególności rozumieć „tworzenie infrastruktury pieczy

²³ M. Ruszkowska, *Dziecko zdolne w pieczy zastępczej (na przykładzie powiatu bialskiego)*, „Wychowanie w Rodzinie” 2018, t. XVIII (2/2018), s. 461.

²⁴ Art. 120³ § 1 KRO.

²⁵ B. Królak, *Komentarz do art. 32 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej*, [w:] *Ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Komentarz*, red. B. Królak, M. Rączka, Warszawa 2017 (stan prawny: 1.12.2017).

zastępczej oraz finansowanie pieczy zastępczej. Powiat w sytuacji, gdy dziecko jest pozbawione opieki rodzicielskiej, musi podjąć stosowne działania w celu zapewnienia mu pieczy zastępczej²⁶.

2. Zadania powiatu w systemie pieczy zastępczej – *de lege lata*

Podstawę prawną realizacji zadań publicznych z zakresu wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej na poziomie powiatu, stanowi art. 4 ust. 1 pkt 3a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym²⁷. Powołany przepis wskazuje wprost, że „Powiat wykonuje określone ustawami zadania publiczne o charakterze ponadgminnym w zakresie: [...] wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej”. Konkretnie zadania powiatu w zakresie pieczy zastępczej zostały wymienione w art. 180 WspRodzU, które ustawodawca określił jako zadania własne²⁸. Katalog zadań

²⁶ B. Królak, *Komentarz do art. 32 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej*, [w:] *Ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Komentarz*, red. B. Królak, M. Rączka, Warszawa 2017 (stan prawny: 1.12.2017).

²⁷ T.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 920 – SamPowU.

²⁸ Do zadań własnych powiatu należy: „1) opracowanie i realizacja 3-letnich powiatowych programów dotyczących rozwoju pieczy zastępczej, zawierających między innymi coroczny limit rodzin zastępczych zawodowych; 2) zapewnienie dzieciom pieczy zastępczej w rodzinach zastępczych, rodzinnych domach dziecka oraz w placówkach opiekuńczo-wychowawczych; 3) organizowanie wsparcia osobom usamodzielnianym opuszczającym rodziny zastępcze, rodzinne domy dziecka oraz placówki opiekuńczo-wychowawcze i regionalne placówki opiekuńczo-terapeutyczne, przez wspieranie procesu usamodzielnienia; 4) tworzenie warunków do powstawania i działania rodzin zastępczych, rodzinnych domów dziecka i rodzin pomocowych; 5) prowadzenie placówek opiekuńczo-wychowawczych oraz placówek wsparcia dziennego o zasięgu ponadgminnym; 6) organizowanie szkoleń dla rodzin zastępczych, prowadzących rodzinne domy dziecka i dyrektorów placówek opiekuńczo-wychowawczych typu rodzinnego oraz kandydatów do pełnienia funkcji rodziny zastępczej, prowadzenia rodzinnego domu dziecka lub pełnienia funkcji dyrektora placówki opiekuńczo-wychowawczej typu rodzinnego; 7) organizowanie wsparcia dla rodzinnej pieczy zastępczej, w szczególności przez tworzenie warunków do powstawania: a) grup wsparcia, b) specjalistycznego poradnictwa; 8) [...]; 9) wyznaczanie organizatora rodzinnej pieczy zastępczej; 10) zapewnienie przeprowadzenia przyjętemu do pieczy zastępczej dziecku niezbędnych badań lekarskich; 11) prowadzenie rejestru danych, o którym mowa w art. 46; 12) kompletowanie we współpracy z właściwym ośrodkiem pomocy społecznej dokumentacji związanej z przygotowaniem dziecka do umieszczenia w rodzinie zastępczej albo rodzinnym domu dziecka; 13) finansowanie: a) świadczeń pieniężnych dotyczących dzieci z terenu powiatu, umieszczonych w rodzinach zastępczych, rodzinnych domach dziecka, placówkach opiekuńczo-wychowawczych, regionalnych placówkach opiekuńczo-terapeutycznych, interwencyjnych ośrodkach preadopcyjnych lub rodzinach pomocowych, na jego terenie lub na terenie innego powiatu, b) pomocy przyznawanej osobom usamodzielnianym opuszczającym rodziny zastępcze, rodzinne domy dziecka, placówki opiekuńczo-wychowawcze lub regionalne placówki opiekuńczo-terapeutyczne, c) szkoleń dla kandydatów do pełnienia funkcji rodziny zastępczej, prowadzenia rodzinnego domu dziecka lub pełnienia funkcji dyrektora placówki opiekuńczo-wychowawczej typu rodzinnego oraz szkoleń dla rodzin zastępczych, prowadzących rodzinne domy dziecka oraz dyrektorów placówek opiekuńczo-wychowawczych typu rodzinnego; 14) sporządzanie sprawozdań rzeczowo-finansowych z zakresu wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej

powiatu wskazany w powołanym wyżej artykule ma charakter zamknięty. Oznacza to, że powiat nie może realizować innych zadań z zakresu wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej aniżeli te, które zostały wyraźnie wskazane przez ustawodawcę. Poza zadaniami o charakterze merytorycznym w przedmiocie wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej należy również wskazać zadania o charakterze organizacyjnym, a w szczególności dotyczące sporządzania sprawozdawczości, związane z planowaniem czy też prowadzeniem rejestrów we wskazanej sferze życia publicznego²⁹, na przykład: opracowanie i realizacja 3-letnich powiatowych programów dotyczących rozwoju pieczy zastępczej, zawierających między innymi coroczny limit rodzin zastępczych zawodowych, prowadzenie rejestru danych, o którym mowa w art. 46 WspRodzU, sporządzanie sprawozdań rzeczowo-finansowych z zakresu wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej oraz przekazywanie ich właściwemu wojewodzie, w wersji elektronicznej, z zastosowaniem systemu teleinformatycznego, o którym mowa w art. 187 ust. 3 WspRodzU, przekazywanie do biura informacji gospodarczej informacji. Ponadto rada powiatu odgrywa szczególną rolę w systemie pieczy zastępczej, będąc organem stanowiącym i kontrolnym, a do jej wyłącznych zadań należy m.in. powoływanie powiatowych jednostek organizacyjnych wykonujących zadania ze wskazanej sfery życia publicznego, takich jak placówki opiekuńczo-wychowawcze.

Natomiast zadania zlecone znajdują odzwierciedlenie w art. 181 WspRodzU. Do zadań zleconych z zakresu administracji rządowej realizowanych przez powiat należy: realizacja zadań wynikających z rządowych programów wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej oraz rządowego programu, o którym mowa w art. 187a ust. 1 WspRodzU; finansowanie pobytu w pieczy zastępczej osób, o których mowa w art. 5 ust. 3 WspRodzU; finansowanie: a) wydatków związanych z dowozem do rodziny zastępczej, rodzinnego domu dziecka, placówki opiekuńczo-wychowawczej, regionalnej placówki opiekuńczo-terapeutycznej lub interwencyjnego ośrodka preadopcyjnego, a także związanych z odwiezieniem dziecka, gdy umieszczenie w pieczy zastępczej nastąpiło na czas określony, jeżeli sposób i zasady pokrycia kosztów powrotu dziecka nie wynikają z orzeczenia lub informacji sądu lub innego organu państwa obcego, b) średnich miesięcznych wydatków przeznaczonych na utrzymanie dziecka oraz świadczeń pieniężnych, c) pomocy przyznawanej osobom usamodzielnianym opuszczającym rodziny zastępcze, rodzinne domy dziecka, placówki opiekuńczo-wychowawcze lub regionalne placówki opiekuńczo-te-

oraz przekazywanie ich właściwemu wojewodzie, w wersji elektronicznej, z zastosowaniem systemu teleinformatycznego, o którym mowa w art. 187 ust. 3; 15) przekazywanie do biura informacji gospodarczej informacji, o której mowa w art. 193 ust. 8”.

²⁹ M. Rączka, *Komentarz do art. 180 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej*, [w:] *Ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Komentarz*, red. B. Królak, M. Rączka, Warszawa 2017 (stan prawny: 1.12.2017).

rapeutyczne – dotyczących osób, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. b i pkt 2a WspRodzU, umieszczonych w rodzinach zastępczych, rodzinnych domach dziecka, placówkach opiekuńczo-wychowawczych, regionalnych placówkach opiekuńczo-terapeutycznych, interwencyjnych ośrodkach preadopcyjnych lub rodzinach pomocowych; finansowanie dodatku wychowawczego, dodatku, o którym mowa w art. 113a WspRodzU, oraz dodatku do zryczałtowanej kwoty, o którym stanowi art. 115 ust. 2a WspRodzU.

Zadania powiatu w obszarze pieczy zastępczej wykonuje starosta za pośrednictwem powiatowego centrum pomocy rodzinie oraz organizatorów rodzinnej pieczy zastępczej. Ustawodawca przyznał na rzecz powiatowego centrum pomocy rodzinie (jednostce organizacyjnej pomocy społecznej, która realizuje zadania powiatu również z zakresu pomocy społecznej oraz pieczy zastępczej) domniemanie kompetencji w sytuacji, gdy dane działania nie zostały zastrzeżone na rzecz innych podmiotów w WspRodzU. Zatem stosownie do brzmienia art. 182 ust. 2 WspRodzU do zakresu działania powiatowego centrum pomocy rodzinie należą wszystkie sprawy z obszaru pieczy zastępczej, które nie zostały zastrzeżone na rzecz innych podmiotów, poza zadaniami związanymi z wypłatą świadczeń socjalnych i instytucjonalną pieczą zastępczą, które wyłącznie powinny być realizowane przez powiatowe centrum pomocy rodzinie³⁰.

W sprawach indywidualnych dotyczących świadczeń, dodatków, środków finansowych, opłat oraz innych kwot, wskazanych w art. 182 ust. 3 WspRodzU decyzje wydaje starosta lub upoważniony przez niego kierownik powiatowego centrum pomocy rodzinie bądź inni pracownicy powiatowego centrum pomocy rodzinie upoważnieni przez starostę na wniosek kierownika.

Ponadto w WspRodzU wyraźnie podkreśla szczególną rolę sądu oraz powiatowych centrów pomocy, które muszą współpracować ze sobą dla dobra dziecka³¹ przy wykonywaniu zadań z zakresu pieczy zastępczej³². Zgodnie z powołaną regulacją prawną kierownik powiatowego centrum pomocy rodzinie składa zarządowi powiatu coroczne sprawozdanie z działalności powiatowego centrum pomocy rodzinie, a także przedstawia zestawienie potrzeb w zakresie systemu pieczy zastępczej. Słusznie podkreśla Marek Rączka, że sprawozdanie ma za zadanie nie tylko informować o realizacji ustawowych zadań z zakresu pieczy zastępczej przez powiatowe centrum pomocy rodzinie, lecz również „w związku z potrzebami, jakie muszą sta-

³⁰ M. Rączka, *Komentarz do art. 182 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej*, [w:] *Ustawa o wspieraniu...*

³¹ Szerzej na temat zasady dobra dziecka T. Jędrzejczyk, *Legalizm czy dobro dziecka – problem pierwszeństwa zasad konstytucyjnych przy odebraniu dziecka z rodziny w sytuacji kryzysowej*, „Ogrody Nauk i Sztuk” 2016, s. 82-83.

³² Art. 182 ust. 4 WspRodzU.

nowić integralną część sprawozdania, a służyć mają przede wszystkim planowaniu kolejnych zadań – zmierzać do korygowania ewentualnych nieprawidłowości”³³.

Według Iwony Sierpowskiej zadania powiatowej administracji publicznej można podzielić na trzy kategorie: zadania związane z przygotowaniem pieczy zastępczej, następnie zadania dotyczące pobytu dziecka w instytucji opieki zastępczej oraz zadania związane z zakończeniem pieczy zastępczej. Zadania należące do pierwszej grupy głównie polegają na przygotowaniu osób oraz rodzin do pełnienia funkcji rodziny zastępczej. Podstawowym celem jest pozyskiwanie, szkolenie oraz kwalifikowanie osób zgłaszających gotowość do pełnienia funkcji rodziny zastępczej oraz prowadzenia rodzinnych domów dziecka. Kandydaci na rodzinę zastępczą muszą spełniać odpowiednie ustawowe wymogi, takie jak korzystanie z pełni praw, odpowiedni stan zdrowia, odpowiednie warunki mieszkaniowe oraz stałe źródło dochodu³⁴. Oczywiście kandydaci do pełnienia funkcji rodziny zastępczej lub do prowadzenia rodzinnego domu dziecka mają obowiązek posiadania świadectwa ukończenia szkolenia prowadzonego przez organizatora rodzinnej pieczy zastępczej bądź przez ośrodek adopcyjny³⁵. Organizator rodzinnej pieczy zastępczej, jak również ośrodek adopcyjny, zobligowani zostali do organizowania szkoleń, przy czym prawodawca nie określił ich częstotliwości. Zadanie to, zgodnie z WspRodzU, powinno być realizowane systematycznie, aby umożliwić każdemu kandydatowi jego odbycie, ponieważ brak takiego szkolenia może uniemożliwić rodzinie dalsze sprawowanie pieczy zastępczej³⁶. Organom powiatu przyznano także dodatkowe kompetencje w stosunku do zawodowych rodzin zastępczych niespokrewnionych z dzieckiem. Taka rodzina zastępcza pełni funkcję, która jest ujmowana w kategorię wykonywania specyficznej pracy, za którą pobiera ona wynagrodzenie. W praktyce podstawą prawną realizacji funkcji rodziny zastępczej zawodowej niespokrewnionej z dzieckiem jest zawierana umowa przez tę rodzinę z właściwym miejscowo starostą. Umowa może być zawarta z upoważnienia starosty również przez kierownika powiatowego centrum pomocy rodzinie albo kierownika ośrodka pomocy społecznej w mieście na prawach powiatu. Czynność ta jest umową cywilnoprawną. Należy dodać, że przygotowanie pieczy zastępczej może także polegać na zorganizowaniu całodobowych rodzinnych domów dziecka, których prowadzeniem

³³ M. Rączka, *Komentarz do art. 182 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej*, [w:] *Ustawa o wspieraniu...*

³⁴ I. Sierpowska, *Zadania administracji publicznej w zakresie pieczy zastępczej nad dzieckiem*, „Zeszyty Naukowe Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Witelona w Legnicy” 2008, nr 4, s. 80.

³⁵ Art. 44 ust. 1 WspRodzU.

³⁶ M. Rączka, *Komentarz do art. 44 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej*, [w:] *Ustawa o wspieraniu...*

zajmują się powiaty. *De lege lata* zarówno rodzinie zastępczej zawodowej, jak i prowadzącemu rodzinny dom dziecka przysługuje wynagrodzenie³⁷.

Druga kategoria obowiązków powiatowej administracji w zakresie pieczy zastępczej związana jest z umieszczeniem oraz pobytem dziecka w rodzinie zastępczej, rodzinnym domu dziecka lub placówce opiekuńczo-wychowawczej. Jak wcześniej zostało podkreślone, organ administracji nie może bez uzasadnionych powodów i dobrowolnie ingerować we władzę rodzicielską i decydować o ustanowieniu pieczy zastępczej³⁸.

Co do zasady, umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej następuje na podstawie orzeczenia sądu³⁹, z pewnymi zastrzeżeniami wskazanymi w art. 35 ust. 1 i 2 WspRodzU⁴⁰. Oznacza to, że w sytuacji

pilnej konieczności, na wniosek lub za zgodą rodziców dziecka, możliwe jest umieszczenie dziecka w rodzinnej pieczy zastępczej, na podstawie umowy zawartej między rodziną zastępczą lub prowadzącym rodzinny dom dziecka a starostą właściwym ze względu na miejsce zamieszkania tej rodziny lub miejsce prowadzenia rodzinnego domu dziecka. O zawartej umowie starosta zawiadamia niezwłocznie sąd⁴¹.

Pojęcie „pilnej konieczności” zostało pozostawione ocenie starosty. W ustaleniu treści tego pojęcia pomocne mogą być przepisy KRO, w szczególności dotyczące zagrożenia dziecka oraz odnoszące się do „modyfikacji” rodzicielskiej władzy. W sytuacji, gdy starosta nie stwierdzi przesłanek do umieszczenia dziecka w rodzinnej pieczy zastępczej, odmawia zawarcia umowy. W takim przypadku pozostaje jedynie sądowy tryb skierowania dziecka do rodziny zastępczej. Starosta zawiadamia niezwłocznie sąd o zawartej umowie. Następnie sąd wydaje orzeczenie o umieszczeniu dziecka w rodzinnej pieczy zastępczej, które z dniem uprawomocnienia zastępuje umowę. Z kolei, jeżeli nie jest możliwe umieszczenie dziecka w rodzinnej pieczy zastępczej, właściwy powiat ze względu na miejsce zamieszkania małoletniego kieruje go do placówki opiekuńczo-wychowawczej. Szczegółowo tryb kierowania do placówki opiekuńczo-wychowawczej określają przepisy Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 22 grudnia 2011 r. w sprawie instytucjonalnej pieczy zastępczej⁴².

³⁷ I. Sierpowska, *Zadania administracji publicznej...*, s. 80.

³⁸ *Ibidem*, s. 81.

³⁹ Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 14 listopada 2014 r., III CZP 65/14 „Sąd opiekuńczy, orzekając umieszczenie dziecka w rodzinnej pieczy zastępczej, oznacza konkretną rodzinę zastępczą lub rodzinny dom dziecka”, Legalis nr 1123149.

⁴⁰ Szerzej T. Jędrzejczyk, *Legalizm czy dobro dziecka – problem pierwszeństwa zasad konstytucyjnych przy odebraniu dziecka z rodziny w sytuacji kryzysowej*, „Ogrody Nauk i Sztuk” 2016, s. 84.

⁴¹ Art. 35 ust. 2 WspRodzU.

⁴² Dz. U. z 2011 r., Nr 292, poz. 1720.

Decyzję o skierowaniu dziecka do placówki opiekuńczo-wychowawczej wydaje starosta lub kierownik powiatowego centrum pomocy rodzinie na podstawie orzeczenia sądu lub wniosku rodziców dziecka. W sytuacji, gdy powiat z powodu braku miejsc lub braku placówki określonego typu nie może wystawić skierowania, występuje o takie skierowanie do innego powiatu w granicach województwa. W wyjątkowych sytuacjach przyjęcie do takiej placówki może nastąpić bez skierowania, bez orzeczenia sądu czy bez zgody rodziców. Ma to zastosowanie do dzieci poniżej 13. roku życia, które wymagają zapewnienia natychmiastowej opieki, tj. w sytuacji porzucenia dziecka, zagrożenia jego zdrowia lub życia oraz niemowląt, które kierowane są do adopcji. O przyjęciu dziecka bez skierowania do placówki dyrektor powiadamia niezwłocznie sąd oraz powiatowe centrum pomocy rodzinie. Na centrum ciąży obowiązek podjęcia niezbędnych działań, które zmierzają do uregulowania sytuacji dziecka, jak również zobowiązane jest do przekazania rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo-wychowawczej dokumentacji dotyczącej dziecka (tj. odpisu aktu urodzenia podopiecznego, dokumentów szkolnych, dokumentów o stanie zdrowia)⁴³.

Umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej wiąże się z kolejnymi zadaniami nałożonymi na administrację powiatową. Powiat, który jest właściwy ze względu na miejsce zamieszkania dziecka, przed umieszczeniem go po raz pierwszy w pieczy zastępczej zobowiązany jest do ponoszenia: wydatków na opiekę oraz wychowanie dziecka umieszczonego w rodzinie zastępczej albo rodzinnym domu dziecka; średnich miesięcznych wydatków przeznaczonych na utrzymanie dziecka w placówce opiekuńczo-wychowawczej, regionalnej placówce opiekuńczo-terapeutycznej albo interwencyjnym ośrodku preadopcyjnym; wydatków na finansowanie pomocy na kontynuowanie nauki oraz usamodzielnienie⁴⁴.

Zgodnie z decyzją Samorządowego Kolegium Odwoławczego z dnia 17 września 2015 r.

powiat, na terenie którego funkcjonuje rodzina zastępcza, która przyjęła dziecko [...] nie może uzasadniać odmowy przyznania dofinansowania do wypoczynku poza miejscem zamieszkania dziecka brakiem możliwości poniesienia takich wydatków przez powiat wskazywany w art. 190 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Brak bowiem prawnego uzasadnienia dla automatycznego przenoszenia sposobu realizacji takiego ustrojowego obowiązku do sfery kryteriów wykorzystywanych do rozpatrywania i załatwiania materialnej sprawy administracyjnej. Poza tym stosowane w takim postępowaniu administracyjnym przepisy nie wprowadzają żadnej reguły (nie przewidują też możliwości jej wprowadzenia w porozumieniu), z której mógłby wynikać prewencyjny mechanizm ponoszenia przedmiotowych wydatków⁴⁵.

⁴³ I. Sierpowska, *Zadania administracji publicznej...*, s. 81.

⁴⁴ Art. 191 Ws്പRodzU.

⁴⁵ Decyzja Samorządowego Kolegium Odwoławczego we Wrocławiu z dnia 17 września 2015r., SKO 4314/26/15, Legalis nr 1409177.

W przypadku, gdy nie można ustalić powiatu właściwego ze względu na miejsce zamieszkania dziecka, właściwy do ponoszenia wydatków jest powiat miejsca jego ostatniego zameldowania na pobyt stały. Natomiast jeżeli nie można ustalić miejsca ostatniego zameldowania dziecka na pobyt stały, to właściwy do ponoszenia wydatków jest powiat miejsca siedziby sądu, który orzekł o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej. Z kolei w sytuacji powrotu dziecka do rodziny oraz ponownego umieszczenia go w pieczy zastępczej, wydatki sędowane zostały na powiat właściwy ze względu na miejsce zamieszkania dziecka przed ponownym umieszczeniem go w pieczy zastępczej. Powiat, na obszarze którego funkcjonują i mogą przyjąć dziecko rodzina zastępcza, rodzinny dom dziecka bądź placówka opiekuńczo-wychowawcza, zawiera porozumienie z powiatem, o którym mowa w art. 191 ust. 1-4 WspRodzU w sprawie przyjęcia dziecka i warunków jego pobytu oraz wysokości wydatków związanych z pieczą zastępczą. Samorząd województwa, na obszarze którego działają mogące przyjąć dziecko regionalna placówka opiekuńczo-terapeutyczna lub interwencyjny ośrodek preadopcyjny zawiera z powiatem porozumienie dotyczące przyjęcia dziecka, warunków jego przyjęcia oraz ponoszonych wydatków. Wynagrodzenia wraz z pochodnymi od wynagrodzenia dla zawodowej rodziny zastępczej, prowadzącego rodzinny dom dziecka oraz osób, które są zatrudnione w rodzinie zastępczej oraz rodzinnym domu dziecka i świadczenia dla rodziny pomocowej finansuje powiat proporcjonalnie do liczby dzieci. Warto zauważyć, że przepisów wskazanych w art. 191 ust. 1 i 5 WspRodzU nie stosuje się w przypadku: dzieci umieszczonych w rodzinie zastępczej pełniącej funkcję pogotowia rodzinnego lub placówce opiekuńczo-wychowawczej typu interwencyjnego oraz dzieci pozostawionych bezpośrednio po urodzeniu lub dzieci, których tożsamość rodziców jest nieznaną⁴⁶. Należy zaznaczyć, iż w sytuacji umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej albo rodzinnym domu dziecka gmina właściwa ze względu na miejsce zamieszkania dziecka przed umieszczeniem go po raz pierwszy w pieczy zastępczej ponosi odpowiednio wydatki w wysokości:

1) 10% wydatków na opiekę i wychowanie dziecka – w pierwszym roku pobytu dziecka w pieczy zastępczej; 2) 30% wydatków na opiekę i wychowanie dziecka – w drugim roku pobytu dziecka w pieczy zastępczej; 3) 50% wydatków na opiekę i wychowanie dziecka – w trzecim roku i następnym latach pobytu dziecka w pieczy zastępczej⁴⁷.

Ponadto w sytuacji umieszczenia dziecka w placówce opiekuńczo-wychowawczej, regionalnej placówce opiekuńczo-terapeutycznej albo interwencyjnym ośrodku preadopcyjnym gmina właściwa ze względu na miejsce zamieszkania dziecka przed umieszczeniem go po raz pierwszy w pieczy zastępczej również ponosi odpowiednio wydatki w wysokości:

⁴⁶ Art. 191 ust. 8 WspRodzU.

⁴⁷ Art. 191 ust. 9 WspRodzU.

1) 10% w pierwszym roku pobytu dziecka w pieczy zastępczej, 2) 30% w drugim roku pobytu dziecka w pieczy zastępczej, 3) 50% w trzecim roku i następnych latach pobytu dziecka w pieczy zastępczej – średnich miesięcznych wydatków przeznaczonych na utrzymanie dziecka w placówce opiekuńczo-wychowawczej, regionalnej placówce opiekuńczo-terapeutycznej albo interwencyjnym ośrodku preadopcyjnym⁴⁸.

Wydatki na dziecko w wysokości proporcjonalnej do liczby dni pobytu dziecka w rodzinie zastępczej pełniącej funkcję pogotowia rodzinnego albo placówce opiekuńczo-wychowawczej typu interwencyjnego, ponosi powiat, o którym mowa w art. 191 ust. 1-4 WspRodzU albo powiat, który otrzymuje zwrot wydatków na utrzymanie dziecka⁴⁹. Także wydatki na dziecko umieszczone w rodzinie zastępczej zawodowej, rodzinie zastępczej niezawodowej, rodzinnym domu dziecka, placówce opiekuńczo-wychowawczej, regionalnej placówce opiekuńczo-terapeutycznej albo interwencyjnym ośrodku preadopcyjnym ponosi powiat właściwy ze względu na miejsce pozostawienia dziecka⁵⁰. Powiat, na terenie którego umieszczono dziecko w pieczy zastępczej, jest obowiązany do poinformowania o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej gminy oraz powiatu obowiązanych do ponoszenia na to dziecko wydatków, w terminie 14 dni od dnia umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej⁵¹.

Analizując zobowiązania finansowe administracji powiatowej dotyczące pieczy zastępczej, nie można pominąć obowiązków rodziców biologicznych dziecka. To oni są zobowiązani w pierwszej kolejności do ponoszenia opłat związanych z utrzymaniem dziecka w rodzinie zastępczej, rodzinnym domu dziecka czy placówce opiekuńczo-wychowawczej. Występuje tutaj swoisty wyraz obowiązku alimentacyjnego, bez względu na trudności istniejące w kształtowaniu osobistych relacji dziecka z rodzicami. Jednak w praktyce rodzice biologiczni rzadko wywiązują się z tych obowiązków, a koszty utrzymania dziecka ponosi powiat⁵². Wysokość opłaty ustala w drodze decyzji administracyjnej starosta właściwy ze względu na miejsce zamieszkania dziecka przed jego umieszczeniem w rodzinie zastępczej, rodzinnym domu dziecka czy placówce opiekuńczo-wychowawczej, regionalnej placówce opiekuńczo-terapeutycznej albo interwencyjnym ośrodku preadopcyjnym⁵³.

Przy ustalaniu wysokości opłaty starosta uwzględni przede wszystkim sytuację rodzinną, majątkową oraz dochodową rodziców dziecka, a to związane jest z przeprowadzeniem rodzinnego wywiadu środowiskowego. Organy powiatu mogą stosować odroczenie terminu płatności, rozłożenie na raty, umorzenie opłat oraz od-

⁴⁸ Art. 191 ust. 10 WspRodzU.

⁴⁹ Art. 191 ust. 12 WspRodzU.

⁵⁰ Art. 191 ust. 13 WspRodzU.

⁵¹ Art. 191 ust. 13a WspRodzU.

⁵² I. Sierpowska, *Zadania administracji publicznej...*, s. 82.

⁵³ Art. 194 WspRodzU.

stępować od ich ustalenia⁵⁴. Jeżeli zmianie ulegają okoliczności, które mają wpływ na wydanie decyzji administracyjnej związanej z opłatą, a w szczególności zmianie ulegnie wysokość przyznawanych świadczeń oraz dodatków albo też średnich miesięcznych wydatków przeznaczonych na utrzymanie dziecka w placówce opiekuńczo-wychowawczej lub też regionalnej placówce opiekuńczo-terapeutycznej albo interwencyjnym ośrodku preadopcyjnym, starosta może bez zgody strony zmienić lub uchylić ostateczną decyzję administracyjną dotyczącą tej opłaty. Do zadań rady powiatu należy podjęcie uchwały w płaszczyźnie określenia szczegółowych warunków umorzenia w całości lub części, łącznie z odsetkami, odroczenia terminu płatności, rozłożenia na raty lub odstępowania od ustalania opłaty. Uwzględniając uchwałę, starosta na wniosek lub z urzędu może umorzyć w całości lub w części łącznie z odsetkami, odroczyć termin płatności, rozłożyć na raty lub odstąpić od ustalenia opłaty⁵⁵.

Należy podzielić pogląd I. Sierpowskiej, iż

rezygnacja z finansowego obciążania rodziców wymaga dużej rozwagi, pochopne zwolnienie z opłat może spowodować utratę poczucia odpowiedzialności rodziców za dziecko, natomiast zbyt duże obciążenie może zniechęcać do współpracy z instytucjami pomocy społecznej i podejmowania działań umożliwiających powrót dziecka do naturalnej rodziny. Dlatego też korzystanie przez starostę ze wskazanych uprawnień powinno poprzedzać solidne rozeznanie sytuacji rodziców biologicznych, często też nałożenie niskiej, a nawet symbolicznej opłaty, może przynieść pożądany efekt⁵⁶.

Oczywiście przebywanie dziecka w pieczy zastępczej jest monitorowane przez powiatowe centrum pomocy rodzinie. Przynajmniej gromadzi ono informacje dotyczące dzieci umieszczonych w rodzinach zastępczych, w szczególności o ich stanie zdrowia, postępach w nauce oraz trudnościach opiekuńczo-wychowawczych. Ponadto dba o podtrzymanie emocjonalnych więzi dziecka z jego rodzicami biologicznymi oraz osobami bliskimi. Dziecko umieszczone w placówce opiekuńczo-wychowawczej podlega okresowej ocenie, która ma na celu ustalenie sytuacji rodzinnej dziecka, oceny stanu zdrowia oraz aktualnych potrzeb dziecka i określenie zasadności jego pobytu w placówce. Powiatowe centrum pomocy rodzinie współpracuje z sądem opiekuńczym, kuratorem sądowym, w szczególności informuje sąd o całości sytuacji osobistej dziecka umieszczonego w pieczy zastępczej, o sytuacji jego rodziny biologicznej, także o ustaniu przyczyn objęcia dziecka opieką zastępczą oraz możliwościach powrotu do rodziny biologicznej⁵⁷.

⁵⁴ I. Sierpowska, *Zadania administracji publicznej...*, s. 82.

⁵⁵ Art. 193 WspRodzU.

⁵⁶ I. Sierpowska, *Zadania administracji publicznej...*, s. 83.

⁵⁷ *Ibidem*.

Trzecia grupa zadań administracji powiatowej wiąże się z chwilą zakończenia pieczy zastępczej. Udzielenie wsparcia osobom pełnoletnim, wychowankom rodzin zastępczych oraz placówek opiekuńczo-wychowawczych należy do obowiązków władz publicznych. Piecza zastępcza, co do zasady, kończy się z chwilą uzyskania pełnoletności przez wychowanka, jednak jego pobyt w pieczy zastępczej może zostać przedłużony do ukończenia szkoły, która została rozpoczęta przed osiągnięciem dojrzałości. Osobom, które opuszczają instytucję pieczy zastępczej, przysługują świadczenia na usamodzielnienie w ramach pomocy społecznej⁵⁸. Osobie opuszczającej, po osiągnięciu pełnoletności, pieczę zastępczą, w przypadku gdy umieszczenie to nastąpiło na podstawie orzeczenia sądu przede wszystkim przysługuje pomoc na kontynuowanie nauki, usamodzielnienie, zagospodarowanie. Ponadto udziela się pomocy w uzyskaniu odpowiednich warunków mieszkaniowych, zatrudnienia oraz zapewnia się pomoc prawną i psychologiczną⁵⁹. Jak słusznie wskazuje WSA w wyroku z dnia 31 stycznia 2018 r.:

Istotą instytucji pomocy osobom opuszczającym rodzinę zastępczą jest wyrównanie szans, których te osoby zostały pozbawione przez to, że nie posiadają biologicznych rodziców, a tym samym nie mają wsparcia, jakiego można by oczekiwać od najbliższej rodziny. Jeżeli jednak, na skutek określonych zdarzeń prawnych, osoba „odzyska” naturalną rodzinę, to traci prawo do takiej pomocy⁶⁰.

Ustawodawca wskazał, że pomoc na kontynuowanie nauki przyznaje się osobie usamodzielnianej, jeżeli kontynuuje naukę: w szkole; w zakładzie kształcenia nauczycieli; w uczelni; na kursach, jeśli ich ukończenie jest zgodne z indywidualnym programem usamodzielnienia; u pracodawcy w celu przygotowania zawodowego. Wysokość tej pomocy wynosi nie mniej niż 500 zł miesięcznie i przysługuje na czas nauki, nie dłużej jednak niż do ukończenia przez osobę usamodzielnioną 25. roku życia⁶¹.

Ustawodawca nie wprowadził rozwiązania sprowadzającego się do tego, że rozpoczęcie procesu usamodzielnienia wychowanka rodziny zastępczej musi wiązać się z fizycznym opuszczeniem dotychczasowej rodziny zastępczej. Proces usamodzielnienia rozpocznie się z dniem wskazanym w indywidualnym programie usamodzielnienia i związany będzie z deklaracją, jaką składa osoba zainteresowana. Nadto dostrzec trzeba, że pomoc na kontynuowanie nauki nie jest uwarunkowana wysokością dochodu osoby usamodzielnianej, a zatem może ona tę formę wsparcia uzyskać nawet wówczas, gdy jej dochód przekracza kryteria przewidziane dla innych form pomocy przyznawanej w ramach usamodzielnienia⁶².

⁵⁸ *Ibidem*, s. 83–84.

⁵⁹ Art. 140 ust. 1 W^{sp}RodzU.

⁶⁰ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 31 stycznia 2018 r., II SA/Łd 983/17, Legalis nr 1716808.

⁶¹ Art. 146 W^{sp}RodzU.

⁶² Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z siedzibą w Gliwicach z dnia 11 czerwca 2013 r., IV SA/Gl 1037/12, Legalis nr 768915.

Pomoc na kontynuowanie nauki, na usamodzielnienie⁶³ oraz zagospodarowanie uzależniona jest od okresu przebywania w pieczy zastępczej⁶⁴. Przyznanie oraz odmowa przyznania pomocy dla osoby usamodzielnianej na kontynuowanie nauki, na usamodzielnienie⁶⁵, a także na zagospodarowanie⁶⁶ następuje w drodze decyzji.

3. Funkcjonowanie systemu pieczy zastępczej w praktyce – wnioski i postulaty

Funkcjonowanie pieczy zastępczej w praktyce pozwala na wskazanie pewnych mankamentów tej instytucji.

Po pierwsze, niewystarczające wsparcie finansowe na pieczę zastępczą. Powiaty, co do zasady, ograniczają się tylko do wypłaty świadczeń obligacyjnych i to najczęściej w minimalnej wysokości. Natomiast świadczenia fakultatywne (np. dopłaty do wypoczynku) nie są wypłacane w ogóle albo wypłacane są tylko dla niewielkiej liczby rodzin zastępczych⁶⁷.

Po drugie, niezadawalająca jest również współpraca powiatów z sądami, czego wynikiem „są przypadki ustanawiania przez sądy rodzin spokrewnionych bez wcześniejszego wystąpienia o opinię dotyczącą kandydata na rodzinę zastępczą lub ustanawianie ich mimo negatywnej opinii sporządzonej przez organizatora”⁶⁸.

⁶³ Zob. P. Chrzanowska, *Proces usamodzielnienia wychowanków placówek opiekuńczo-wychowawczych – wybrane aspekty*, „Studia BAS” 2017, nr 2(50), s. 147-168.

⁶⁴ Art. 141 WspRodzU „1. Pomoc na kontynuowanie nauki, na usamodzielnienie oraz na zagospodarowanie jest przyznawana osobie usamodzielnianej, która przebywała w pieczy zastępczej przez okres co najmniej: 1) 3 lat – w przypadku osoby usamodzielnianej opuszczającej rodzinę zastępczą spokrewnioną; 2) roku – w przypadku osoby usamodzielnianej opuszczającej rodzinę zastępczą niezawodową, rodzinę zastępczą zawodową, rodzinny dom dziecka, placówkę opiekuńczo-wychowawczą lub regionalną placówkę opiekuńczo-terapeutyczną”.

⁶⁵ Art. 149 ust. 1 WspRodzU „Wysokość pomocy na usamodzielnienie wynosi: „1) w przypadku osoby usamodzielnianej opuszczającej rodzinę zastępczą spokrewnioną – nie mniej niż 3300 zł, jeżeli przebywała w pieczy zastępczej przez okres co najmniej 3 lat; 2) w przypadku osoby usamodzielnianej opuszczającej rodzinę zastępczą niezawodową, rodzinę zastępczą zawodową, rodzinny dom dziecka, placówkę opiekuńczo-wychowawczą lub regionalną placówkę opiekuńczo-terapeutyczną: a) nie mniej niż 6600 zł – jeżeli przebywała w pieczy zastępczej przez okres powyżej 3 lat, b) nie mniej niż 3300 zł – jeżeli przebywała w pieczy zastępczej przez okres od 2 do 3 lat, c) nie mniej niż 1650 zł – jeżeli przebywała w pieczy zastępczej przez okres poniżej 2 lat, nie krócej jednak niż przez okres roku”.

⁶⁶ Art. 150 WspRodzU „1. Pomoc na zagospodarowanie jest wypłacana jednorazowo, nie później niż do ukończenia przez osobę usamodzielnianą 26. roku życia, w wysokości nie niższej niż 1500 zł, a w przypadku osoby legitymującej się orzeczeniem o umiarkowanym albo znacznym stopniu niepełnosprawności w wysokości nie niższej niż 3000 zł. 2. Pomoc na zagospodarowanie może być przyznana w formie rzeczowej”.

⁶⁷ Informacja o wynikach kontroli NIK, Działania powiatów w zakresie tworzenia i wsparcia rodzin zastępczych, Departament Pracy, Spraw Społecznych i Rodziny 2017 r. - KPS.410.002.00.2016, Nr ewid. 202/2016/P/16/038/KPS, s. 26.

⁶⁸ *Ibidem*.

W wyniku powyższego dalsza współpraca pracownika socjalnego oraz koordynatora z taką rodziną często jest znacznie utrudniona. Ponadto postępowania sądowe są długotrwałe, co także nie pozwala na dotrzymanie terminów określonych w WspRodzU i często uniemożliwia zgłoszenie dziecka do adopcji⁶⁹.

Po trzecie, aktualny podział funkcji pomiędzy poszczególnymi podmiotami społecznymi nie jest optymalny i powoduje konflikty. Podyktowane jest to przede wszystkim podwójną rolą koordynatorów wobec opiekunów zastępczych, a także wynika to z trudnych relacji między opiekunami zastępczymi a rodzicami biologicznymi dzieci umieszczonych w pieczy zastępczej. Koordynatorzy zostali zobowiązani do realizacji sprzecznych zadań, co może powodować zakłócenie roli wsparcia koordynatorów z kontrolą. Na podstawie WspRodzU koordynatorzy zobowiązani są do realizacji sprzecznych zadań, tzn. do ich obowiązków należy rozliczanie, ocenianie oraz decydowanie o dalszym zatrudnieniu opiekuna zastępczego, a równocześnie mają być dla niego wsparciem (powiernikiem w trudnościach)⁷⁰. W zreformowanym systemie pieczy zastępczej uwypuklają się pewne tendencje między podmiotami, które są zaangażowane na najniższym szczeblu. „Procesy związane z utowarowieniem opieki i częściowo tendencje deetatystyczne (uruchamianie w strukturze obsługi sfery publicznej, w tym wzrost znaczenia konkurencji) wprowadzają inny rodzaj powiązań – relacje (oparte na wymianie równych wartości) nie tylko między administratorami usługi opieki, ale także między jej wykonawcami i beneficjentami”⁷¹. Powrót dziecka do rodziny biologicznej został uznany przez WspRodzU za priorytet, jednak problem w relacjach z rodzicami biologicznymi jest mocno odczuwalny. Opiekunowie zastępczy podkreślają ich wrogość, rywalizację oraz „buntowanie” dzieci przeciw opiekunom zastępczym⁷². Aby powrót dziecka do rodziny biologicznej był możliwy, niezbędna jest szeroko rozumiana praca asystenta rodziny z rodziną naturalną dziecka. W praktyce jednak działania w tym obszarze nie przynoszą zadowalających rezultatów głównie ze względu na niechęć rodziców biologicznych do współpracy z asystentami. Przyczyny uzależnienia od alkoholu, zażywania substancji psychoaktywnych oraz choroba psychiczna rodziców biologicznych powodują, że w praktyce rola asystenta rodziny sprowadza się tylko do funkcji kontrolnej. Warto zauważyć, że przedłużająca się praca z rodziną biologiczną, gdy brakuje realnych szans na ustanie przyczyn, które stało się powodem umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej, działa na niekorzyść dziecka i zmniejsza jego szanse na adopcję. Jak wynika z badań NIK ok. 1/3 wychowanków opuszczających pieczę zastępczą to dzieci, które w pieczy zastępczej osiągnęły peł-

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Z. Kinowska, A. Kęska, *Rola pieczy zastępczej w procesie socjalizacji*, „Kultura i Społeczeństwo” 2016, nr 3, s. 156.

⁷¹ *Ibidem*, s. 157.

⁷² *Ibidem*, s. 158.

noletność, a zatem w ich przypadku nie było możliwe doprowadzenie ani do powrotu do rodziny biologicznej, ani do adopcji⁷³.

Po czwarte, rodziny zastępcze są pozbawione odpowiedniego wsparcia organizacyjnego oraz społecznego. Świadczy o tym trudne położenie opiekunów zastępczych, którzy są obciążeni dużą odpowiedzialnością w obowiązującym systemie, jednocześnie mając mało realnego wsparcia zarówno w ramach systemu, jak i poza nim. Problemy te widać szczególnie w zetknięciu opiekunów zastępczych z otoczeniem społecznym, które często jest wrogo nastawione⁷⁴.

Po piąte, sprzeczne wzory oraz poczucie tymczasowości udziałem dzieci w opiece zastępczej. Sposób sprawowania opieki pomiędzy podmiotami tej sytuacji społecznej rzutuje na nieprawidłowe wypełnianie funkcji prospołecznej na skutek sprzecznych wzorców, które przekazywane są „dzieciom i permanentnego poczucia tymczasowości wpisanego w pieczę zastępczą”⁷⁵. Rodzice biologiczni oraz opiekunowie zastępczy dają sprzeczne komunikaty dzieciom. W takich warunkach realizacja funkcji prospołecznej wydaje się bardzo trudna⁷⁶.

Po szóste, brakuje rodzin zastępczych zarówno zawodowych, jak i niezawodowych, a przyczyną tego stanu rzeczy jest niewystarczająca liczba kandydatów zainteresowanych pełnieniem takich funkcji. Warunkiem rozwoju oraz utrzymania form rodzinnych jest stworzenie działającego sprawnie systemu wsparcia dla rodzin zastępczych przez odpowiednie służby publiczne. Dotyczy to głównie odpowiednich specjalistów, takich jak: psychologów, pedagogów oraz terapeutów wyspecjalizowanych do pracy z dzieckiem. W praktyce w znikomym stopniu rodziny zastępcze mają oparcie w rodzinach pomocowych czy wolontariuszach⁷⁷.

Konkludując, na podstawie przeprowadzonej analizy można postulować o wprowadzenie pewnych zmian w zakresie funkcjonowania pieczy zastępczej, a mianowicie wprowadzenie do WspRodzU: obowiązkowego wsparcia asystenta rodziny dla rodzin biologicznych dzieci umieszczonych w pieczy zastępczej; wprowadzenie obowiązku objęcia wszystkich rodzin zastępczych opieką koordynatora rodzinnej pieczy zastępczej; skrócenie terminu 18 miesięcy, określonego w art. 47 ust. 7 WspRodzU, po którym organizator pieczy zastępczej, w przypadku, gdy nie ustały przyczyny umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej, występuje do sądu z wnioskiem o wszczęcie postępowania o uregulowanie sytuacji prawnej dziecka. Ponadto wprowadzenie do WspRodzU upoważnienia do wydania przez ministra właściwego do spraw zabezpieczenia społecznego ramowych wzorów dokumentacji niezbędnej do opracowania okresowej oceny sytuacji dziecka, planu pomocy dziecku, ocen

⁷³ Informacja o wynikach kontroli NIK..., s. 25.

⁷⁴ Z. Kinowska, A. Kęska, *Rola pieczy zastępczej...*, s. 158.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 161.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Informacja o wynikach kontroli NIK..., s. 25-26.

rodzin zastępczych, a także ocen zasadności dalszego pobytu dziecka w rodzinnej pieczy zastępczej, co umożliwiłoby ujednoczenie i spójność w zakresie interpretacji ustawy i realizacji jej zapisów przez wszystkie podmioty. Dodatkowo zarządy powiatów powinny realizować zadania dotyczące zapewnienia dziecku bezpiecznych warunków odbywania spotkań z rodzicami biologicznymi, przede wszystkim poprzez monitorowanie przebiegu spotkań przez psychologów albo pedagogów oraz zapewnienie możliwości ich realizacji poza miejscem zamieszkania rodziny zastępczej, zatrudnienia odpowiedniej liczby koordynatorów rodzinnej pieczy zastępczej, a także zapewnić rodzinom zastępczym możliwość korzystania w większym stopniu z form wsparcia przewidzianych w WspRodzU⁷⁸.

Literatura

- Borysiak W., *Komentarz do art. 72 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz do art. 1-86*, t. I, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Chrzanowska P., *Proces usamodzielnienia wychowanków placówek opiekuńczo-wychowawczych – wybrane aspekty*, „Studia BAS” 2017, nr 2(50).
- Filipek J., *Elementy strukturalne norm prawa administracyjnego*, Warszawa–Kraków 1982.
- Informacja o wynikach kontroli NIK, Działania powiatów w zakresie tworzenia i wsparcia rodzin zastępczych, Departament Pracy, Spraw Społecznych i Rodziny 2017 r. – KPS.410.002.00.2016, Nr ewid. 202/2016/P/16/038/KPS.
- Jędrzejczyk T., *Legalizm czy dobro dziecka – problem pierwszeństwa zasad konstytucyjnych przy odebraniu dziecka z rodziny w sytuacji kryzysowej*, „Ogrody Nauk i Sztuk” 2016.
- Kinowska Z., Kęska A., *Rola pieczy zastępczej w procesie socjalizacji*, „Kultura i Społeczeństwo” 2016, nr 3.
- Królak B., *Komentarz do art. 32 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej*, [w:] *Ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Komentarz*, red. B. Królak, M. Rączka, Warszawa 2017.
- Piekacz A., *Idee wychowania i edukacji dla zrównoważonego rozwoju w systemie pieczy zastępczej*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej. Seria: Organizacja i zarządzanie” 2016, z. 95.
- Płonka-Bielenin K., *Zadania publiczne a pojęcie działalności pożytku publicznego*, [w:] K. Płonka-Bielenin, *Status administracyjno-prawny organizacji pożytku publicznego*, Katowice 2010.
- Rączka M., *Komentarz do art. 1 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej*, [w:] *Ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Komentarz*, red. B. Królak, M. Rączka, Warszawa 2017.
- Rączka M., *Komentarz do art. 44 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej*, [w:] *Ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Komentarz*, red. B. Królak, M. Rączka, Warszawa 2017.
- Rączka M., *Komentarz do art. 180 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej*, [w:] *Ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Komentarz*, red. B. Królak, M. Rączka, Warszawa 2017.
- Rączka M., *Komentarz do art. 182 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej*, [w:] *Ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Komentarz*, red. B. Królak, M. Rączka, Warszawa 2017.
- Ruszkowska M., *Dziecko zdolne w pieczy zastępczej (na przykładzie powiatu bialskiego)*, „Wychowanie w Rodzinie” 2018, t. XVIII, nr 2/2018.

⁷⁸ *Ibidem*, s. 26-27.

- Sierpowska I., *Zadania administracji publicznej w zakresie pieczy zastępczej nad dzieckiem*, „Zeszyty Naukowe Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Witelona w Legnicy” 2008.
- Stasiowski R., *Funkcja regulacyjna administracji publicznej. Studium z zakresu nauki prawa administracyjnego oraz nauki administracji*, Bydgoszcz–Katowice 2009.
- Szadok-Bratuń A., *Instytucja zawarcia małżeństwa „konkordatowego” przykładem nietypowej prywatyzacji zadań publicznych*, [w:] *Prawne aspekty prywatyzacji*, red. J. Blicharz, Wrocław 2012.

Magdalena Skibińska

Uniwersytet Zielonogórski

ORCID 0000-0003-1676-1157

m.skibinska@wpa.uz.zgora.pl

Ocena art. 15zszs¹ ust. 1 pkt 4 ustawy antycovidowej z perspektywy zasady udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości

Słowa kluczowe: skład sądu, zasada kolegiałności, jednoosobowość składu orzekającego, ławnicy, pandemia Covid-19, zasada udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości

Streszczenie. W artykule przedstawiono wpływ regulacji antycovidowych na zasadę udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości. Przeprowadzone rozważania prowadzą do wniosku, że zasada ta odgrywa kluczową rolę w zapewnieniu stronom prawa do właściwego i niezależnego sądu. Dlatego wyłączenie obowiązywania tej zasady w postępowaniu cywilnym na mocy art. 15zszs¹ ust. 1 pkt 4 ustawy antycovidowej, choć prawnie dopuszczalne, nie zostało przez polskiego ustawodawcę należycie umotywowane. Wprost przeciwnie, możliwość przeprowadzenia posiedzeń zdalnych, jak również wprowadzenie tego ograniczenia jedynie w odniesieniu do spraw cywilnych skłania do wniosku, że brak jest aksjologicznych podstaw do dokonania takich zmian. W konsekwencji w artykule wyrażono postulat konieczności uchylecia tej regulacji i powrotu do poprzednio obowiązujących przepisów, które zasadę udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości w pełni respektowały.

The evaluation of the Article 15zszs¹ Section 1 Point 4 of the Anti-Covid Act from the perspective of the principle of citizens' participation in the administration of justice

Keywords: court composition, collegiality rule, individuality of the court panel, lay judges, COVID-19 pandemic, the principle of citizens' participation in the administration of justice

Summary. The article discusses the impact of anti-Covid-19 regulations on the principle of citizens' participation in the administration of justice. Through analysing this topic it is proven that this principle plays a key role in assuring parties the right to proper and independent court. Therefore, the exclusion of this principle in civil proceedings under the Article 15zszs¹ Section 1 Point 4 of the Anti-Covid Act, although legally permissible, has not been properly justified by the Polish legislator. On the contrary, the possibility of conducting remote hearings alongside the fact that this limitation was introduced only in relation to civil cases leads to the conclusion that there are no axiological grounds for such changes. As a consequence, the article calls for the necessity to repeal this regulation and return to the previously binding provisions which fully respected the principle of citizens' participation in the administration of justice.

Wprowadzenie

Ustawą z dnia 28 maja 2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw¹ ustawodawca znowelizował przepisy ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem Covid-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych², wprowadzając m.in. jako zasadę rozpoznawanie spraw cywilnych w pierwszej i drugiej instancji przez jednoosobowe sądy. Stosowny przepis odnoszący się do tego zagadnienia znalazł się w art. 15zsz¹ ust. 1 pkt 4 ustawy antycovidowej. Zgodnie z jego treścią, w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego z powodu Covid-19 oraz w ciągu roku od odwołania ostatniego z nich, w sprawach rozpoznawanych według przepisów ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego³, zwanej dalej „Kodeksem postępowania cywilnego” w pierwszej i drugiej instancji sąd rozpoznaje sprawy w składzie jednego sędziego; prezes sądu może zarządzić rozpoznanie sprawy w składzie trzech sędziów, jeżeli uzna to za wskazane ze względu na szczególną zawiłość lub precedensowy charakter sprawy.

Przyjąć należy, że przepis ten stanowi dalsze⁴ odejście od realizacji zasady udziału obywateli⁵ w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości⁶ w postępowaniu cywilnym.

¹ Dz. U. poz. 1090; zwana dalej: ustawą nowelizującą. Ustawa weszła w życie 3 lipca 2021 r.

² T.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 2095 ze zm.; zwana dalej: ustawą antycovidową. Ustawa weszła w życie 8 marca 2020 r.

³ T.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1805 ze zm.; zwana dalej: k.p.c.

⁴ Zob. np. A. Szymt, *Wątpliwości wokół reform wymiaru sprawiedliwości*, [w:] *Ratio est anima legis. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Janusza Trzcíńskiego*, red. J. Góral, R. Hauser, J. Repel, M. Zirk-Sadowski, Warszawa 2007, s. 494; R. Więckowski, *Zmiany art. 47 Kodeksu postępowania cywilnego w składzie sądu w okresie od 1 lipca 1996 r. do 28 lipca 2007 r.*, [w:] *Ewolucja polskiego postępowania cywilnego wobec przemian politycznych, społecznych i gospodarczych. Materiały konferencyjne Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Postępowania Cywilnego Szczecin–Niechorze 28–30 września 2007 r.*, red. H. Dolecki, K. Flaga-Gieruszyńska, Warszawa 2009, s. 311 i n.; P.T. Kartasiński, *Marginalizacja instytucji ławnika w postępowaniach przed sądem opiekuńczym. Uwagi na temat nowelizacji art. 509 Kodeksu postępowania cywilnego*, „Rodzina i Prawo” 2016, nr 36, s. 34 i n. Tendencja ta dotyczy także udziału ławników w postępowaniu karnym i w znacznie większym stopniu dotyczy polskiego postępowania karnego niż niemieckiego, zob. M. Małolepszy, M. Głuchowski, *Participation of lay judges in criminal proceedings in Poland and Germany*, „IusNovum” 2018, nr 2, s. 86 i n.

⁵ Chodzi o obywateli polskich, zob. np. M. Brzozowski, *Rola i status ławnika na tle ostatnich zmian w ustawie – Prawo o ustroju sądów powszechnych*, „Monitor Prawniczy” 2019, nr 20, s. 1114.

⁶ Jak podkreślił TK w uzasadnieniu wyroku z 29 listopada 2005 r. (P 16/04, Dz. U. z 2005 r., Nr 241, poz. 2037, s. 15899, OTK Seria A 2005 nr 10, poz. 119) „udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości oznacza partycypację czynnika społecznego w rozstrzyganiu sporów poprzez stosowanie norm prawnych do konkretnych przypadków (sytuacji)”. Oznacza to, że muszą oni uczestniczyć w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości na etapie orzekania; *ibidem*, s. 1114. Warto zauważyć, że niekiedy zasadę udziału czynnika społecznego postrzega się jednak szerzej jako zasadę udziału ogólnie w danym rodzaju postępowania, a nie tylko w orzekaniu, zob. np. B. Janusz-Pohl, [w:] *Zasady Procesu Karnego*, t. III, cz. 2, *System Prawa Karnego Procesowego*, red. P. Wiliński, Warszawa 2014, s. 1433; I. Urbaniak-Mastalerz, A. Niegierewicz, *Udział czynnika społecznego w procesie*

Jednocześnie regulacja ta wyłącza także obowiązywanie zasady kolegialności składu orzekającego w postępowaniu cywilnym przed sądem pierwszej i drugiej instancji⁷. Zastosowanie art. 15zsz¹ ust. 1 pkt 4 ustawy antycovidowej wpływa bowiem ogólnie na ograniczenie składu sądu rozpoznającego sprawy cywilne. Dotyczy to nie tylko składu trzech sędziów rozpoznających sprawy w pierwszej i drugiej instancji, ale także składów mieszanych (składających się z sędziego i dwóch ławników⁸), występujących w postępowaniach przed sądami pierwszej instancji. Ze względu na obszerność tej tematyki dalsze rozważania poświęcone zostaną wyłącznie wpływowi omawianej regulacji na zasadę udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości. Celem tego artykułu będzie ocena zasadności wyłączenia ławników ze składu sądu w postępowaniu cywilnym w świetle *ratio legis* wprowadzenia tego unormowania oraz określenie możliwych konsekwencji takiego rozwiązania na przyszłość.

1. Zasada udziału czynnika społecznego w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości w polskiej tradycji prawnej

Zasada udziału czynnika społecznego w orzekaniu ma długą historię w polskim porządku prawnym⁹. Po odzyskaniu przez Polskę niepodległości do zasady tej

karnym na tle orzecznictwa sądowego, „Białostockie Studia Prawnicze” 2016, z. 21, s. 83 i n.; M. Kaczmarczyk, *Czynnik społeczny w polskim systemie wymiaru sprawiedliwości*, Warszawa 2020, s. 118 i n. Takie ujęcie jest możliwe także na gruncie postępowania cywilnego, jednakże ze względu na zakres niniejszego opracowania zasada ta będzie rozważona jedynie w odniesieniu do kwestii orzekania.

⁷ Dodatkowo zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy nowelizującej sprawy, które przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy sąd rozpoznawał w składzie innym niż jednego sędziego, w dalszym ciągu prowadzone są przez tego sędziego, któremu sprawa została przydzielona jako referentowi, do zakończenia sprawy w danej instancji. Biorąc pod uwagę ten przepis intertemporalny, uznać należy, że nowa regulacja art. 15zsz¹ ust. 1 pkt 4 ustawy antycovidowej dotyka obowiązywania aż trzech zasad: zasady kolegialności, zasady udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości i zasady niezmienności składu orzekającego.

⁸ Na temat tego, kto może zostać ławnikiem i w jaki sposób, zob. szerzej K. Eichstaedt, *Status prawny ławnika sądowego. Wybór ławników oraz samorząd ławniczy*, [w:] *Metodyka pracy ławnika*, red. A. Rycak, Warszawa 2011, s. 11 i n.; J. Ruszewski, *Ramy prawne wyboru i funkcjonowania ławników w Polsce*, [w:] *Ławnicy – społeczni sędziowie w teorii i praktyce*, red. J. Ruszewski, Suwałki 2011, s. 16 i n.; M. Wenclik, *Ewolucja instytucji ławnika w Polsce*, [w:] *Ławnicy – społeczni sędziowie w teorii i praktyce*, red. J. Ruszewski, Suwałki 2011, s. 70; M. Orecki, *Instytucja ławnika sądowego w postępowaniu cywilnym. Uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Przegląd Sądowy” 2012, nr 7-8, s. 165 i n.

⁹ Co do wcześniejszych starożytnych, średniowiecznych i nowożytnych korzeni tej instytucji zob. np. J. Turek, *Ławnik – sędzia – przysięgły*, „Monitor Prawniczy” 2009, nr 24, s. 1322-1323; J. Ruszewski, *op. cit.*, s. 14-15; M. Wenclik, *op. cit.*, s. 65-66; M. Kaczmarczyk, *op. cit.*, s. 15 i n. Szerzej na temat polskich regulacji zob. np. M. Nawrocki, *Skład sądu w sprawach z zakresu prawa pracy po nowelizacji art. 47 KPC*, „Monitor Prawa Pracy” 2009, nr 2, s. 72 i n.; M. Kaczmarczyk, *op. cit.*, s. 31 i n.; R. Jastrzębski, *Udział obywateli w wymiarze sprawiedliwości II Rzeczypospolitej*, [w:] *Udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości*, red. R. Piotrowski, Warszawa 2021, s. 25 i n.

odnosił się przepis art. 83 Konstytucji marcowej¹⁰, przewidujący powołanie sądów przysięgłych do rozpoznawania niektórych spraw karnych¹¹. Z kolei w Konstytucji kwietniowej¹² i Małej konstytucji z 1947 r.¹³ brak było przepisów regulujących tę kwestię, co korespondowało z założeniami dotyczącymi zawodowego składu orzekającego wyrażonymi w r.p.u.s.p.¹⁴ Skład ławniczy (jednego sędziego i dwóch ławników po jednym z grupy pracodawców i pracowników) orzekał w sądach szczególnych – sądach pracy¹⁵. Sądy te zniesiono na mocy dekretu z dnia 26 października 1950 r. o przekazaniu sądom powszechnym spraw w zakresie sądownictwa pracy¹⁶. Jednocześnie w 1950 r. na mocy ustawy z 20 lipca 1950 r. o zmianie prawa o ustroju sądów powszechnych¹⁷ wprowadzono ławników do orzekania zarówno w postępowaniu cywilnym, jak i karnym, ustanawiając kolegialność jako naczelną zasadę¹⁸. Następnie zasadę tę podniesiono do rangi konstytucyjnej, statuując w art. 49 Konstytucji PRL¹⁹ zasadę, zgodnie z którą rozpoznawanie i rozstrzygnięcie spraw w sądach odbywać się miało z udziałem ławników ludowych, z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie²⁰. Przy rozstrzygnięciu ławnicy ludowi, wybierani przez rady narodowe, mieli równe prawa z sędziami. Następnie w sprawach cywilnych na mocy nowelizacji z 28 marca 1958 r.²¹ doszło do ograniczenia składów ławniczych w postępowaniach przed sądami powiatowymi. Ograniczenie to

¹⁰ Ustawa z dnia 17 marca 1921 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. Nr 44, poz. 267.

¹¹ Regulacja ta budziła wiele kontrowersji i w praktyce nigdy nie weszła w życie; zob. J. May, *Skład sądu w postępowaniu cywilnym*, [w:] *Studia z prawa publicznego*, red. K. Lubiński, Toruń 2001, s. 103.

¹² Ustawa konstytucyjna z dnia 23 kwietnia 1935 r., Dz. U. Nr 30, poz. 227.

¹³ Ustawa Konstytucyjna z dnia 19 lutego 1947 r. o ustroju i zakresie działania najwyższych organów Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. Nr 18, poz. 71. W ustawie tej kwestii wymiaru sprawiedliwości poświęcono zresztą jedynie trzy artykuły (art. 14–16).

¹⁴ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 6.02.1928 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz. U. R. P. Nr 12, poz. 93.

¹⁵ Art. 14 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 23 października 1934 r. – Prawo o sądach pracy, Dz. U. Nr 95, poz. 854. Szerzej na temat organizacji tych sądów zob. S. Gołąb, *Organizacja sądów powszechnych*, Kraków 1938, s. 39 i n.

¹⁶ Dz. U. Nr 49, poz. 446.

¹⁷ Dz. U. Nr 38, poz. 347.

¹⁸ Zob. szerzej M. Waligórski, *Organizacja wymiaru sprawiedliwości*, Kraków 1952, s. 110; E. Wengerek, *Zasada kolegialności w postępowaniu cywilnym*, „Państwo i Prawo” 1959, nr 3, s. 489; S. Włodyka, *Ustrój organów ochrony prawnej*, Warszawa 1975, s. 115. Ławnicy orzekają również w Izbach Morskich – zob. art. 7, 12 i 14 ustawy z dnia 1 grudnia 1961 r. o izbach morskich (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 159 ze zm.).

¹⁹ Ustawa z dnia 22 lipca 1952 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. Nr 33, poz. 232.

²⁰ Metoda ta opierała się na rozwiązaniach radzieckich, w których w pierwszej instancji zawsze orzekały składy ławnicze, a w drugiej instancji orzekały składy zawodowe trzech sędziów, zob. M. Waligórski, *op. cit.*, s. 93.

²¹ Ustawa z dnia 28 marca 1958 r. o zmianie przepisów postępowania w sprawach cywilnych, Dz. U. Nr 18, poz. 75.

więzało się przede wszystkim z uznaniem, że w pewnych kategoriach spraw osoby orzekające muszą wykazać się zasobem wiedzy specjalnej, której ławnicy nie posiadali²². W efekcie dalsze utrzymywanie przepisów o kolejalnym składzie byłoby jedynie formalnością, dlatego ustawodawca zrezygnował w tych kategoriach spraw z mieszanych zespołów orzekających i wprowadził zasadę jednoosobowego składu orzekającego.

Kolejne zmiany zostały wprowadzone na mocy ustawy z dnia 2 grudnia 1960 r. o ławnikach ludowych w sądach powszechnych²³, która w art. 1 wprowadziła jako zasadę udział ławników w orzekaniu w sądach powiatowych i wojewódzkich w sprawach karnych i cywilnych rozpoznawanych w pierwszej instancji na rozprawie, o ile ustawa nie stanowiła inaczej, oraz uchwalonego w 1964 r. k.p.c. i uchwalonego w 1969 r. k.p.k. Zasadnicze odejście od ustanowionej wówczas w art. 47 k.p.c. zasady udziału czynnika społecznego w wymiarze sprawiedliwości w postępowaniu cywilnym nastąpiło na mocy ustawy z dnia 1 marca 1996 r. o zmianie Kodeksu postępowania cywilnego, rozporządzeń Prezydenta Rzeczypospolitej – Prawo upadłościowe i Prawo o postępowaniu układowym, Kodeksu postępowania administracyjnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych²⁴. Doszło wówczas do zastąpienia zasady orzekania w pierwszej instancji przez skład mieszany jednego sędziego i dwóch ławników zasadą jednoosobowego orzekania przez sędziego w większości rozpatrywanych spraw²⁵ (art. 47 § 3 k.p.c. w ówczesnym brzmieniu)²⁶. Jedynie stosownie do art. 47 § 1 znowelizowanego k.p.c. sprawy z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych oraz sprawy ze stosunków rodzinnych, z wyjątkiem spraw o alimenty, w pierwszej instancji sąd rozpoznawał w składzie jednego sędziego jako przewodniczącego i dwóch ławników. Kolejne zawężenie spraw rozpoznawanych w pierwszej instancji w składzie ławniczym nastąpiło na mocy ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o zmianie Kodeksu postępowania cywilnego, rozporządzeń Prezydenta Rzeczypospolitej – Prawo upadłościowe i Prawo o postępowaniu układowym, Kodeksu postępowania administracyjnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych²⁷. Po tej nowelizacji w pierwszej instancji sąd

²² S. Włodyka, *op. cit.*, s. 116.

²³ Dz. U. Nr 54, poz. 309 ze zm.

²⁴ Dz. U. Nr 43, poz. 189. Ustawa weszła w życie w dniu 1 lipca 1996 r.

²⁵ Szerzej na temat tej nowelizacji zanim została ona jeszcze przyjęta i jej wpływu na zachwianie proporcji pomiędzy zasadą a wyjątkami od niej zob. K. Defecińska, *Skład sądu w cywilnym postępowaniu rozpoznawczym*, „Przegląd Sądowy” 1993, nr 6, s. 56 i n.

²⁶ Warto jednak podkreślić, że również przed wejściem w życie tej ustawy zasada kolejalności nie była w pełni realizowana. Obowiązujący wówczas art. XII przepisów wprowadzających ustawę – Kodeks postępowania cywilnego z dnia 17 października 1964 r. (Dz. U. Nr 43, poz. 297) upoważniał prezesa sądu powiatowego do wydawania zarządzeń o rozpoznawaniu spraw w składzie jednoosobowym. Możliwość ta nie dotyczyła jedynie spraw ze stosunków rodzinnych i ze stosunku pracy. Zob. J. May, *op. cit.*, s. 105–106.

²⁷ Dz. U. Nr 169, poz. 1413. Ustawa weszła w życie w dniu 7 października 2005 r.

w składzie jednego sędziego jako przewodniczącego i dwóch ławników rozpoznawał już tylko sprawy z zakresu prawa pracy oraz sprawy ze stosunków rodzinnych, z wyjątkiem spraw o alimenty. Tym samym do wyłączenia spod działania zasady udziału czynnika społecznego w orzekaniu wyłączono zupełnie sprawy z zakresu ubezpieczeń społecznych.

Następnie na mocy ustawy z dnia 15 marca 2007 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz o zmianie niektórych innych ustaw²⁸ doszło do dalszego ograniczenia rodzaju spraw, do których rozstrzygania władny byłby skład ławniczy²⁹. W konsekwencji od dnia 28 lipca 2007 r. sprawy o unieważnienie małżeństwa oraz ustalenie istnienia bądź nieistnienia małżeństwa, jak również sprawy o ustalenie i zaprzeczenie pochodzenia dziecka rozpoznawane są jednoosobowo. Także w sprawach pracowniczych doszło do zróżnicowania składu orzekającego w pierwszej instancji. Co istotne, na mocy tej nowelizacji dano wyraz zasadzie jednoosobowego rozpoznawania spraw cywilnych w pierwszej instancji, natomiast rozpoznawanie spraw w składzie kolegiальnym o mieszanym charakterze zyskało charakter subsydiarny³⁰. Przepis ten obowiązuje w tym samym brzmieniu do dziś. Dokonując ograniczenia roli ławników, ustawodawca wskazywał wówczas, że wpisuje się to w obecny już od dawna trend i ma służyć zagwarantowaniu praworządności oraz poczuciu bezpieczeństwa obywateli i ochronie ich praw³¹. Jednocześnie prawodawca wskazywał, że chodzi także o ograniczenie wysokich nakładów (ponad 200 mln zł rocznie) związanych z udziałem czynnika społecznego w orzekaniu na rzecz profesjonalnych składów orzekających gwarantujących realizację zasady kolegiальności. Przytoczona przez ustawodawcę argumentacja na rzecz ograniczenia zasady udziału ławników w postępowaniu cywilnym, a tym samym zasady kolegiальności, zdaje się nie odzwierciedlać jednak rzeczywistych motywów tej decyzji. Raczej należy zgodzić się z diagnozą

²⁸ Dz. U. Nr 112, poz. 766.

²⁹ Szczegółowy opis procesu legislacyjnego dotyczący tej nowelizacji, a także pojawiających się wówczas wątpliwości dotyczących prawidłowości tej regulacji prezentują A. Szymt, *op. cit.*, s. 492-494; M. Laskowska, *Organizacja i zasady wymiaru sprawiedliwości*, [w:] *System organów ochrony prawnej w Polsce. Podstawowe instytucje*, red. M. Kruk, Warszawa 2008, s. 64; M. Nawrocki, *op. cit.*, s. 73 i n. Tendencja do ograniczania spraw, w których obywatele biorą udział w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości widoczna jest nie tylko w prawie polskim, ale także w prawodawstwie państw zachodnich, zob. J. May, *op. cit.*, s. 108-111.

³⁰ W konsekwencji w doktrynie rozważano, czy w sprawach, w których orzeka skład ławniczy zasadą jest jednoosobowe rozpoznawanie sporów, czy też rozpoznawanie ich w składzie kolegiальnym mieszanym. B. Bury w odniesieniu do spraw pracowniczych podkreślała, że zasadą jest jednoosobowe rozpoznawanie tej kategorii spraw. Jednakże z praktyki sądowej wynikało, że w sprawach z zakresu prawa pracy funkcjonują dwie równorzędne zasady odnoszące się do składu sądu, *Wątpliwości sądu wokół składu sądu pracy w sprawach o roszczenia związane z nawiązaniem i ustaniem stosunku pracy*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2016, nr 2, s. 12.

³¹ Uzasadnienie projektu ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Druk sejmowy V kadencji, Nr 639, s. 1.

postawioną przez Andrzeja Olasia, iż zdecydował o tym fakt, że nigdy nie podjęto rzeczywistych prób szerszego wdrożenia zasady kolegialności w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, wprowadzając co rusz to nowe przepisy przejściowe, pozwalające na odstąpienie od realizacji omawianych zasad³². Ustalając precyzyjnie, w jakich sprawach z zakresu prawa pracy zasadne będzie rozpoznawanie spraw z udziałem ławników, ustawodawca podkreślił, że „w tych bowiem sprawach ocena danego przypadku z punktu widzenia doświadczenia życiowego czy sprawiedliwości społecznej może okazać się przydatna”³³. W końcu zauważyć należy, że na mocy ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego³⁴ ograniczono udział ławników w orzekaniu w postępowaniu nieprocesowym, wyłączając ich od rozpoznawania spraw o pozbawienie lub ograniczenie władzy rodzicielskiej (zob. art. 509 k.p.c.³⁵).

2. Aktualne podstawy prawne obowiązywania zasady udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości w postępowaniu cywilnym

Aktualnie zasada udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości również jest zasadą konstytucyjną³⁶. Podstawę prawną jej obowiązywania stanowi art. 182 Konstytucji RP³⁷, w myśl którego udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości określa ustawa. Poza tym zasadę tę można wyinterpretować z innych zasad naczelnych ustawy zasadniczej, takich jak: zasada demokratycznego państwa prawnego, zasada trójpodziału władzy, zasada zwierzchnictwa narodu czy zasada społeczeństwa obywatelskiego³⁸. Przepis art. 182 Konstytucji RP, jak

³² A. Olaś, *Kolegialność a jednoosobowość – skład sądu I instancji w procesie cywilnym: doświadczenia i perspektywy*, „Polski Proces Cywilny” 2020, nr 3, s. 521. Jednocześnie, co podkreśla K. Knoppek, sędziowie rzadko korzystali z możliwości odstąpienia od zasady udziału czynnika społecznego w orzekaniu, co powodowało, że aż do 1996 r. zasadą było rozpoznawanie spraw cywilnych w składach mieszanych w sądach pierwszej instancji; *idem*, *Udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości w postępowaniu cywilnym*, „Ius Novum” 2014, numer specjalny, s. 25.

³³ Uzasadnienie projektu ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Druk sejmowy V kadencji, Nr 639, s. 4.

³⁴ Dz. U. poz. 1062. Ustawa weszła w życie 29 sierpnia 2015 r.

³⁵ Na temat stałego ograniczania zasady udziału ławników w orzekaniu w sprawach rodzinnych w postępowaniu nieprocesowym od czasu wejścia w życie k.p.c. do aktualnej regulacji zob. szerzej G. Jędrejek, *Skład sądu w sprawie o zmianę zawartego w wyroku rozwodowym orzeczenia o władzy rodzicielskiej (art. 509 k.p.c.)*, „Studia Prawnicze KUL” 2009, nr 4, s. 86; P.T. Kartasiński, *op. cit.*, s. 34-38.

³⁶ Zob. np. P. Wiliński, P. Karlik, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz do art. 87-243*, t. II, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s.1073.

³⁷ Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm., zwana dalej: Konstytucją RP.

³⁸ Zob. M. Kaczmarczyk, *op. cit.*, s. 97.

przyjmuje się w literaturze, nie daje podstaw do uznania tego udziału powszechnym i preferowanym, co jest szczególnie widoczne przy porównaniu tego przepisu z normami poprzednio obowiązującymi³⁹. Jego istotą jest jednak to, że udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości nie może zostać całkowicie wyłączony⁴⁰. Dlatego przyjmuje się, że wymóg udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości jest obowiązkiem⁴¹, ma charakter bezwzględny⁴², choć jego forma nie została ograniczona wyłącznie do udziału ławników w składach orzekających⁴³. Jednocześnie udział ten może być ograniczony wyłącznie do określonej kategorii spraw, a zakres tego ograniczenia powinien wynikać z przepisów ustawowych⁴⁴. Treść art. 182 Konstytucji RP wyłącza jednak możliwość takiej regulacji, by w sprawach danej kategorii wymiar sprawiedliwości należał wyłącznie do czynnika społecznego⁴⁵. Ustawą, która to określa, jest ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych⁴⁶. W myśl art. 4 § 1 u.s.p. w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości obywatele biorą udział przez uczestnictwo

³⁹ L. Garlicki, *Komentarz do art. 182*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, Warszawa 2005, s. 2. Pogląd ten popierają także m.in. E. Kowalewska-Borys, A. Osińska, M. Żukowska, *Udział czynnika społecznego w wymiarze sprawiedliwości z perspektywy konstytucyjnej*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2016, z. 21, s. 70; A. Olaś, [w:] *System Prawa Procesowego Cywilnego*, t. IV, cz. 1, vol. 1, *Postępowanie nieprocesowe*, red. T. Ereciński, K. Lubiński, Warszawa 2021, s. 535-536.

⁴⁰ A. Szmyt, *op. cit.*, s. 495; K. Eichstaedt, *Udział czynnika społecznego w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości w Polsce w ujęciu historycznym i prawnoporównawczym*, [w:] *Metodyka pracy ławnika*, red. A. Rycak, Warszawa 2011, s. 4; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 910; K. Knoppek, *op. cit.*, s. 26; C. Kulesza, *Udział czynnika społecznego w orzekaniu w perspektywie historyczno-prawnoporównawczej*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2016, z. 21, s. 61; M. Walasik, *Konstytucyjna koncepcja sądowego wymiaru sprawiedliwości*, [w:] *Honeste Procedere. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Kazimierzowi Lubińskiemu*, red. A. Laskowska-Hulisz, J. May, M. Mrówczyński, Warszawa 2018, s. 847; B. Niezależniński, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019, s. 547. M. Zubik rozważa nawet, czy przepis ten nie mógłby stanowić podstawy do powierzenia obywatelom samodzielnego rozstrzygnięcia niektórych kategorii spraw, np. spraw drobnych, *Sprawowanie wymiaru sprawiedliwości w świetle Konstytucji i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 3, s. 6 i n. Z kolei P. Wiśniński i P. Karlik wskazują, że udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości może być zarówno minimalny, jak i rozbudowany i nadmiernie wyeksponowany wobec ogólności regulacji art. 182 Konstytucji RP, *op. cit.*, s. 1073.

⁴¹ Tak N. Woszczyk, *Konstytucyjne granice udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości*, [w:] *Udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości*, red. R. Piotrowski, Warszawa 2021, s. 91-92.

⁴² Tak E. Kowalewska-Borys, A. Osińska, M. Żukowska, *op. cit.*, s. 71.

⁴³ Możliwe jest także zorganizowanie takiego udziału poprzez wprowadzenie sądów (ław) przysięgłych – zamiast wielu {A: niejasne}; zob. A. Olaś, [w:] *System...*, s. 534.

⁴⁴ Ze względu na ogólny charakter art. 182 Konstytucji RP niektórzy autorzy podają w wątpliwość w ogóle obowiązywanie zasady udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości, zob. np. A. Szmyt, *op. cit.*, s. 494.

⁴⁵ Wyrok TK z dnia 29 listopada 2005 r., P 16/04, OTK Seria A 2005 nr 10, poz. 119; M. Walasik, *op. cit.*, s. 847.

⁴⁶ T.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 2072 ze zm., zwana dalej: u.s.p.

ławników w rozpoznawaniu spraw przed sądami w pierwszej instancji, chyba że ustawy stanowią inaczej. Przy rozstrzyganiu spraw ławnicy mają równe prawa z sędziami i asesorami sądowymi (art. 4 § 2 u.s.p.). Z przepisu tego wynika po pierwsze, że zasada ta nie ma charakteru bezwzględnego, tj. udział ławników nie jest realizowany w każdego rodzaju sprawie, a po drugie, że należy poszukiwać przepisów szczególnych w ramach poszczególnych gałęzi prawa, które by dookreślały, w jakich sprawach udział ławników jest lub nie jest konieczny. W postępowaniu cywilnym udział ławników, jak wspomniano, reguluje przede wszystkim art. 47 § 2 k.p.c.⁴⁷, zgodnie z którym w pierwszej instancji sąd w składzie jednego sędziego jako przewodniczącego i dwóch ławników rozpoznaje sprawy z zakresu prawa pracy o ustalenie istnienia, nawiązanie lub wygaśnięcie stosunku pracy, o uznanie bezskuteczności wypowiedzenia stosunku pracy, o przywrócenie do pracy i przywrócenie poprzednich warunków pracy lub płacy oraz łącznie z nimi dochodzone roszczenia i o odszkodowanie w przypadku nieuzasadnionego lub naruszającego przepisy wypowiedzenia oraz rozwiązania stosunku pracy, naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu i o roszczenia z tym związane, odszkodowanie lub zadośćuczynienie w wyniku stosowania mobbingu⁴⁸ oraz sprawy ze stosunków rodzinnych o rozwód, separację, ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa i rozwiązanie przysposobienia. Ponadto w myśl art. 509 k.p.c. także sprawy o przysposobienie rozpoznawane w postępowaniu nieprocesowym w I instancji sąd rozstrzyga w składzie jednego sędziego i dwóch ławników⁴⁹.

⁴⁷ W obecnym brzmieniu obowiązuje on od chwili wejścia w życie ustawy z dnia 15 marca 2007 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 112, poz. 766), tj. od dnia 28 lipca 2007 r.

⁴⁸ Zgodnie z uchwałą SN z dnia 4 lutego 2009 r. (II PZP 14/08, OSNP 2009 nr 17-18, poz. 218, s. 706) „w przypadku gdy wśród roszczeń z zakresu prawa pracy dochodzonych w jednym postępowaniu (art. 191 i 193 § 1 KPC) znajduje się roszczenie, do rozpoznania którego w pierwszej instancji właściwy jest sąd w składzie jednego sędziego jako przewodniczącego i dwóch ławników (art. 47 § 2 pkt 1 lit. a KPC), sąd w takim samym składzie właściwy jest także do rozpoznania pozostałych roszczeń”. Zob. także uchwałę SN z dnia 20 marca 2009 r., I PZP 8/08, OSNP 2009 nr 17-18, poz. 219, s. 709. Co do wątpliwości interpretacyjnych związanych z katalogiem spraw pracowniczych rozpoznawanych w składzie ławniczym zob. B. Bury, *op. cit.*, s. 12 i n.

⁴⁹ Co do możliwej interpretacji tego przepisu, zob. A. Olaś, [w:] *System...*, s. 638. Poza tym skład ławniczy występuje w postępowaniu cywilnym tylko w zakresie rozpoznawania skargi nadzwyczajnej (zob. art. 94 § 1 i 2 u.s.n.), w którym orzekają ławnicy Sądu Najwyższego (zob. art. 59 i n. u.s.n.). W tym ostatnim przypadku nie doszło jednak na mocy ustawy nowelizującej do jakichkolwiek zmian w zakresie składu sądu, dlatego dalsze rozważania będą dotyczyły wyłącznie regulacji art. 47 § 2 i art. 509 k.p.c. Na marginesie zauważyć jedynie należy, że samo wyłączenie możliwości orzekania w składzie ławniczym przed sądem pierwszej i drugiej instancji oraz pozostawienie składów ławniczych w postępowaniu przed Sądem Najwyższym również może budzić uzasadnione zastrzeżenia.

3. Zalety regulacji art. 47 § 2 i art. 509 k.p.c. oraz obowiązywania zasady udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości

Jak wskazano, tylko wybrane kategorie spraw i to tylko z zakresu prawa rodzinnego i prawa pracy są rozpoznawane w pierwszej instancji w składzie ławniczym⁵⁰. Podłoże takiej decyzji ustawodawczej z pewnością jest wielopłaszczyznowe. Przede wszystkim zgodzić się należy ze stanowiskiem, że zakres udziału ławników musi być ograniczony chociażby ze względów praktycznych (przede wszystkim finansowych). Dobór spraw, w których jednak wymagany jest udział ławników, w świetle powyższych regulacji zasługuje na aprobatę i z całą pewnością jest nieprzypadkowy. Są to unormowania, które uwzględniają fundamentalną rolę, jaką w zakresie spraw rodzinnych spełnia konstytucyjna zasada ochrony małżeństwa, rodziny, macierzyństwa, rodzicielstwa (art. 18 Konstytucji RP) i dzieci (art. 72 Konstytucji RP). Poza tym sprawy rodzinne oraz sprawy między rodzicami a dziećmi muszą w sposób szczególny uwzględniać zasadę dobra dziecka i respektowania jego słusznego interesu w tym postępowaniu. W tym zakresie rola ławnika może być znacząca, oczywiście o ile swoją funkcję spełnia on w sposób prawidłowy⁵¹. Poza tym zarówno w sprawach rodzinnych, jak i pracowniczych udział ławników zapewnia lepsze zrozumienie sprawy przez strony. Jak bowiem wskazuje się w doktrynie, udział ławników w rozpoznaniu sprawy ma pozytywny wpływ na prowadzenie rozprawy w sposób zgodny z przepisami oraz zrozumiały dla osób nieposiadających kwalifikacji prawniczych⁵². Ten argument jest szczególnie cenny w odniesieniu do spraw z zakresu prawa pracy, w których często zachodzi nierówność stron postępowania, a rolą przepisów jest dążenie do wyrównania tej dysproporcji w zakresie możliwości korzystania ze środków obrony. Poza tym ławnicy zapewniają odmienne, nieprawnicze spojrzenie na stan faktyczny⁵³ i wnoszą znajomość realiów życia społecznego, gospodarczego i rodzinnego⁵⁴, co jest szczególnie istotne w tych kategoriach spraw, w przeciwieństwie do innych spraw, np. z zakresu prawa rzeczowego czy spadkowego⁵⁵. Innymi słowy ławnicy reprezentują w sądach różnorodne grupy społeczne, co ma zabezpieczać organy wymiaru sprawiedliwości przed izo-

⁵⁰ Stan ten jest akceptowany co do zasady w doktrynie, zob. np. A. Olaś, *Kolegialność...*, s. 524.

⁵¹ Jego roli w tych sprawach nie można jednak sprowadzać do bycia adwokatem dziecka.

⁵² J. Turek, *op. cit.*, s. 1331.

⁵³ P. Pawlak, D. Sidor, *Celowość utrzymania odrębności w postępowaniach z zakresu prawa pracy*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ” 2017, nr 1, s. 33.

⁵⁴ Zob. K. Markiewicz, *Właściwość sądu, skład sądu i wyłączenie sędziego w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego*, „Polski Proces Cywilny” 2015, nr 2, s. 296.

⁵⁵ J. Turek, *op. cit.*, s. 1331. W okresie międzywojennym E. Waśkowski wskazywał natomiast, że do spraw prostych, które nie wymagają kolegialnego orzekania, należy zaliczyć sprawy posesoryjne i sprawy oparte na aktach notarialnych. W tych sprawach preferował on jednak składy jednoosobowe; *Podręcznik procesu cywilnego*, Wilno 1932, s. 109.

lacją i wyobcowaniem ze społeczeństwa. Jednocześnie regulacja art. 47 §2 i art. 509 k.p.k. w dostatecznym stopniu realizują przewidziany w art. 182 Konstytucji RP udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości⁵⁶.

W ramach zadań powierzonych ławnikom przy orzekaniu w postępowaniu cywilnym ławnicy mogą zabierać głos w czasie narady, w tym prezentować swoje stanowisko w dyskusji, głosować nad orzeczeniem i zasadniczymi powodami rozstrzygnięcia albo uzasadnieniem, jeśli ma zostać wygłoszone (art. 324 § 1 k.p.c.). Ławnicy podpisują sentencję orzeczenia (art. 324 § 3 k.p.c.). Poza tym ławnik może także zgłosić zdanie odrębne (art. 324 § 2 zd. 4 k.p.c.). W takiej sytuacji, podobnie jak w przypadku, gdy zdanie odrębne zgłosi sędzia, cały skład sądu powinien podpisać także uzasadnienie orzeczenia (art. 330 § 2 k.p.c.). Wyjątkowo, wówczas gdy po wydaniu wyroku doszło do śmierci przewodniczącego, a nie sporządzono uzasadnienia, ławnicy powinni sporządzić uzasadnienie i je podpisać⁵⁷.

Stanisław Włodyka wskazywał, że udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości jest gwarancją:

- 1) że ustanawiane przez społeczeństwo prawo będzie realizowane w sposób odpowiadający jego założonej funkcji;
 - 2) należytej ochrony praw i interesów obywateli i ich organizacji w postępowaniu przed organami rozstrzygającymi;
 - 3) zapobiegania rutynizacji czynności rozstrzygania i wyobcowania się ze społeczeństwa osób pełniących te czynności zawodowo;
 - 4) ugruntowania praworządności w społeczeństwie przez uczynienie społeczeństwa współodpowiedzialnym za przestrzeganie prawa, upowszechnianie znajomości prawa i gruntowanie przekonania o potrzebie przestrzegania prawa⁵⁸.
- Podobne zalety wymienia Jan Waszczyński, podkreślając, że:
- 1) ławnicy reprezentują poczucie sprawiedliwości i opinię publiczną, w szczególności tego środowiska, z którym na co dzień się stykają;
 - 2) wyjaśniają w swym środowisku politykę orzekania sądów, przyczyniając się w ten sposób do kształtowania poglądów prawnych obywateli;
 - 3) przeciwstawiają się rutynie sędziowskiej i wnoszą do orzekania własne doświadczenie życiowe i wiedzę w zakresie wykonywanych przez siebie zawodów;
 - 4) udział ławników skłania wszystkich uczestników procesu sądowego do większej staranności w wykonywaniu swych czynności, do liczenia się w doborze używanych argumentów z opinią publiczną, której ławnicy są reprezentantami;

⁵⁶ Tak również J. Kielin, *Konstytucyjna zasada udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości*, [w:] *Transformacje systemów wymiaru sprawiedliwości. Tom I. Pozycja ustrojowa władzy sądowniczej i uwarunkowania transformacji*, red. J. Jaskiernia, Toruń 2011, s. 603.

⁵⁷ Zob. postanowienie SN z dnia 8 czerwca 1965 r., I CR 58/65, OSNCP 1966 Nr 5, poz. 76, s. 26 z głosem S. Włodyki, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1968, nr 9, poz. 196.

⁵⁸ S. Włodyka, *op. cit.*, s. 83.

5) obecność ławników zwiększa niezawisłość sądzącego składu⁵⁹.

Niewątpliwie udział ławników w orzekaniu stanowi motywację dla sędziów do dokładnego przygotowania i rozpatrzenia spraw. Poza tym w doktrynie wskazuje się, że udział w orzekaniu czynnika społecznego osłabia skłonności sędziów do dbałości o własną karierę zawodową i w związku z tym wydawanie rozstrzygnięć niewzbudzających większych kontrowersji w środowisku lub w opinii publicznej⁶⁰. Ponadto udział ławników w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości jest szczególnie pożądany w sprawach skomplikowanych oraz w warunkach postępującej specjalizacji prawa⁶¹. Co więcej, gwarantuje także prezentację poglądów i opinii społecznych w postępowaniu sądowym⁶². Podsumowując, za Janem Turkiem można przyjąć, że działalność ławników w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości pełni trzy funkcje:

- 1) funkcję sędziego społecznego, współdecydującego na równych prawach z sędzią w rozstrzyganiu spraw obywateli;
- 2) funkcję czynnika kontroli społecznej nad aparatem sędziów, zmuszając ich do lepszego przygotowania się do rozpoznania sprawy oraz do właściwego, publicznego jej rozpoznania na rozprawie, a także do wnikliwego prowadzenia postępowania;
- 3) funkcję łącznika między sądem a społeczeństwem, gdyż ławnicy kształtują oblicze wymiaru sprawiedliwości w odbiorze społeczeństwa, a jednocześnie wpływają na opinię społeczną; popularyzują także prawo i działalność wymiaru sprawiedliwości w odbiorze społecznym, tym samym podnoszą świadomość prawną i kulturę prawną; w końcu są przedstawicielami społeczeństwa w sądzie i „ambasadorami” sądów w społeczeństwie⁶³.

Dodatkowo wydaje się, że zasada ta spełnia szczególną rolę w okresie, w którym rządzący operują takimi pojęciami, jak „kasta sędziowska” czy „mafia sędziowska”. Udział ławników w orzekaniu zapobiega bowiem w sposób rzeczywisty przekształcaniu się państwa w państwo rządzone – i to w sposób arbitralny – przez sędziów⁶⁴. Dlatego udział czynnika społecznego w orzekaniu jest jednym z elementów zasady demokratycznego państwa prawa⁶⁵, gdyż sama kolegialność organu procesowego jest charakterystyczna dla rozwiązań demokratycznych⁶⁶.

⁵⁹ J. Waszczyński, *Ustrój organów ochrony prawnej w zarysie*, Łódź 1971, s. 80-81. Zob. także M. Kaczmarczyk, *op. cit.*, s. 231 i n. Co do problemów z udziałem ławników w orzekaniu zob. J. Kiełin, *op. cit.*, s. 604-605.

⁶⁰ G. Artymiak, [w:] *Zasady Procesu Karnego*, t. III, cz. 2, *System Prawa Karnego Procesowego*, red. P. Wiliński, Warszawa 2014, s. 1367.

⁶¹ M. Orecki, *op. cit.*, s. 161 i n.

⁶² *Ibidem*, s. 169.

⁶³ J. Turek, *op. cit.*, s. 1325-1326.

⁶⁴ B. Banaszak, *op. cit.*, s. 909.

⁶⁵ B. Janusz-Pohl, *op. cit.*, s. 1429.

⁶⁶ G. Artymiak, *op. cit.*, s. 1367.

4. Zasada udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości a art. 15zsz¹ ust. 1 pkt 4 ustawy antycovidowej

Wprowadzenie na mocy art. 15zsz¹ ust. 1 pkt 4 ustawy antycovidowej zasady jednoosobowego rozstrzygnięcia spraw cywilnych spowodowało wątpliwości co do tego, czy przepis ten jest zgodny z art. 2, 31 ust. 3, art. 45 i art. 182 Konstytucji RP⁶⁷. Zresztą już na etapie projektowania tej nowelizacji często zwracano na to uwagę, wskazując m.in., że nie wyjaśniono przyczyn wyłączenia przepisów przewidujących orzekanie w składzie kolegiąlnym nie tylko w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, ale także w okresie roku od odwołania każdego z nich⁶⁸, w bardzo wielu sprawach wszyscy członkowie składu sądu, a nie tylko referent, są rzeczywiście zaangażowani w jej rozpatrzenie⁶⁹; istnieje możliwość przeprowadzenia posiedzeń z udziałem ławników w sposób zdalny⁷⁰; projektodawca nie powołał żadnych danych wskazujących na wpływ obecnej kompozycji składów orzekających na przyrost zakażeń wśród sędziów i pracowników wymiaru sprawiedliwości. Ponadto tak kategoryczne postawienie sprawy przez projektodawcę stanowi uproszczenie, albowiem zakłada ono, iż narada sędziów jest fikcją i stanowi pewien zbędny element, którego celem jest jedynie przedłużenie postępowania sądowego⁷¹. Kwestia ta nie jest bez znaczenia. Rozpoznanie sprawy w nieprawidłowym składzie, większym ilościowo lub jako-

⁶⁷ Zob. np. pismo Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 13 lipca 2021 r. do Ministra Sprawiedliwości, dostępne pod adresem: https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/RPO_do_MS_lawnicy_13.07.2021.pdf [dostęp: 15.12.2021]; Memorandum Rzecznika Praw Obywatelskich, Naczelnej Rady Adwokackiej, Stowarzyszenia Sędziów Polskich „Iustitia”, Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Sędziów Sądów Administracyjnych, Stowarzyszenia Sędziów „Themis” oraz Stowarzyszenia Prokuratorów „Lex Super Omnia” w sprawie prawa obywatela do sądu z 7 lipca 2021 r., <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/memorandum-prawo-obywatela-do-sadu> [dostęp: 15.12.2021].

⁶⁸ Zob. opinię Pierwszej Prezes Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2021 r., s. 5, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/5BD84BD0A87C5654C1258677002D9A8A/%24File/899-003.pdf> [dostęp: 15.12.2021]. Podobne stanowisko wyrażono w opinii Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 1 lutego 2021 r., s. 9, https://www.adwokatura.pl/admin/wgrane_pliki/file-opinia-nra-do-druku-nr-89920210201-30527.pdf [dostęp: 15.11.2021], opinii Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 2 lutego 2021 r., s. 7, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/36589F1E30BC4898C125867D0046C3C9/%24File/899-006.pdf> [dostęp: 15.12.2021] oraz opinii Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców, s. 2-3, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/ADB40E7F5840D111C125869D004EF073/%24File/899-014.pdf> [dostęp: 15.12.2021].

⁶⁹ Opinia Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 1 lutego 2021 r., s. 14, https://www.adwokatura.pl/admin/wgrane_pliki/file-opinia-nra-do-druku-nr-89920210201-30527.pdf [dostęp: 15.12.2021].

⁷⁰ Opinia Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 11 marca 2021 r., s. 3-4, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/FB68902A872A38E6C125869A004A3142/%24File/899-013.pdf> [dostęp: 15.12.2021].

⁷¹ Opinia Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka z dnia 24 lutego 2021 r., s. 4, https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2021/03/druk899_uwagi-HFPC_web.pdf [dostęp: 15.12.2021].

ściowo bądź mniejszym, wywołuje daleko idące konsekwencje prawne⁷². Zgodnie z art. 379 pkt 4 k.p.c., jeżeli skład sądu był sprzeczny z przepisami prawa, zachodzi nieważność postępowania. Nieważność taką sąd zobowiązany jest wziąć z urzędu w każdym stanie sprawy⁷³. Dlatego kwestia prawidłowego ukształtowania przepisów o składzie sądu pozostaje w ścisłym związku z prawem do sądu, rozumianym jako prawo do sądu „właściwego” w rozumieniu art. 45 Konstytucji RP⁷⁴. Poza tym już wcześniej, na tle obowiązującej regulacji art. 47 § 2 k.p.c., sformułowano pogląd, zgodnie z którym dalsze ograniczenie udziału ławników w postępowaniu cywilnym będzie naruszeniem przepisu art. 182 Konstytucji RP⁷⁵. Sam Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 listopada 2005 r. wskazywał, iż „z treści art. 182 wynika, iż nie jest możliwe ani całkowite wyłączenie obywateli ze sprawowania tej funkcji (wymiaru sprawiedliwości), ani takie jej zawężenie, by udział ten przybrał zakres jedynie symboliczny”⁷⁶. Tym samym udział ławników powinien mieć realny wymiar⁷⁷. Co więcej, w doktrynie nie brak było postulatów *de lege ferenda* zmierzających do rozszerzenia udziału ławników w pewnych kategoriach spraw cywilnych (np. gospodarczych, w których mogliby oni wspomóc swoją wiedzą i doświadczeniem sędziów)⁷⁸. W związku z powyższym Sąd Rejonowy

⁷² Zob. orzeczenie SN z dnia 18 grudnia 1968 r., III CZP 119/68, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1970, nr 1, poz. 4 z glosą W. Berutowicza i omówieniami W. Siedleckiego, *Przegląd orzecznictwa*, „Państwo i Prawo” 1971, nr 2, s. 345, E. Wengerka i J. Sobkowskiego, *Przegląd orzecznictwa*, „Nowe Prawo” 1971, nr 5; a także wyrok SN z dnia 21 listopada 2019 r., III PK 162/18, Biul. SN – IP 2020 nr 1-2; H. Dolecki, *Z problematyki składu sądu opiekuńczego*, „Nowe Prawo” 1975, nr 5, s. 692 i n.; B. Bury, *op. cit.*, s. 25; K. Knoppek, *op. cit.*, s. 30. We wcześniejszej literaturze kwestia ta nie była pojmowana jednolicie; zob. np. B. Dobrzański, M. Piekarski, *O udziale ławników w składzie orzekającym sądu opiekuńczego (dwugłos)*, „Nowe Prawo” 1966, nr 7-8, s. 944 i n.

⁷³ Stwierdzenie tej przyczyny obliuguje sąd z urzędu do wzięcia jej pod uwagę przy rozpoznaniu apelacji (art. 378 § 1 *in fine* k.p.c.), zażalenia (art. 397 § 3 w związku z art. 378 § 1 *in fine* k.p.c.) i skargi kasacyjnej (art. 398¹³ § 1 k.p.c.) i powinno skutkować uchynieniem zaskarżonego orzeczenia i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania sądowi, który rozpoznał ją w nieprawidłowym składzie (art. 386 § 2 i art. 398¹⁵ § 1 k.p.c.). Zamiast wielu zob. M. Skibińska, [w:] *Meritum. Postępowanie cywilne*, t. I, *Postępowanie rozpoznawcze i zabezpieczające*, red. E. Marszałkowska-Krześ, Warszawa 2021, s. 210.

⁷⁴ Tak słusznie W. Sanetra, *Sąd właściwy w rozumieniu Konstytucji RP*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 9, s. 11 i 22; J. Gudowski, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I, *Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, Warszawa 2016, s. 341. Zob. także P. Rygiel, *Losowy przydział spraw cywilnych w sądzie drugiej instancji*, „Przegląd Sądowy” 2019, nr 2, s. 40; A. Ołaś, *Kolegialność...*, s. 500-501; M. Grześkowiak, *Udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości a prawo do sądu*, [w:] *Udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości*, red. R. Piotrowski, Warszawa 2021, s. 127 i n.

⁷⁵ Zob. M. Orecki, *op. cit.*, s. 171. Por. J. Turek, *op. cit.*, s. 1332

⁷⁶ P 16/04, Dz. U. z 2005 r., Nr 241, poz. 2037, s. 15899, OTK Seria A 2005 nr 10, poz. 119.

⁷⁷ Tak A. Łazarska, *Rzetelny proces cywilny*, Warszawa 2012, s. 195.

⁷⁸ Tak M. Orecki, *op. cit.*, s. 179. Z kolei w opinii samych sędziów w sprawach gospodarczych i niektórych sprawach cywilnych wymagających biegłej znajomości przepisów prawa materialnego ławnicy powinni być wyłączeni z orzekania; zob. M. Wenclik, *op. cit.*, s. 73. Za możliwością szerszego udziału ławników w postępowaniu cywilnym w zakresie, w jakim brali oni udział w tym postępo-

Katowice-Zachód w Katowicach VII Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych⁷⁹ wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniem prawnym, czy:

- a) art. 15 zsz¹ ust. 1 i 2 ustawy z dnia 2 marca 2020 roku o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem Covid-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych w brzmieniu nadanym na mocy art. 4 ustawy z dnia 28 maja 2021 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2021 r., poz. 1090) jest zgodny z art. 182 Konstytucji RP,
- b) art. 15 zsz¹ ustawy z dnia 2 marca 2020 roku o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem Covid-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych w brzmieniu nadanym na mocy art. 4 ustawy z dnia 28 maja 2021 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2021 r., poz. 1090) jest zgodny z art. 2 Konstytucji RP,
- c) art. 15 zsz¹ ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 2 marca 2020 roku o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem Covid-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych w brzmieniu nadanym na mocy art. 4 ustawy z dnia 28 maja 2021 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2021 r., poz. 1090) w zakresie, w jakim ogranicza w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego z powodu Covid-19 oraz w ciągu roku od odwołania ostatniego z nich prawo do rozpoznania sprawy w składzie z udziałem 2 ławników jest zgodny z art. 31 ust. 3 oraz z art. 45 Konstytucji RP.

Oczekując na ostateczne rozstrzygnięcie tych kwestii, podkreślić należy, że wyłączenie czynnika społecznego od orzekania dotknęło tylko postępowanie cywilne i to tylko w pierwszej i drugiej instancji. Tym samym ławnicy nadal orzekają w postępowaniu przed Sądem Najwyższym (przy rozpoznawaniu skarg nadzwyczajnych) oraz w postępowaniu karnym w sprawach o zbrodnie, w których zgodnie z art. 28 § 2 k.p.k. obowiązuje skład mieszany jednego sędziego i dwóch ławników, oraz w sprawach, w których tak postanowiono ze względu na szczególną zawilóść sprawy lub jej wagę (art. 28 § 3 k.p.k.). Taka dyferencjacja nie znajduje uzasadnienia w przytoczonych przez ustawodawcę motywach regulacji art. 15zsz¹ ust. 1 pkt 4 ustawy antycovidowej. Wydaje się raczej, że jest to kolejna, już tym razem zakamuflowana, próba ograniczenia udziału ławników w orzekaniu. Prawdą jest, że

waniu przed 28 lipca 2007 r., albo całkowitym zniesieniem instytucji ławników, opowiadał się także M. Nawrocki, *op. cit.*, s. 79. Natomiast konieczność rozszerzenia uprawnień ławników na wszystkie sprawy w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji postuluje K. Knoppek, *op. cit.*, s. 31-32.

⁷⁹ Sprawa została zarejestrowana pod sygn. akt P 13/21. Zob. <https://trybunal.gov.pl/sprawy-w-trybunale/katalog/p-13-21> [dostęp: 10.01.2022].

udział ławników w postępowaniu cywilnym ze względu na zasadniczy brak znajomości przez nich przepisów prawnych ma charakter formalny⁸⁰. Jednak z uwagi na charakter spraw, w których orzekają ławnicy, ich głos – jak wskazano – może mieć znaczenie dla ostatecznego wyniku rozstrzygnięcia ze względu na posiadaną przez nich znajomość realiów panujących w danej społeczności i w danej kategorii spraw⁸¹. Poza tym, gdyby nawet przyjąć zasadność odstąpienia od orzekania w składzie ławniczym, to wprowadzenie takiej regulacji należałoby poprzedzić stosowną analizą i uzasadnieniem, które dałyby fundament dla tego rozwiązania prawnego. Wskazane i omówione już wcześniej motywy wprowadzenia jako zasady jednoosobowego składu sądu w pierwszej i drugiej instancji w sprawach cywilnych nie spełniają powyższych kryteriów. Dodatkowo regulacja ta stoi w sprzeczności z ideą społeczeństwa obywatelskiego⁸². Co więcej, nie wydaje się słuszne uzupełnianie braków kadrowych sądownictwa poprzez odsunięcie części sędziów od udziału w sądownictwie kolegiальnym i powierzenie sędziom rozpoznawania spraw jednoosobowo. Poza tym omówiony przepis sprzeczny jest zarówno z zasadą udziału obywateli w orzekaniu, jak i z zasadą kolegiальności jedynie do ich opisowego wymiaru, pozbawiając znaczenia dyrektywalnego ze względu na brak konkretnych instrumentów prawnych, które by je wyrażały i pozwoliły na ich realizację. Wydaje się zatem, że w ten sposób ustawodawca, powołując się na zagrożenie epidemiologiczne, bez szerszego rozważenia tej kwestii aksjologicznie, dąży do wyeliminowania wskazanych zasad z postępowania cywilnego.

Podsumowanie

Oczywiste jest, że ustawodawca w ramach posiadanych kompetencji uprawniony jest do modyfikowania przepisów prawnych, także tych, które odzwierciedlają reguły ogólne, które wpływają na kształt całego postępowania. Nie ulega także wątpliwości, że omówiona zasada udziału obywateli w orzekaniu – podobnie jak wszystkie inne zasady – nie ma charakteru absolutnego, gdyż ustawodawca uprawniony jest do wprowadzania ustawowych wyjątków dotyczących jej funkcjonowania. Zresztą miało to – jak wskazano – miejsce już przed zmianami dokonanymi w związku z pandemią koronawirusa Sars-Cov-2 i wiązało się zarówno z zasadą kolegiальności, jak i z zasadą udziału czynnika społecznego w orzekaniu⁸³. Ograniczenia te były

⁸⁰ J. May, *op. cit.*, s. 107-108; J. Jodłowski, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, [w:] J. Jodłowski i in., *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2016, s.143-144.

⁸¹ Podobnie M. Orecki, *op. cit.*, s. 170.

⁸² Tak również J. Ruszewski, *op. cit.*, s. 37.

⁸³ Zresztą nawet wówczas, gdy nie kwestionowano obowiązywania tych zasad w postępowaniu cywilnym, dopuszczano ustawowe ich ograniczenie; zob. W. Berutowicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 1978, s. 101-102.

słuszne z kilku względów, wśród których zasadniczą rolę ogrywała chęć zmniejszenia kosztów udziału ławników w orzekaniu, jak również chęć zapobieżenia przewlekłości postępowania, o którą z pewnością łatwiej w przypadku, gdy skład sądu jest wieloosobowy. Pod tym względem, jak wskazywano w piśmiennictwie, ustawodawca wyczerpał już możliwość racjonalnego ograniczenia udziału ławników w orzekaniu, a rezygnacja w ogóle z takiego uczestnictwa musiałaby wiązać się ze zmianami w Konstytucji RP⁸⁴. Dopiero w takiej sytuacji ustawodawca uprawniony byłby do wyłączenia możliwości orzekania przez ławników we wszystkich postępowaniach i sprawach⁸⁵. Do zmian konstytucyjnych ani do całkowitego wyłączenia zasady udziału ławników w orzekaniu we wszystkich postępowaniach jednak nie doszło, ograniczenie dotknęło bowiem wyłącznie rozpoznawanie spraw cywilnych w pierwszej i drugiej instancji. W tym świetle nie wydaje się, aby regulacja art. 15zsz¹ ust. 1 pkt 4 ustawy antycovidowej naruszała ustawowe prerogatywy prawodawcy określone w art. 182 Konstytucji RP⁸⁶. Co więcej, prawodawca, rezygnując z tych zasad w postępowaniu cywilnym, uczynił to w przewidzianej prawem ustawowej formie. Niemniej jednak, daleko idący charakter tego ograniczenia, jak również ewentualne konsekwencje dla toczących się postępowań, budzą wątpliwości natury aksjologicznej, co więcej, są nieadekwatne do aktualnej sytuacji epidemiologicznej oraz wprowadzonych tą samą ustawą nowelizującą możliwości bezpiecznego zorganizowania posiedzeń w wieloosobowych, w tym ławniczych składach orzekających. W konsekwencji regulację tę należy uznać za niepożądaną z punktu widzenia zapewnienia stronom należytej ochrony prawnej, a przede wszystkim za niepoprzedzoną rzetelną analizą korzyści związanych z orzekaniem z udziałem ławników oraz skutków, jakie *pro futuro* może przynieść wyłączenie ławników od orzekania w postępowaniu cywilnym. Stąd reorganizację składu sądu zaproponowaną w przepisie art. 15zsz¹ ust. 1 pkt 4 ustawy antycovidowej trzeba postrzegać nie tylko w kontekście bieżącej sytuacji epidemiologicznej, ale także przyszłościowo. Kluczową rolę w prawidłowym ukształtowaniu tej kwestii *de lege ferenda* niewątpliwie spełni rozstrzygnięcie przedstawionych w związku z tą regulacją pytań prawnych przez Trybunał Konstytucyjny. Niezależnie jednak od tego rozstrzygnięcia zasadne wydaje się postulowanie powrotu do poprzednio obowiązujących rozwiązań prawnych, a ewentualne ich modyfikowanie powinno zostać poprzedzone szerszymi badaniami na temat rzeczywistych korzyści związanych z orzekaniem z udziałem ławników.

⁸⁴ J. Turek, *op. cit.*, s. 1332.

⁸⁵ P.T. Kartasiński, *op. cit.*, s. 34.

⁸⁶ Nie wyklucza to jednak negatywnej oceny tej regulacji przez pryzmat innych przepisów, np. art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Literatura

- Artymiak G., [w:] *Zasady Procesu Karnego*, t. III, cz. 2, *System Prawa Karnego Procesowego*, red. P. Wiliński, Warszawa 2014.
- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Berutowicz W., *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 1978.
- Brzozowski M., *Rola i status ławnika na tle ostatnich zmian w ustawie – Prawo o ustroju sądów powszechnych*, „Monitor Prawniczy” 2019, nr 20.
- Bury B., *Wątpliwości sądu wokół składu sądu pracy w sprawach o roszczenia związane z nawiązaniem i ustaniem stosunku pracy*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2016, nr 2.
- Defecińska K., *Skład sądu w cywilnym postępowaniu rozpoznawczym*, „Przegląd Sądowy” 1993, nr 6.
- Dobrzański B., Piekarski M., *O udziale ławników w składzie orzekającym sądu opiekuńczego (dwugłos)*, „Nowe Prawo” 1966, nr 7-8.
- Dolecki H., *Z problematyki składu sądu opiekuńczego*, „Nowe Prawo” 1975, nr 5.
- Eichstaedt K., *Status prawny ławnika sądowego. Wybór ławników oraz samorząd ławniczy*, [w:] *Metodyka pracy ławnika*, red. A. Rycak, Warszawa 2011.
- Eichstaedt K., *Udział czynnika społecznego w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości w Polsce w ujęciu historycznym i prawnoporównawczym*, [w:] *Metodyka pracy ławnika*, red. A. Rycak, Warszawa 2011.
- Garlicki L., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, Warszawa 2005.
- Gołąb S., *Organizacja sądów powszechnych*, Kraków 1938.
- Grześkowiak M., *Udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości a prawo do sądu*, [w:] *Udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości*, red. R. Piotrowski, Warszawa 2021.
- Gudowski J., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I, *Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, Warszawa 2016.
- Janusz-Pohl B., [w:] *Zasady Procesu Karnego*, t. III, cz. 2, *System Prawa Karnego Procesowego*, red. P. Wiliński, Warszawa 2014.
- Jastrzębski R., *Udział obywateli w wymiarze sprawiedliwości II Rzeczypospolitej*, [w:] *Udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości*, red. R. Piotrowski, Warszawa 2021.
- Jędrejek G., *Skład sądu w sprawie o zmianę zawartego w wyroku rozwodowym orzeczenia o władzy rodzicielskiej (art. 509 k.p.c.)*, „Studia Prawnicze KUL” 2009, nr 4.
- Jodłowski J., Lapiere J., Misiuk-Jodłowska T., Resich Z., Weitz K., *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2016.
- Kaczmarczyk M., *Czynnik społeczny w polskim systemie wymiaru sprawiedliwości*, Warszawa 2020.
- Kartasiński P.T., *Marginalizacja instytucji ławnika w postępowaniach przez sądem opiekuńczym. Uwagi na temat nowelizacji art. 509 Kodeksu postępowania cywilnego*, „Rodzina i Prawo” 2016, nr 36.
- Kielin J., *Konstytucyjna zasada udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości*, [w:] *Transformacje systemów wymiaru sprawiedliwości*, t. I, *Pozycja ustrojowa władzy sądowniczej i uwarunkowania transformacji*, red. J. Jaskiernia, Toruń 2011.
- Knoppek K., *Udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości w postępowaniu cywilnym*, „Ius Novum” 2014, numer specjalny.
- Kowalewska-Borys E., Osińska A., Żukowska M., *Udział czynnika społecznego w wymiarze sprawiedliwości z perspektywy konstytucyjnej*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2016, z. 21.
- Kulesza C., *Udział czynnika społecznego w orzekaniu w perspektywie historyczno-prawnoporównawczej*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2016, z. 21.
- Laskowska M., *Organizacja i zasady wymiaru sprawiedliwości*, [w:] *System organów ochrony prawnej w Polsce. Podstawowe instytucje*, red. M. Kruk, Warszawa 2008.
- Łazarska A., *Rzetelny proces cywilny*, Warszawa 2012.
- Małolepszy M., Głuchowski M., *Participation of lay judges in criminal proceedings in Poland and Germany*, „IusNovum” 2018, nr 2.

- Markiewicz K., *Właściwość sądu, skład sądu i wyłączenie sędziego w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego*, „Polski Proces Cywilny” 2015, nr 2.
- May J., *Skład sądu w postępowaniu cywilnym*, [w:] *Studia z prawa publicznego*, red. K. Lubiński, Toruń 2001.
- Nawrocki M., *Skład sądu w sprawach z zakresu prawa pracy po nowelizacji art. 47 KPC*, „Monitor Prawa Pracy” 2009, nr 2.
- Niezależniński B., [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019.
- Olaś A., *Kolegialność a jednoosobowość – skład sądu I instancji w procesie cywilnym: doświadczenia i perspektywy*, „Polski Proces Cywilny” 2020, nr 3.
- Olaś A., [w:] *System Prawa Procesowego Cywilnego*, t. IV, cz. 1, vol. 1, *Postępowanie nieprocesowe*, red. T. Ereciński, K. Lubiński, Warszawa 2021.
- Orecki M., *Instytucja ławnika sądowego w postępowaniu cywilnym. Uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Przegląd Sądowy” 2012, nr 7-8.
- Pawlak P., Sidor D., *Celowość utrzymania odrębności w postępowaniach z zakresu prawa pracy*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ” 2017, nr 1.
- Ruszewski J., *Ramy prawne wyboru i funkcjonowania ławników w Polsce*, [w:] *Ławnicy – społeczni sędziowie w teorii i praktyce*, red. J. Ruszewski, Suwałki 2011.
- Rygiel P., *Losowy przydział spraw cywilnych w sądzie drugiej instancji*, „Przegląd Sądowy” 2019, nr 2.
- Sanetra W., *Sąd właściwy w rozumieniu Konstytucji RP*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 9.
- Skibińska M., [w:] *Meritum. Postępowanie cywilne, tom I, Postępowanie rozpoznawcze i zabezpieczające*, red. E. Marszałkowska-Krześ, Warszawa 2021.
- Szmyt A., *Wątpliwości wokół reform wymiaru sprawiedliwości*, [w:] *Ratio estanima legis. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Janusza Trzczińskiego*, red. J. Góral, R. Hauser, J. Repel, M. Zirk-Sadowski, Warszawa 2007.
- Turek J., *Ławnik – sędzia – przysięgły*, „Monitor Prawniczy” 2009, nr 24.
- Urbaniaś-Mastalerz I., Niegierewicz A., *Udział czynnika społecznego w procesie karnym na tle orzecznictwa sądowego*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2016, z. 21.
- Walasik M., *Konstytucyjna koncepcja sądowego wymiaru sprawiedliwości*, [w:] *Honeste Procedere. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Kazimierzowi Lubińskiemu*, red. A. Laskowska-Hulisz, J. May, M. Mrówczyński, Warszawa 2018.
- Waligórski M., *Organizacja wymiaru sprawiedliwości*, Kraków 1952.
- Waszczyński J., *Ustrój organów ochrony prawnej w zarysie*, Łódź 1971.
- Waśkowski E., *Podręcznik procesu cywilnego*, Wilno 1932.
- Wenclik M., *Ewolucja instytucji ławnika w Polsce*, [w:] *Ławnicy – społeczni sędziowie w teorii i praktyce*, red. J. Ruszewski, Suwałki 2011.
- Wengerek E., *Zasada kolegialności w postępowaniu cywilnym*, „Państwo i Prawo” 1959, nr 3.
- Więckowski R., *Zmiany art. 47 Kodeksu postępowania cywilnego w składzie sądu w okresie od 1 lipca 1996 r. do 28 lipca 2007 r.*, [w:] *Ewolucja polskiego postępowania cywilnego wobec przemian politycznych, społecznych i gospodarczych. Materiały konferencyjne Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Postępowania Cywilnego Szczecin–Niechorze 28-30 września 2007 r.*, red. H. Dolecki, K. Flaga-Gieruszyńska, Warszawa 2009.
- Wiliński P., Karlik P., [w:] *Konstytucja RP*, t. II, *Komentarz do art. 87-243*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Włodyka S., *Ustrój organów ochrony prawnej*, Warszawa 1975.
- Woszczyk N., *Konstytucyjne granice udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości*, [w:] *Udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości*, red. R. Piotrowski, Warszawa 2021.
- Zubik M., *Sprawowanie wymiaru sprawiedliwości w świetle Konstytucji i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 3.

Łukasz Stępkowski

Uniwersytet Opolski

ORCID 0000-0001-5324-4218

lukasz.stepkowski@uni.opole.pl

Horizontal Direct Effect of the Standstill Obligation under Article 108(3), third sentence TFEU

Keywords: unlawful aid, State aid, standstill obligation, direct effect, Article 108(3) TFEU

Summary. This paper addresses the issue of direct effect of the standstill obligation (Article 108(3), third sentence TFEU), applicable to recovery of unlawful aid without the need of a Commission decision, arguing that the recent developments of the jurisprudence of the Court suggest that it has horizontal effect. The position of a beneficiary is reviewed with the conclusion that they do not enjoy the same position as a person relying on Article 108(3) TFEU. The law is stated as it stood on 1.04.2021.

Horyzontalny skutek bezpośredni obowiązku zawieszenia udzielania pomocy na podstawie art. 108 ust. 3 zd. 3 TFUE

Słowa kluczowe: pomoc niezgodna z prawem, pomoc państwa, obowiązek zawieszenia (klauzula standstill), skutek bezpośredni, artykuł 108 ust. 3 TFUE

Streszczenie. Niniejsza praca odnosi się do zagadnienia skutku bezpośredniego klauzuli zawieszenia (art. 108 ust. 3 zd. 3 TFUE), mającej zastosowanie do odzyskania pomocy niezgodnej z prawem bez konieczności istnienia decyzji Komisji, wskazując, że niedawny rozwój orzecznictwa wskazuje na jej skutek horyzontalny. Nadto sytuacja beneficjenta jest poddawana ocenie z wnioskiem, że ów nie posiada podobnej pozycji procesowej, co osoba powołująca się na art. 108 ust. 3 zd. 3 TFUE. Praca odnosi się do stanu prawnego z 1.04.2021 r.

Introduction

This paper is to address the issue of direct effect the so-called standstill obligation set by Article 108(3), third sentence TFEU, which the ECJ confirmed as early as in *Lorenz*¹. However, the scope of the standstill obligation *ratione personae*, apart

¹ This paper constitutes one of the effects for the grant no. 2015/17/N/HS5/02575 (Sytuacja prawna przedsiębiorstwa w prawie Unii Europejskiej dotyczącym pomocy państwa [Legal position of an undertaking in the law of the European Union on State aid]), funded by the National Science Centre (Narodowe Centrum Nauki - NCN, Poland) with the author as the principal investigator. Case 120-73 *Lorenz*, EU:C:1973:152, para. 8. While the ECJ referred to C-6/64 *Costa v ENEL*, EU:C:1964:66 as the first instance of declaring the standstill obligation directly effective, the ECJ in *Costa* merely alluded to what is now Article 108(3), third sentence TFEU as conferring rights

from the fact that it is vertically effective against Member States (i.e. capable of being invoked against a Member State), and whether the standstill obligation is horizontally effective, is rather less clear. Thus, this paper will also consider whether it is still tenable, according to the position of the Court in *SFEI*, to view the duty to abstain from granting unlawful aid, and to recover that unlawful aid where it was granted, as “not imposing any specific obligation on part of the beneficiary of unlawful aid” and being only addressed to a Member State². In addition, the position of the beneficiary itself vis-à-vis the national recovery order, and defences that may impede the application of Article 108(3), third sentence TFEU, will be addressed. The law of the Union is stated as it stood on 1 April 2021.

Invoking the Standstill Obligation in a Horizontal Context

While reliance on Article 108(3), third sentence TFEU against a Member State is certainly within limits of the direct effect that provision has been held to have, the case-law of the Court does not stop there. Reliance on Article 108(3), third sentence TFEU is not indifferent for the potential or genuine beneficiary of aid, as he or she either faces the prospect of not receiving aid or the need of repaying it. At the end of the day, the repayment of aid – where it was already granted – must come from someone, that someone being the beneficiary (or many beneficiaries). Recovery must be made to the benefit of the Member State that granted aid, not to the benefit of a claimant that invokes the standstill obligation (because that would only either extend the circle of beneficiaries or simply change the identity of the beneficiary). The ECJ in *SFEI* held that the beneficiary has no specific obligations under the law of what is now European Union law³. The ECJ also held that the standstill obligation was incumbent on Member States, who were to refrain from granting unlawful aid and to recover such aid where it was nevertheless granted. This leads to a dilemma – if beneficiaries had “no specific obligation” to abstain from accepting unlawful aid and to repay unlawful aid where it was accepted, then why would they be inclined to do so? Aid, by definition, constitutes *inter alia* an advantage for its recipient. In the absence of a binding obligation, the beneficiary would be, logically, not quite interested in willing forfeiture of his or her advantage, especially where the unlawful character of aid would become apparent

on an individual (“(...) *but creates no individual rights except in the case of the final provision of [Article 108(3), third sentence TFEU], which is not in question in the present case*”). See also Case C-354/90 *FNCE*, EU:C:1991:440, para. 12.

² Case C-39/94 *SFEI*, EU:C:1996:285, para. 73.

³ This is recalled by J-P. Keppenne, C. Caviedes [in:] L. Ortiz-Blanco (ed.), *EU Competition Procedure* (OUP, Oxford 2013), p. 984, and by C. Quigley, *European State Aid Law and Policy* (Hart, Oxford 2015), p. 657.

much later than the time it was granted. The obligation of a Member State, incumbent only on it, would be something a beneficiary could be indifferent to. While national law theoretically could contain binding obligations for the beneficiary to return unlawful aid, this is not certain. National reports on application of State aid rules suggest that the probability of an actual grant of a remedy under Article 108(3) TFEU is very unlikely⁴. Applicable national law may be either missing entirely⁵, not clear⁶, or incomplete⁷. There is nothing in the express wording of Article 107, 108 or 109 TFEU to authorize (or force) Member States to implement such legislation. In addition, introduction of such rules without express authorization would amount to Member States legislating in the field of exclusive competence

⁴ Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts (July 2019) ordered by DG COMP, available at <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0219428enn.pdf> (accessible as of 1.04.2021, hereinafter “the 2019 Study”), p. 78.

⁵ See e.g. C. Schepisi [in:] P. Nemitz (ed.), *The Effective Application of EU State Aid Procedures – The Role of National Law and Practice* (Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2007), p. 270, on Italy (“the Italian legal order does not provide for a specific liability of the public authorities and its servants and the illegal grant of aid is not automatically null and void”). See also G. Belotti [in:] J. Derenne, A. Müller-Rappard, C. Kaczmarek (eds), *Enforcement of EU State Aid Law at National Level* (Lexxion, Berlin 2010), p. 207 (“no specific regime for cases of State liability”). According to the 2019 Study, there was a development in the Italian legal order in that Article 49 of Law number 234/2012 was adopted to provide administrative courts with an express power to enforce State aid rules, while civil courts retain powers to rule on damages (see the 2019 Study’s Country Report on Poland by F. Macchi, <https://state-aid-caselex-accept.mybit.nl/report> (accessible as of 01.04.2021)). The new rules apply to proceedings started on, or after 19 January 2013. In addition, there is a view that an Italian court may ex officio raise the issue of unlawful State aid as a “preliminary question” for the parties to discuss pursuant to Articles 183(4) and 101(2) of the Italian Code of Civil Procedure (A. Tedoldi [in:] A. Santa Maria (ed), *Competition and State Aid – An Analysis of the EU Practice, Second Edition* (Kluwer Law International, Aalphenaan den Rijn 2015), p. 258.

⁶ See e.g. S. Dudzik [in:] P. Nemitz (ed.), *The Effective Application of EU State Aid Procedures – The Role of National Law and Practice* (Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2007), p. 340, on Poland (no clear rules). See also R. Gago [in:] J. Derenne, A. Müller-Rappard, C. Kaczmarek (eds), *Enforcement of EU State Aid Law at National Level* (Lexxion, Berlin 2010), p. 285, also on Poland (the lack of any clear legal basis). The 2019 Study finds, *inter alia*, that Polish courts rarely invoke soft-law instruments (see the 2019 Study’s Country Report on Poland by J. Kociubiński, <https://state-aid-caselex-accept.mybit.nl/report> (accessible as of 1.04.2021)).

⁷ See e.g. J. Kühling and J.-D. Braun [in:] P. Nemitz (ed.), *The Effective Application of EU State Aid Procedures – The Role of National Law and Practice* (Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2007), p. 219, on Germany. The authors note that the interpretation of §134 of the BGH by the Bundesgerichtshof, in that the standstill obligation may be invoked by persons concerned (esp. competitors to the beneficiary) against the beneficiary, should become the rule, and not an exception. This development now appears well-settled in German law, as later reports confirm its relevance (R. Wessely, A. Müller-Rappard [in:] J. Derenne, A. Müller-Rappard, C. Kaczmarek (eds), *Enforcement of EU State Aid Law at National Level* (Lexxion, Berlin 2010), p. 163, the 2019 Study’s Country Report on Germany by A. Martin-Ehlers, <https://state-aid-caselex-accept.mybit.nl/report> (accessible as of 01.04.2021)). See also P. Werner [in:] F. Säcker, F. Montag (eds), *European State Aid Law*, (CH Beck, München 2016, p. 1546. Cf. the decision of theBGH – *Urteil des I. Zivilsenats vom 10.2.2011 – I ZR 213/08*, para. 32 therein.

of the Union without being expressly allowed to do so⁸. The ECJ has recently held that, for the purposes of Article 108(3), third sentence TFEU and powers of national courts, Regulation no. 2015/1589 does not contain *any* relevant provisions, making recourse to the binding nature of Article 3 of the Procedural Regulation as a means of finding an alternate, horizontally applicable legal basis for such an obligation on part of the beneficiary impossible⁹. The Commission notice on the enforcement of State aid law by national courts does not address this issue, which is quite pressing in State aid practice. In addition, there is not an iota of leniency measures for the beneficiary to persuade him- or her to return the aid out of their own volition. The ECJ has long insisted that the recovery of aid is not a “penalty” in the criminal sense, but rather that “abolishing unlawful aid by means of recovery is the logical consequence of a finding that it is unlawful”¹⁰. This logical consequence also includes liquidation of the beneficiary should the repayment of aid turn out to be impossible in full in insolvency proceedings¹¹. As a rule, the task of the national courts is to “adopt the appropriate measures to cure the unlawfulness of implementation of the aid, so that the aid does not remain freely available to the beneficiary until such time as the Commission’s decision is made”¹². This in turn necessitates taking binding measures that affect the beneficiary’s legal position, to his or her detriment. To do so, there must be a legal basis that would allow a national court or another national authority to impose such measures on the beneficiary¹³. A review of case-law of the ECJ discloses that there already are instanc-

⁸ I.e. Article 3(1)(b) TFEU, taken together with Article 2(1) TFEU. The ideal solution would be for the Council to adopt a regulation under Article 109 TFEU for the purposes of giving State aid law a horizontally applicable secondary law solution to the problems with private enforcement.

⁹ Case C-387/17 *Fallimento Tragbetti del Mediterraneo*, EU:C:2019:51, para. 66: “(...) [the Procedural Regulation] does not contain any provision relating to the powers and obligations of the national courts, which continue to be governed by the provisions of the Treaty as interpreted by the Court”. On slim chance that the ECJ intended to say less than it actually said, Article 3 of the Procedural Regulation would certainly corroborate a finding that a beneficiary may not do (or contribute to doing) anything that would infringe the standstill obligation, by virtue of the *erga omnes* binding effect of the Procedural Regulation.

¹⁰ Case C-1/09 *CELF/SIDE II*, EU:C:2010:136, para. 54.

¹¹ Case C-363/16 *Commission/Greece*, EU:C:2018:12, para. 39. The ECJ ruled on a case related to recovery due to a recovery decision of the Commission, but its dictum related to unlawful aid in general, and the restoration of the previous situation before the grant of aid (see para. 37 therein).

¹² Case C-284/12 *Deutsche Lufthansa*, EU:C:2013:755, para. 31, case C-349/17 *Esti Pagar*, para. 89.

¹³ D. Piccinin [in:] K. Bacon (ed.), *European Union Law of State Aid* (OUP, Oxford 2017, p. 564, notes that such national legal basis is not clear in many Member States other than Germany due to the intervention of the BGH. It would follow from C-275/10 *Residex Capital IV*, para. 12 and 21, that Article 3:40(2) of the Netherlands Civil Code (Burgerlijk Wetboek) taken together with Article 108(3) TFEU is also capable of providing a national legal basis for a claim for a finding of invalidity. The author’s own view is that, under Polish law similarly as in Germany, Article 3(1) of the 1994 Act on Combating Unfair Competition (*Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*) inter-

es of the standstill obligation affecting the legal position of the beneficiary, something that would be impossible without a certain “horizontal” dimension. First, the Court has ruled in *CELF/SIDE* – a “horizontal” case between two undertakings – that “applying [what is now EU law], the national court must order the aid recipient to pay interest in respect of the period of unlawfulness”. The requirement to pay interest is one of the features of Article 108(3), third sentence TFEU, and one which continues to apply even in the event of the Commission taking a positive decision on the aid at issue. If the recipient of aid *as a matter of EU law* alone must be ordered to pay that interest, then a rule of EU law is in that regard effective against him or her¹⁴. Second, the ECJ has found that the beneficiary, as a “diligent businessperson”, may not entertain legitimate expectations to unlawful aid where the notification procedure was not followed to its conclusion by way of a final decision of the Commission, and that there is *an obligation* for the recipient on part of what is now Article 108(3) TFEU to check whether that procedure was in fact followed in regard to the aid measure at issue¹⁵. In addition, the beneficiary may not invoke the principle of legal certainty where an aid is unlawful, as it is “foreseeable” according to the ECJ that unlawful aid is going to be subject to recovery¹⁶. The dictum of the ECJ in *Alcan Deutschland* expressly states that there is an obligation for the beneficiary under what is now Article 108(3) TFEU, and that very beneficiary’s rights to invoke the principles of legitimate expectations and legal certainty are being limited due to the standstill obligation’s effects on unlawful aid. Third, the Court has accepted that the standstill obligation may affect the validity of State aid measures. Given that the form of aid is in principle irrelevant for the purposes of Article 107(1) TFEU, measures governed by private law may also be State aid measures. Thus, the standstill obligation may come into play in a private-law dispute concerning validity and enforceability of an agreement governed by private law¹⁷. This includes cancelling a guarantee¹⁸ and disapplying priv-

preted in conformity with Article 108(3) TFEU may be used by a person concerned as a national legal basis of claims against a beneficiary.

¹⁴ Case C-199/06 *CELF/SIDE*, para. 55.

¹⁵ Case C-24/95 *Alcan Deutschland*, EU:C:1997:163, para. 30, 31 and 41, joined cases C-346/03 and C-529/03 *Atzeni and Others*, EU:C:2006:130, para. 64 and 65, joined cases C-183/02 P and C-187/02 P *Demesaand Territorio Histórico de Álava/Commission*, EU:C:2004:701, para. 44 and 45, case C-81/10 P *France Télécom/Commission*, EU:C:2011:811, para. 59.

¹⁶ Case C-148/04 *Unicredito Italiano*, EU:C:2005:774, para. 104.

¹⁷ Case C-505/14 *Klausner Holz Niedersachsen*, para. 10 and 14.

¹⁸ Case C-275/10 *Residex Capital IV*, EU:C:2011:814, para. 21 and 49. It might be added here that the ECJ in *Residex Capital IV* held that “European Union law does not impose any specific conclusion that the national courts must necessarily draw with regard to the validity of the acts relating to implementation of the aid (para. 44)”. It conceded that national courts have jurisdiction to cancel a guarantee “where it may be a more effective means” to restore the state of affairs (the competitive situation) before the grant of aid (para. 46). It may be noted that, according to the ECJ in *Residex Capital IV*, nullity of a guarantee (and, by extension, nullity of a measure governed by private

ileges in civil proceedings, i.e. the right to unilaterally register a mortgage over immovable property belonging to farmers or other persons engaged in similar agricultural activities, the right to seek enforcement with an ordinary private document and the right to be exempted from the payment of fees and duties connected with that registration¹⁹. Perhaps most importantly, the ECJ recently held in C-349/17 *Eesti Pagar* that Article 108(3) TFEU constitutes a legal basis for recovery of unlawful aid as it obliges the national authorities to recover, on their own initiative, aid which they have unlawfully granted²⁰. Thus, given that it is a case where the beneficiary resisted recovery against him *inter alia* on the ground that there is no obligation to recover unlawful aid, and the higher national court indeed held that there is no provision of EU law that expressly and peremptorily requires Member States to recover unlawful aid where there is no Commission decision²¹, this answer from the Court should be taken to mean that both the Member State and the beneficiary are legally bound as a matter of EU law by the standstill obligation, and that the beneficiary must, in principle, submit to recovery of unlawful aid. The ECJ added that, where the beneficiary seeks payment of aid that is subject to the general block exemption (GBER)²², “it is primarily the duty of the applicant for aid to ensure that it satisfies the conditions laid down by [the GBER], so that it can qualify for aid that is exempted under that regulation, and consequently the granting of aid that is contrary to those conditions cannot be regarded as being exclusively the result of an error committed by the national authority concerned”²³. No provision of the GBER (or the current GBER II, for that matter) places such a duty on the applicant for block-exempted aid. Assuming that the

law) is not automatic as a matter of EU law (e.g. as in the case of Article 101(2) TFEU); it may be however required by national law (*Klausner Holz Niedersachsen*, para. 14). A national court would be called to find a measure null and void where it would be an effective means of restoring the status quo ante. This dictum in *Residex Capital IV* does not appear in later case-law. However, it is difficult to see why a national court called to erase the effect of altering the competitive situation would *not* be called to declare null and void, as a rule, a measure which is, by its very definition, liable to distort competition. As such, the national court can and should declare the aid measure null and void where it comes to the conclusion that unlawful aid was in fact granted. See also below as to the scope *ratione materiae*. In later case-law, the ECJ simply stated that national courts have the power to cancel a guarantee constituting unlawful aid (case C-438/16 P *European Commission v French Republic and IFP Énergies Nouvelles*, EU:C:2018:737, para. 141).

¹⁹ Case C-690/13 *Trapeza Eurobank Ergasias*, para. 29.

²⁰ Case C-349/17 *Eesti Pagar*, para. 94.

²¹ Case C-349/17 *Eesti Pagar*, para. 30, second indent, para. 33 ab initio.

²² I.e. Commission Regulation (EC) No 800/2008 of 6 August 2008 declaring certain categories of aid compatible with the common market in application of Articles 87 and 88 of the Treaty (General block exemption Regulation), now replaced with Commission Regulation (EU) No 651/2014 of 17 June 2014 declaring certain categories of aid compatible with the internal market in application of Articles 107 and 108 of the Treaty (GBER II), OJ L 187, 26.6.2014, p. 1–78, with later amendments.

²³ Case C-349/17 *Eesti Pagar*, para. 120.

ECJ intended to say precisely what it said (including the dictum that the GBER must be interpreted strictly²⁴, so such a duty not provided for thereunder should not be inferred from the GBER itself), this specific obligation must be interpreted as being imposed by Article 108(3) TFEU directly on the beneficiary. If so, this is further evidence that the dictum in *SFEI* as to the absence of any specific obligations of the beneficiary is obsolete as the law of the Union currently stands. It follows from the above that the standstill obligation produces effects that may not be explained by any kind of “adverse repercussions”, for those effects genuinely bind the beneficiary and substantively alter his or her legal position. As such, it should be accepted that the standstill obligation is capable of horizontal direct effect and thus may be invoked by the persons concerned directly, against the Member State *and* against the beneficiary. The Court should then expressly clarify in its jurisprudence that, given the hitherto development of EU law, its findings in *SFEI* are out of date and the standstill obligation may be subject to private enforcement against the beneficiary.

Defences to Recovery of Unlawful Aid under Article 108(3), third sentence TFEU

The second issue to cover is the possibility to resist application of the standstill obligation on part of the recipient of aid, or putting it differently, on part of the “final target” of Article 108(3), third sentence TFEU. A beneficiary may find him- or herself defending a claim to recover aid deemed unlawful at a later time; he or she may not be aware from the moment of the grant of aid that it is unlawful. While the ECJ is insistent that a “diligent businessperson” will normally be capable of checking whether a measure was subject to Article 108(3) TFEU before accepting it, this is rather difficult to carry out in practice. The Commission itself, despite having specialist knowledge of EU law, often takes several years to investigate a measure. Therefore, a normal businessperson may find it even more difficult to navigate this area of law, even with expert legal advice. Against this background, the ECJ has held in *OTP Bank* that a beneficiary of unlawful aid “does not have any remedies available in accordance with EU law”²⁵. The Court noted before framing this dictum that no “exceptional circumstances” were invoked before the national court to exclude recovery²⁶. It would follow that a beneficiary has no specific remedies under EU law, and while he or she can contest the application of the standstill ob-

²⁴ Case C-349/17 *Eesti Pagar*, para. 60, Case C-493/14 *Dilly's Wellnesshotel GmbH*, EU:C:2016:577, para. 37.

²⁵ Case C-672/13 *OTP Bank*, para. 78.

²⁶ Case C-672/13 *OTP Bank*, para. 72 and 73.

ligation before national courts on the basis of national law, he or she is limited to pleading such exceptional circumstances. The ECJ held in *CELF/SIDE* that such exceptional circumstances form the basis of a legitimate assumption on part of the beneficiary that the aid is lawful²⁷. Repeated findings of the Court that the decisions of the Commission are void do not constitute “exceptional circumstances²⁸”, where those decisions were challenged in time. The Court has held in its early case law (223/85 *RSV*) that long periods of inactivity on part of the Commission may give rise to legitimate expectations on part of the beneficiary, and thus constitute exceptional circumstances preventing recovery²⁹. However, this decision has been effectively overturned in later case-law, with the Court stating that it concerned an “exceptional” set of facts³⁰. There was a view in the academia that there is no case law which would specify what precisely is to be understood as exceptional circumstances³¹. Apart from its findings in 223/85 *RSV*, the Court did however address an exceptional situation in *Régie Networks*; that case concerned a finding of nullity of a Commission decision not to raise objections to a notified State aid measure on the basis of what is now Article 267(b) TFEU. The Commission decision was not challenged after it was adopted and was only found to be void by way of a preliminary ruling. The Court noted that there are “overriding considerations of legal certainty” justifying a temporal limitation of its decision on validity, because the measure was applicable for a time, many undertakings applied for aid thereunder, and it was notified prior to implementation³². Thus, it may be assumed that there may be exceptional circumstances limiting recovery on the basis of Article 108(3), third sentence TFEU where a decision not to raise objections or a positive decision of the Commission, previously unchallenged or upheld, are declared invalid pursuant to Article 267(b) TFEU, on condition that the aid at issue was notified and was being disbursed to a large amount of undertakings for a certain appreciable amount of time. As such, it is my view that the decision in *Régie Networks* sets an example of “exceptional circumstances” preventing recovery³³.

²⁷ Case C-199/06 *CELF/SIDE*, para. 43.

²⁸ Case C-1/09 *CELF/SIDE II*, para. 52. The Court added (para. 53 and 54) that a beneficiary normally may not invoke the principles of the protection of legitimate expectations, legal certainty and proportionality where an aid measure is unlawful.

²⁹ Case 223/85 *RSV*, EU:C:1987:502, para. 17.

³⁰ Case C-372/97 *Italy/Commission*, EU:C:2004:234, para. 117, C-298/00 P *Italy/Commission*, EU:C:2004:240, para. 90.

³¹ V. Kreuzschitz [in:] H. Hofmann, C. Micheau (eds), *State Aid Law of the European Union* (OUP, Oxford 2016), p. 453.

³² Case C-333/07 *Régie Networks*, EU:C:2008:764, para. 123.

³³ D. Grenspan and Á. Pelin [in:] N. Pesaresi, K. van de Castele, L. Flynn and C. Siaterli (eds), *EU Competition Law Vol. IV- State Aid* (Claeys&Casteels, Deventer 2016), p. 1495, suggest that exceptional circumstances exist *inter alia* where the Commission cannot order recovery contrary to a general principle of EU law (Article 16(1), second sentence of the Procedural Regulation). This

Lastly, as far as preliminary rulings on validity are concerned, and where there is a parallel Commission decision on recovery, a beneficiary of unlawful aid against whom a national court orders recovery on the basis of Article 108(3), third sentence TFEU, may not plead for that court to make a preliminary reference to the ECJ on validity of the recovery decision where he or she undoubtedly could have challenged that decision him- or herself, yet declined to do so. Such preliminary references will be inadmissible³⁴. In a recent decision in C-627/18 *Nelson Antunes da Cunha*, the Court found that, by virtue of the principle of effectiveness, national limitation periods that may have expired either before the Commission found the aid to be unlawful, or after the Commission ordered recovery due to a delay on the part of the national authorities in implementing the decision on recovery, must be set aside by the competent national court acting *ex officio*³⁵. Furthermore, in C-212/19 *Ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation v Compagnie des pêches de Saint-Malo*, it was held that the social character of aid does not prevent it from being deemed "State aid" for the purposes of Article 107(1) TFEU³⁶. Lastly, Article 106(2) TFEU – and the nature of a SGEI – have been deemed insufficient, by themselves, to prevent Article 108(3), third sentence to apply. Even where there would be a SGEI financed by State aid that would have been compatible with the internal market, that alone does not relieve Member States from their duty to comply with the standstill obligation and to notify such aid, unless covered by appropriate exemptions. In addition, the Court confirmed that the standstill obligation is unimpeded by passing the aid over to third parties, and by receiving it from public undertakings³⁷.

suggestion is now doubtful given that the ECJ opted to dissociate the Procedural Regulation and the standstill obligation.

³⁴ Case C-188/92 *TWD Textilwerke Deggendorf*, EU:C:1994:90, para. 17, case C-135/16 *Georgsmarienhütte*, EU:C:2018:582, para. 43 and operative part.

³⁵ Judgment of the Court of 30 April 2020, case C-627/18 *Nelson Antunes da Cunha, Lda v Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas IP (IFAP)*, EU:C:2020:321, para. 52 and 61, operative part.

³⁶ Judgment of the Court (Second Chamber) of 17 September 2020, case C-212/19 *Ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation v Compagnie des pêches de Saint-Malo*, EU:C:2020:726, para. 41.

³⁷ Judgment of the Court of 24 November 2020, case C-445/19 *Viasat Broadcasting UK Ltd v TV2/Danmark A/S and Kingdom of Denmark*, EU:C:2020:952, para. 43 (“(...) the obligation, for the recipient of unlawful aid, to pay illegality interest in respect of that aid, even if the recipient is an undertaking entrusted with the operation of a service of general economic interest in accordance with Article 106(2) TFEU”), and 51 (“(...) to aid which that recipient has transferred to affiliated undertakings and to aid received by it from a publicly controlled undertaking”).

Conclusions

The analysis carried out above turned out to find that the standstill obligation does have a horizontal dimension, and that certain findings of the ECJ in *SFEI* are outdated. However, the position of the beneficiary is different in that there are no specific remedies under EU law for him or her, and the possibility of successful defence against recovery of unlawful aid is severely limited. It would be important for the clarity and legal certainty of individuals subject to the European Union law of State aid if the Court were to expand its jurisprudence and expressly confirm the horizontal direct effect of the standstill obligation. Recent case-law shows that Article 108(3) TFEU is to apply independently of the 2015/1589 Procedural Regulation. The same case-law clarified that all Member State authorities are under a duty to apply the standstill obligation, which includes inverse vertical direct effect of Article 108(3), third sentence TFEU³⁸. The national courts remain the primary enforcers of direct effect of the standstill obligation, but all national authorities are called to apply it within the ambit of their powers. Authorities that granted unlawful aid must recover it *ex officio*. While national courts should take notice of the Commission's decisions on aid, the ECJ is willing to afford them certain latitude, in particular where claims for damages are concerned. The ECJ should also expressly update its position on claims of damages against the beneficiary; it is simply not convincing to speak of specific obligations on part of the recipient of aid and still insist that there is no sufficient basis for claims for damages against him or her. Given the recent developments in the case-law, it would also be helpful if the Commission drafted a new version of its 2009 Notice on the enforcement of State aid law by national courts³⁹. The current 2019 Recovery Notice does not address the issue of the standstill obligation before national courts at length, so an additional update of that Notice would also be useful. As far as the current 2019 Recovery Notice does refer to national courts, it only makes such references in the context of the *Zuckerfabrik-Atlanta* case-law, and only in so far as the prospective beneficiary would have to contest the Commission's recovery decision⁴⁰. A clear-cut solution to the problems with private enforcement of State aid law would be either an amendment of the Procedural Regulation and the Enabling Regulation in order to introduce specific rules for private enforcement under secondary law,

³⁸ Case C-654/17 P *Bayerische Motoren Werke*, EU:C:2019:634, para. 139.

³⁹ Something the Commission aims to do, see https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021_sa_enforcement_notice/index_en.html (accessible as of 01.04.2021).

⁴⁰ The Commission's 2019 Recovery Notice, para. 144.

or adoption of a separate regulation by the Council under Article 109 TFEU that would provide a detailed legal basis for the private enforcement of Article 108(3), third sentence TFEU. Lastly, the ECJ should abandon its position in *A-Fonds* in that the need of protecting the powers of the Commission to assess the compatibility of aid is somehow “more important” than the protection of the directly effective rights of individuals. That position amounts to no more than a denial of justice and places excessive emphasis on the need to safeguard the powers of the Commission.

Literature

- Bacon K. (ed), *European Union Law of State Aid*, Oxford 2017.
- Derenne J., Müller-Rappard A., Kaczmarek C. (eds), *Enforcement of EU State Aid Law at National Level*, Berlin 2010.
- Hofmann H., Micheau C. (eds), *State Aid Law of the European Union*, Oxford 2016.
- Nemitz P. (ed.), *The Effective Application of EU State Aid Procedures – The Role of National Law and Practice*, Alphen aan den Rijn 2007.
- Ortiz-Blanco L. (ed.), *EU Competition Procedure*, Oxford 2013.
- Pesaresi N. (ed.) et al., *EU Competition Law Vol. IV- State Aid*, Deventer 2016.
- Quigley C., *European State Aid Law and Policy*, Oxford 2015.
- Säcker F., Montag F. (eds), *European State Aid Law*, München 2016.
- Santa Maria A. (ed), *Competition and State Aid – An Analysis of the EU Practice, 2nd Edition*, Aalphenaan den Rijn 2015.