FORUM PRAWNICZE

NUMER 2 (16)
KWIECIEŃ 2013

Spis treści

WYWIAD

3 **Wywiad z prof. Christianem Hillgruberem**

ARTYKUŁY

Dariusz Walencik
8 **Przetwarzanie danych osobowych przez związki wyznaniowe a uprawnienia Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych**

Radosław Zyzik
23 **Dowody neuronaukowe w polskim prawie dowodowym**

Jan Rudnicki
35 **Rola formy testamentu. Uwagi na tle porównawczym**

Błażej Kmieciak
45 **Instytucje ochrony praw pacjenta w Polsce**

RECENZJE

Joanna Haberko
61 **Trudny wybór pacjenta. Recenzja książki Marii Boratyńskiej *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania***

Maria Boratyńska
68 **Odpowiedź na recenzję**

ORZECZNICTWO

Marcin Stębelski
72 **Przegląd orzecznictwa – prawo konstytucyjne**

Anna Michalak
79 **Przegląd orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej**

Anna Chmielarz-Grochal, Jarosław Sułkowski
88 **Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu**

Wojciech Piątek (red.), Jan Olszanowski, Marcin Pawlicki
95 **Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne**

Jerzy Pisuliński (red.), Michał Kućka
99 **Przegląd orzecznictwa – prawo prywatne**

Paweł Wiliński
106 **Przegląd orzecznictwa – prawo karne**

Zasady składania materiałów do „Forum Prawniczego”

Redakcja „Forum Prawniczego” przyjmuje następujące teksty:

1) **artykuły** – materiały powinny mieć objętość do 60 000 znaków. Do artykułu należy dołączyć krótkie streszczenie w języku angielskim (maksymalnie 1500 znaków).

2) **recenzje** – powinny dotyczyć publikacji, które ukazały się nie wcześniej niż rok (w przypadku publikacji polskich) lub dwa lata (w przypadku publikacji zagranicznych) przed oddaniem recenzji do redakcji. Recenzje powinny mieć objętość do 9000 znaków.

3) **glosy** – powinny dotyczyć orzeczeń, które w istotny sposób rozwijają lub zmieniają dotychczasową linię orzecznictwa, a także orzeczeń podejmujących problemy dotychczas niestanowiące przedmiotu zainteresowania judykatury. Glosy powinny mieć objętość do 30 000 znaków.

Prosimy także o dołączenie zdjęcia oraz krótkiej notki biograficznej o autorze (imię i nazwisko, stopnie i tytuły naukowe oraz zawodowe, dorobek naukowy, zajmowane stanowiska).

Materiały należy przesyłać w formie elektronicznej na adres: redakcja@forumprawnicze.eu.

Teksty podlegają procedurze oceny merytorycznej, po zakończeniu której autor otrzymuje decyzję redakcji o ich przyjęciu albo odrzuceniu.

FORUM PRAWNICZE

Numer 2(16) | Kwiecień 2013
Dwumiesięcznik
ISSN: 2081-688X

WYDAWCA
Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Dobra 27/35
00-344 Warszawa

RADA PROGRAMOWA
Przewodniczący: prof. Jerzy Stelmach
prof. Martin Avenarius
prof. Petr Blaho
prof. Bartosz Brożek
prof. Zbigniew Cieślak
prof. Tomasz Giaro
prof. Joseph Hoffmann
prof. Sang Yong Kim
prof. Małgorzata Korzycka-Iwanow
prof. Jarosław Majewski
prof. Marek Michalski
prof. Artur Nowak-Far
prof. Aurelia Nowicka
prof. Jerzy Pisuliński
prof. Michał Romanowski
prof. Grażyna Skąpska
prof. Andrzej Skoczylas
prof. Bogdan Szlachta
prof. Piotr Tuleja
prof. Daniil Tuzov
ks. prof. Krzysztof Warchałowski
prof. Paweł Wiliński

ZESPÓŁ REDAKCYJNY
Redaktor naczelny: prof. Wojciech Dajczak
Sekretarz redakcji: mgr Krzysztof Szczucki
Redaktorzy tematyczni:
ks. prof. Franciszek Longchamps de Bérier – historia i filozofia prawa
dr hab. Michał Królikowski – prawo karne
dr Adam Szafrański – prawo administracyjne i konstytucyjne
dr Leszek Bosek – prawo prywatne

OPRACOWANIE REDAKCYJNE
Anna Kowalik
Skład: Janusz Świnarski
Przekład streszczeń: Anna Paszek
Projekt graficzny: item:grafika

ADRES REDAKCJI
Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Dobra 27/35
00-344 Warszawa
www.forumprawnicze.eu
redakcja@forumprawnicze.eu

Wersja papierowa „Forum Prawniczego” ma charakter pierwotny.

Wywiad z prof. Christianem Hillgruberem

Christian Hillgruber

Urodzony w 1963 r. Studia prawnicze w Kolonii. Doktorat na Uniwersytecie w Kolonii (1991) na podstawie dysertacji Ochrona człowieka przed samym sobą *(*Der Schutz des Menschen vor sich selbst*). Asystent na Uniwersytecie w Kolonii oraz pracownik naukowy w Federalnym Trybunale Konstytucyjnym. Habilitacja (1997) na Uniwersytecie w Kolonii na podstawie rozprawy* Przyjęcie nowych państw do wspólnoty międzynarodowej *(*Die Aufnahme neuer Staaten in die Völkersgemeinschaft*). W latach 1997/1998 wykładowca i profesor prawa publicznego na Uniwersytecie w Heidelbergu. Wykładowca prawa publicznego oraz filozofii prawa na Uniwersytecie w Norymberdze (1998–2002). W 2002 r. objął katedrę prawa publicznego na Reńskim Uniwersytecie Fryderyka Wilhelma w Bonn. Specjalizuje się w zakresie prawa państwowego, międzynarodowego, ustrojowego prawa europejskiego oraz filozofii państwa i prawa.*

M.St.: Panie Profesorze, od wielu lat zajmuje się Pan problematyką prawnej ochrony życia ludzkiego. W ubiegłym roku gościł Pan na Uniwersytecie Warszawskim na międzynarodowej konferencji poświęconej doktrynalnym podstawom i prawnym uwarunkowaniom ochrony życia ludzkiego w fazie prenatalnej. Nawiązując do tej tematyki, chciałbym zapytać Pana, jakie wyzwania stoją obecnie przed prawnikami podejmującymi działania w dziedzinie prawnej ochrony życia ludzkiego od poczęcia do naturalnej śmierci. Na czym powinna polegać tego rodzaju ochrona?

Ch.H.: W przemówieniu wygłoszonym w dniu 22 września 2011 roku w Bundestagu papież Benedykt XVI zobrazował największe wyzwanie dzisiejszych czasów, mówiąc, że człowiek może zniszczyć świat i może też światem manipulować. Może poniekąd także tworzyć innych ludzi, a także usuwać z człowieka jego człowieczeństwo. W nawiązaniu do tego uważam, że jest konieczne, by poprzez prawo trwale utrzymać kondycję człowieka. Mówiąc językiem prawa konstytucyjnego: chodzi o to, aby respektować i chronić godność człowieka.

M.St.: Ale czy ustawodawca może kształtować postawy obywateli i wpływać na ich poglądy? Na ile takie działanie – Pana zdaniem – jest efektywne?

Ch.H.: Ustawodawca w wolnościowym państwie konstytucyjnym nie może w żadnym razie podejmować prób wychowywania dorosłych ludzi. Musi zaakceptować ludzi takimi, jacy są – słabych i zdolnych do upadków. Rozwiązania normatywne nie mogą także osłabiać świadomości prawnej jednostek. Jakkolwiek niekiedy ustawodawca może, a czasami nawet powinien posługiwać się mechanizmem ograniczania praw i wolności jednostek, po to, aby gwarantować prawa i wolności innych podmiotów, zwłaszcza gdy chodzi o fundamentalne prawo do życia i wolności.

M.St.: Jakie według Pana argumenty przemawiają za ochroną prawa do życia każdego człowieka od poczęcia do naturalnej śmierci?

Ch.H.: Gdy ktoś istnieje, istnieje zawsze od początku i – jak

Wywiad z prof. Christianem Hillgruberem przeprowadził dr Marcin Stębelski w styczniu 2013 r.

to mówi Robert Spaemann – w pełni prawa. Z przedmiotu, a więc z „czegoś" nie może powstać podmiot – „ktoś". Rozwój człowieka od zapłodnienia komórki jajowej do fazy życia dorosłego to kontinuum, bez prawnie doniosłych cezur. Nie jest to rozwój, *aby* zostać istotą ludzką, lecz rozwój *tejże istoty*. W szczególności narodziny nie stanowią znaczącego przełomu dla statusu „bycia człowiekiem". Wszak już wcześniej owo człowieczeństwo stało się wyraźnie widoczne – ludzki embrion nie jest przecież postacią z bajki, która dopiero po jakiejś niepojętej metamorfozie przeobraża się w końcu w człowieka. Embrion jest już w całości człowiekiem – jednym i tym samym, choć we wczesnej fazie rozwoju. Wiemy o tym od dawna i ta wiedza musi kształtować naszą etykę oraz prawo, gdzie winniśmy okazać tej wiedzy odpowiedni szacunek – i poddać ludzkie życie odpowiedniej ochronie.

M.St.: Zgodnie z art. 1 ustawy zasadniczej RFN godność człowieka jest nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem wszelkich władz państwowych. Jak w niemieckiej doktrynie prawa rozumiana jest zasada godności wyrażona w tym przepisie?

Ch.H.: Gwarancja ochrony godności ludzkiej jest przeważnie interpretowana jako skierowany – zarówno do państwa, jak i do jednostek – zakaz przedmiotowego traktowania ludzi, pozbawienia niektórych z nich statusu istoty ludzkiej, czy też dysponowania nimi według własnego uznania – niczym przedmiotem, rzeczą. Mówiąc terminologią Kantowską: człowiek musi pozostać celem samym w sobie, przez co zapewnia sobie immanentną godność. Nie może stać się środkiem do osiągania innych celów. Jednakże ostatnio w Niemczech taka interpretacja poddawana jest dość rozpowszechnionej krytyce, odnoszącej się do tzw. formuły podmiotowej (niem. *Objektformel*) jako rdzenia gwarancji ochrony godności ludzkiej. Wskazuje się, że z uwagi na coraz to nowe zagrożenia należałoby sformułować na nowo zasadę godności oraz skutki prawne z nią związane.

Z przedmiotu, a więc z „czegoś" nie może powstać podmiot – „ktoś". Rozwój człowieka od zapłodnienia komórki jajowej do fazy życia dorosłego to kontinuum, bez prawnie doniosłych cezur.

Nowe ujęcie tej kwestii, zaproponowane przez mojego ucznia Christopha Goosa, odnosi się do historii powstania art. 1 ustawy zasadniczej. Uważa on, że godność człowieka została uchwycona w tym przepisie z perspektywy „ja" każdego człowieka. Dlatego nie można jej ograniczyć do swobody sumienia. Rozciąga się ona także na swobodę odczuwania, cierpienia, doświadczania. Tak rozumiana godność przysługuje każdemu człowiekowi – tak narodzonemu, jak i nienarodzonemu, tak choremu, jak i zdrowemu.

M.St.: Użył Pan pojęcia formuły podmiotowej. Czy mógłby Pan je wyjaśnić?

Ch.H.: Określenie „formuła podmiotowa" zostało użyte przez specjalistę w dziedzinie prawa państwowego Günthera Düriga. Do tej formuły nawiązywał Federalny Trybunał Konstytucyjny (dalej: FTK) w jed-

nym z wyroków, wskazując, że wyraża ona zakaz takiego traktowania człowieka przez władzę publiczną, które kwestionowałoby jego podmiotowość, bądź też sam status jednostki jako podmiotu prawa.

M.St.: A w jakich przypadkach FTK odwołuje się do klauzuli godności w swoim orzecznictwie? Czy może Pan podać przykłady takich odwołań?

Ch.H.: Artykuł 1 ust. 1 ustawy zasadniczej chroni poszczególne jednostki przed poniżeniem, szkalowaniem, prześladowaniem, ostracyzmem lub temu podobnymi zachowaniami osób trzecich lub też samego państwa. Federalny Trybunał Konstytucyjny uznał ponadto za naruszenie godności człowieka poświęcenie życia niewinnych ludzi w drodze działań państwowych. Dlatego też sprzeciwił się regulacji prawnej, która przewidywała, że porwany przez terrorystów samolot z pasażerami może zostać zestrzelony, wskutek czego według wszelkiego prawdopodobieństwa pasażerowie ci ponieśliby śmierć.

Federalny Trybunał Konstytucyjny wywiódł także z godności człowieka – w związku z klauzulą państwa socjalnego – materialnoprawne roszczenie o zachowanie minimum egzystencjalnego pozwalającego na godne życie.

M.St.: Czy w orzecznictwie FTK występuje rozróżnienie, które spotykamy w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego (por. np. sprawa K 7/01), zgodnie z którym godność człowieka jako wartość transcendentna i pierwotna względem innych praw nie może być naruszona ani przez prawodawcę, ani przez określone czyny innych podmiotów, ale jednocześnie oprócz tego należy wyróżnić tzw. godność osobową, określaną także mianem prawa osobistości, która ma charakter zbiorczej kategorii obejmującej wartości życia psychicznego każdego człowieka oraz te wszystkie wartości, które określają podmiotową pozycję jednostki w społeczeństwie i które składają się, według powszechnej opinii, na szacunek należny każdej osobie?

Ch.H.: Zgodnie z orzecznictwem FTK obok gwarancji godności człowieka, będącej warunkiem godnego życia człowieka wśród innych ludzi i której nie można naruszyć, występują dalsze gwarancje – swobodnego rozwoju własnej osobowości. Tutaj dokonuje się rozróżnienia na trzy sfery. Na szczególnie chronioną sferę intymną człowieka, nieco mniej chronioną – sferę prywatną oraz podlegającą regulacji prawnej i daleko bardziej „otwartą" – sferę społeczną.

M.St.: Jakie są niemieckie doświadczenia działań zmierzających do ochrony życia ludzkiego od poczęcia do naturalnej śmierci w kontekście istniejących uwarunkowań konstytucyjnych oraz obowiązującego ustawodawstwa? Czy zasada godności ma zastosowanie w codziennej praktyce wymiaru sprawiedliwości, czy też należy ją traktować jako swoisty ornament otwierający tekst ustawy zasadniczej, ale niemający poważniejszego znaczenia?

Ch.H.: Gwarancja poszanowania godności ludzkiej jest traktowana w niemieckim prawie z dużą powagą – jako chronione skargą konstytucyjną prawo podstawowe. Gwarancja ta istotnie oddziałuje na cały niemiecki porządek prawny. Jednak nie ma zgody politycznej ani społecznej na to, aby godność wiązała się z bezwarunkowym szacunkiem i ochroną wobec życia każdego człowieka od chwili poczęcia. Ilustruje to kształt regulacji prawa karnego oraz – chyba bardziej – praktyka orzecznicza.

M.St.: Na czym polega ów brak zgody politycznej widoczny w tej dziedzinie prawa?

Ch.H.: Niemieckie prawo karne uznaje aborcję przeprowadzoną we wczesnej fazie ciąży, po skorzystaniu z obowiązkowego doradztwa w tym zakresie, za bezkarną i pozostawia w tym miejscu kobiecie tzw. ostateczną decyzję (*Letztentscheidung*). Stan świadomości i wiedzy kobiety nie jest w tym przypadku badany. Ponieważ jednak kobieta ciężarna w konflikcie między własnym interesem a interesem dziecka jest jedną ze stron, pomija się – moim zdaniem – kwestię godności człowieka i wywiedzionego z niej prawa do życia, w tym prawa do życia nienarodzonego. Także – nawet jeśli jest to prawnie ograniczone – dopuszczenie diagnostyki preimplantacyjnej neguje godność człowieka i prawo do życia nienarodzonego. Człowiek, także nienarodzony, nie może bowiem zależeć od jakiejkolwiek „kontroli jakości".

M.St.: Pana zainteresowania badawcze obejmują również szeroko rozumianą problematykę prawa państwowego, w tym tematykę związaną z funkcjonowaniem sądów konstytucyjnych. Chciałbym zapytać, jaką Pana zdaniem rolę powinna w dzisiejszych warunkach ustrojowych spełniać konstytucja – jako ustawa zasadnicza. Jak to zagadnienie należy od-

czytywać, biorąc pod uwagę postępujące procesy umiędzynarodowienia zasad konstytucyjnych oraz istnienia zewnętrznych – w stosunku do prawa wewnętrznego i konstytucji – źródeł prawa (np. prawo europejskie)?

Ch.H.: Ustawa zasadnicza jako konstytucja „państwa otwartego" jest najwyższym prawem Republiki Federalnej Niemiec i pozostaje nim także wobec szerokiego zorientowania na współpracę międzynarodową. Konstytucja uwzględnia rolę, jaką dla niemieckiej władzy publicznej odgrywa współpraca zagraniczna oraz integracja europejska. Ustawa zasadnicza przyznaje pierwszeństwo regulacjom prawa konstytucyjnego przed przepisami „zwykłych" ustaw, uznając przy tym ogólne reguły prawa umów międzynarodowych za element systemu podziału władz.

Poza tym na mocy postanowień swej konstytucji Republika Federalna może w celu utrzymania pokoju podporządkować się systemowi wzajemnego i wspólnego bezpieczeństwa, w tym również kognicji sądów arbitrażowych dla pokojowego wyjaśnienia sporów pomiędzy narodami, a także uznaje za sprzeczne z konstytucją działania podjęte w zamiarze zakłócenia pokoju, w szczególności atak wojskowy. Określając hierarchię norm, niemiecka konstytucja (a w tym także jej preambuła) określa Republikę Federalną Niemiec jako równouprawnionego członka społeczności państw, dążących do zachowania międzynarodowego pokoju. Nadto, jak wskazuje Federalny Trybunał Konstytucyjny: „Konstytucja ma na celu integrację Niemiec ze wspólnotą prawną państw wolnych i nastawionych pokojowo, nie rezygnując przy tym z suwerenności, spoczywającej w ostatnim słowie konstytucji" – wyrok FTK – BVerfGE 111, 307 (319).

M.St.: Czy możemy dzisiaj w dalszym ciągu określać sąd konstytucyjny mianem „negatywnego ustawodawcy", czy też należałoby go definiować inaczej? Jaka jest obecnie rola sądu konstytucyjnego, biorąc pod uwagę procesy integracji europejskiej oraz pozycję ustrojową Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE)?

Ch.H.: Federalny Trybunał Konstytucyjny jest w pełnym tego słowa znaczeniu strażnikiem konstytucji. Sprawdza akty innych organów państwowych pod kątem ich zgodności z niemiecką konstytucją. W przypadku braku takiej zgodności FTK może określić poszczególne ustawy jako nieważne. Zadaniem jego nie jest jednak bycie „ustawodawcą zastępczym", gdyż groziłoby to niebezpieczeństwem przeobraże-

> **Człowiek, także nienarodzony, nie może zależeć od jakiejkolwiek „kontroli jakości".**

nia państwa o parlamentarnym modelu tworzenia prawa – w państwo prawne jurysdykcyjne z legislacją znajdującą się w rękach sądu konstytucyjnego. W związku z trwającym procesem integracji europejskiej Federalny Trybunał Konstytucyjny uzyskał podwójne zadanie. Z jednej strony polega ono na utrzymywaniu konstytucyjnej tożsamości prawa, z zastrzeżeniem ochrony suwerenności Niemiec i demokratycznego charakteru państwa (tzw. kontrola jednolitości). Z drugiej zaś strony Trybunał zapobiega przekraczaniu kompetencji, w szczególności przez Unię Europejską (tzw. kontrola kompetencyjna, *ultra vires*), co zresztą przynosi pewne napięcia związane z „konkurencją" z TSUE.

M.St.: Czy mógłby Pan podać przykłady takich napięć oraz wskazać, w jaki sposób są one obecnie niwelowane?

Ch.H.: Zarówno FTK jak i TSUE uznają siebie za sądy ostatecznych orzeczeń. Federalny Trybunał Konstytucyjny twierdzi, że to jedynie on może definitywnie orzec, czy prawo europejskie znajduje zastosowanie w Republice Federalnej. Tylko w takiej sytuacji, w której niemiecki organ konstytucyjny posiada prawo do „ostatniego zdania", niemieckie państwo pozostaje jeszcze suwerenne. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej obstaje przy tym – co z jego perspektywy jest zrozumiałe – że prawo europejskie w państwach członkowskich powinno obowiązywać jednolicie i znajdować na ich terenie zastosowanie. Ten konflikt

jest ostatecznie nierozwiązywalny. Może być on jednak złagodzony przez dialog, wymagający udziału dwóch stron, tak aby nie doszło do skandalizującej konfrontacji. Niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny skierował pojednawcze słowa i wyraził gotowość do współpracy. Teraz pozostaje sprawą Trybunału Sprawiedliwości UE dokonywanie takiej wykładni prawa europejskiego, która uwzględniałaby pozostające w rękach państw członkowskich kompetencje.

M.St.: Na koniec miałbym pytanie z innego zakresu, nawiązujące do Pana naukowych zainteresowań dotyczących stosunków państwo–kościół. Wiadomo, że obecnie w Niemczech obowiązuje zasada przyjaznego rozdziału państwa od kościołów i związków wyznaniowych, czy jednak w związku z rosnącymi wpływami islamu, który nie uznaje tak rozumianego rozdziału, model niemiecki nie jest zagrożony?

Ch.H.: W rzeczywistości integracja wspólnot muzułmańskich stawia wypróbowane niemieckie prawo wyznaniowe, określające relację między państwem a wspólnotami religijnymi, pod znakiem zapytania. Współpraca ze wspólnotami muzułmańskimi musi być oparta o jasne i niepozostawiające wątpliwości podstawy wolnościowego państwa konstytucyjnego i prawa wyznaniowego. Totalitarne roszczenie, nieuznające świeckości i racjonalności państwa, musi zostać zdecydowanie odrzucone.

M.St.: Jaka jest Pańska ocena funkcjonowania modelu relacji państwo–kościół zakładającego finansowanie związków wyznaniowych z podatków obywateli? W Polsce rozważa się wprowadzenie takiego modelu, dlatego też interesują mnie doświadczenia niemieckie w tym zakresie.

Ch.H.: Podatek kościelny jest z jednej strony źródłem pewnych przychodów kościoła, także w czasach odchodzenia od wiary. Zarazem stanowi to zagrożenie, że kościół nazbyt mocno będzie polegał na tym źródle. W centrum musi zawsze pozostawać przekazywanie niezafałszowanej nauki. Wszystkie instytucjonalne i finansowe kwestie są właściwie drugorzędne. To miał na myśli papież Benedykt XVI, gdy mówił o konieczności odcięcia się przez Kościół od zeświecczenia (*Entweltlichung*). Kościół nie może przez współpracę z państwem popadać w zależność od niego, która powstrzymywałaby go od właściwego sprawowania służby Bogu i ludziom. Pewnym rozwiązaniem, prowadzącym do uwolnienia, mogłoby być zatem odejście od podatku kościelnego. Prawdopodobne zubożenie kościoła nie powinno go jednak powstrzymywać od podjęcia kroków, które byłyby niezbędne ze względu na konieczność kontynuowania mandatu głoszenia doktryny. Z drugiej strony zmiana systemu finansowania z podatku kościelnego na dobrowolne ofiary wiernych nie może odbyć się z dnia na dzień, lecz powinna być przeprowadzona ostrożnie, aby nie spowodować spalenia na panewce całego przedsięwzięcia.

M.St.: Bardzo dziękuję za rozmowę.

Dariusz Walencik

Przetwarzanie danych osobowych przez związki wyznaniowe a uprawnienia Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych

Dariusz Walencik

Prof. nadzw. Uniwersytetu Opolskiego, dr hab. nauk prawnych, kierownik Zakładu Prawa Wyznaniowego Wydziału Prawa i Administracji UO, członek Zarządu Polskiego Towarzystwa Prawa Wyznaniowego, redaktor naczelny „Przeglądu Prawa Wyznaniowego". Autor kilkudziesięciu publikacji z zakresu prawa wyznaniowego, konstytucyjnego i kanonicznego.

Processing of personal data by religious denominations versus the powers of the Inspector General for the Protection of Personal Data

People who have actually withdrawn from a religious denomination are entitled to make a written demand requiring that this religious denomination should stop processing their personal data and include the relevant information in the appropriate register (for example, in the baptismal register). In such a situation, the internal law of this religious denomination should define the procedure required in the exercise of control powers (pertaining to information and rectification) by those people, which follows from the provisions of the act on the protection of personal data. A religious denomination has the exclusive right to determine its internal relations with its members or persons who have regular contact with it, which means that these relations fall outside the competence of the Inspector General for the Protection of Personal Data and courts as bodies of the state. However, a religious denomination has to guarantee the exercise of control powers by people whose data it processes. Put differently, it is obliged to develop a suitable procedure regulating the abandonment of processing personal data. The Inspector General for the Protection of Personal Data, for his part, is entitled to ask religious organisations for an explanation as to whether such a procedure has been introduced. If not, he should signal the irregularities in their processing of personal data. This solution guarantees both the inviolability of the doctrine of religious denominations by state bodies and the exercise of rectification powers by persons whose data are processed by religious denominations. However, it is legitimate to make a proposal de lege ferenda that this procedure should be included in the provisions of the act on the protection of personal data, which is an act of generally applicable law.

Wstęp

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych[1] (dalej: u.o.d.o.) reguluje prawne podstawy ochrony przed nielegalnym przetwarzaniem danych osobowych przez zarówno podmioty prawa publicznego, jak i podmioty prawa prywatnego[2]. W celu realizacji tych uprawnień organ ochrony danych osobowych został wyposażony w kompetencje władcze, umożliwiające mu sankcjonowanie stwierdzanych nieprawidłowości w procesie przetwarzania danych osobowych. Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych (GIODO) może więc – w drodze decyzji administracyjnej – nakładać stosowne nakazy bądź zakazy, których celem jest przywrócenie stanu zgodnego z prawem. Jednak wydanie decyzji merytorycznej możliwe jest jedynie wówczas, gdy ingerencja organu jest w ogóle dopuszczalna, gdyż nie każdy stan faktyczny na stosowanie wspomnianej ochrony prawnej pozwala. Organ ochrony danych osobowych jest bowiem zobowiązany do merytorycznego rozstrzygania tylko w tych sytuacjach, w których przepisy ustawy o ochronie danych osobowych pozwalają mu na wydanie odpowiedniego zakazu bądź nakazu. Zatem GIODO, oceniając stan sprawy i dokonując przyporządkowania stanu faktycznego do normy prawnej, winien stwierdzić w pierwszej kolejności, czy kwestionowane przetwarzanie danych osobowych pozwala mu na władczą ingerencję, w dalszej kolejności zaś, czy znajduje oparcie choćby w jednej z legalnych podstaw przetwarzania danych osobowych, i w zależności od występujących w sprawie ustaleń – albo wydać nakaz lub zakaz, albo odmówić uwzględnienia wniosku, ewentualnie umorzyć postępowanie[3].

Osoby, które kierują do Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych skargę na niezgodne z prawem przetwarzanie ich danych osobowych przez organy osób prawnych Kościoła katolickiego (ale też i innych związków wyznaniowych) w związku ze złożonym przez nie oświadczeniem o „wystąpieniu" z Kościoła, oczekują, by GIODO doprowadził do sprostowania ich nieaktualnych danych osobowych w trybie art. 14 pkt 2 u.o.d.o., wydając w tym względzie decyzję administracyjną na podstawie art. 12 pkt 2 i art. 32 ust. 1 pkt 6 u.o.d.o. Z punktu widzenia interesu skarżących zasadne jest postawienie pytania, dlaczego polski ustawodawca, mocą powołanych wyżej przepisów, wykluczył w tych sprawach merytoryczną ingerencję organu ochrony danych osobowych.

1. Przetwarzanie danych osobowych przez związki wyznaniowe w świetle prawa wspólnotowego

W art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE)[4] wskazano wartości leżące u podstaw Unii, a tym samym określono wiążące zasady, które w jej działalności powinny być przestrzegane i realizowane. Zgodnie z tym przepisem „Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Wartości te są wspólne Państwom Członkowskim w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidar-

1 Tekst jedn. Dz.U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 z późn. zm.

2 W Polsce, w przeciwieństwie do Niemiec, przyjęto konstrukcję podmiotowości prawnej kościołów i innych związków wyznaniowych typową dla prawa cywilnego. Są one zatem osobami prawnymi prawa prywatnego, ze wszystkimi konsekwencjami tego faktu. O ustroju tych osób prawnych, jak również szczegółowych kompetencjach ich organów decydują reguły ustalane przez dany kościół lub związek wyznaniowy. W doktrynie prawa można się jednak spotkać z poglądem, że kościoły lub inne związki wyznaniowe są zbliżone konstrukcyjnie do osób prawnych prawa publicznego bądź posiadają ich przymioty. Tak J. Frąckowiak, *Osoby prawne* (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safian, Warszawa 2007, s. 1057; W. Góralski, W. Adamczewski, *Konkordat między Stolicą Apostolską a Rzecząpospolitą Polską z 28 lipca 1993 r.*, Płock 1994, s. 33; J. Krukowski, *Kościół i państwo. Podstawy relacji prawnych*, wyd. 2, Lublin 2000, s. 262–263; tenże, *Polskie prawo wyznaniowe*, wyd. 4, Warszawa 2008, s. 112; H. Misztal, *Osobowość prawna kościołów i innych związków wyznaniowych* (w:) tenże (red.), *Prawo wyznaniowe III Rzeczypospolitej*, Lublin–Sandomierz 1999, s. 105–106. Wystąpienie z organizacji prywatnoprawnych o charakterze członkowskim (np. stowarzyszeń) reguluje w Polsce prawo wewnętrzne tych organizacji.

3 Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 19 grudnia 2011 r., II SA/Wa 2767/11, http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/17F0FCDF7F (dostęp: 25 lipca 2012).

4 Wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 83 z 30.03. 2010.

ności oraz na równości kobiet i mężczyzn". Zasady te zostały także rozwinięte i sprecyzowane w art. 6 TUE[5].

Wyraźne oparcie Unii Europejskiej na zasadzie poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności wzmocniło gwarancje wolności myśli, sumienia i religii we wspólnotowym porządku prawnym. Nie oznacza to oczywiście, że kwestie dotyczące praw człowieka zostały automatycznie włączone w zakres kompetencji instytucji wspólnotowych. Traktat lizboński na mocy art. 2 pkt 30 dodał do Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)[6] artykuł 16c ust. 1 w brzmieniu „Unia szanuje status przyznany na mocy prawa krajowego kościołom i stowarzyszeniom lub wspólnotom religijnym w Państwach Członkowskich i nie narusza tego statusu". Należy przy tym zauważyć, że treść tego przepisu powinna być wyjaśniana z uwzględnieniem postanowień zawartych w tytule I części pierwszej TFUE (*Kategorie i dziedziny kompetencji Unii*).

Zdaniem Piotra Stanisza i Pawła Sobczyka „[s]formułowania »szanuje«, »nie narusza« wyznaczają wyraźną granicę ingerencji Unii Europejskiej w prawo i praktykę państw członkowskich. Jest to zobowiązanie skierowane przez państwa członkowskie do instytucji Unii Europejskiej, odnoszące się przede wszystkim do ich działalności prawodawczej. Prawo pochodne Unii Europejskiej nie może zatem decydować o statusie kościołów i innych organizacji religijnych. W tym zakresie jedynie właściwi pozostają prawodawcy krajowi. Do podobnych wniosków prowadzi również uwzględnienie traktatowych postanowień, które określają kompetencje Unii Europejskiej (zwłaszcza art. 3–6 TFUE). Zgodnie z tymi postanowieniami żadna z kategorii kompetencji przyznanych Unii przez państwa członkowskie (nie tylko kompetencje wyłączne, ale również kompetencje dzielone i wspierające) nie obejmuje takiej dziedziny jak religia czy relacje państwo–związki wyznaniowe. Trzeba przy tym podkreślić, że nie chodzi jedynie o status przyznany tym podmiotom w przeszłości (taki wniosek można byłoby wyprowadzić z tekstu polskiego). Reguła ta dotyczy również przyszłych rozwiązań krajowych (wyraźnie wynika to np. z wersji angielskiej: *The Union respects and does not prejudice the status under national law of churches and religious associations and communities in the Member States*)"[7].

Nie można jednak nie dostrzec, że podmioty wyznaniowe (nawet jeśli tylko incydentalnie) podejmują działalność również w zakresach wyraźnie objętych kompetencjami Unii Europejskiej. Uwzględniając cele Unii oraz utrwaloną już praktykę jej instytucji, nie można mieć wątpliwości, że w takich przypadkach – na zasadzie swego rodzaju wyjątku od reguły określonej w tym przepisie – również „kościoły i stowarzyszenia lub wspólnoty religijne" będą podlegać normom unijnego prawa pochodnego. Przykład stanowi Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych oraz swobodnego przepływu tych danych[8] (dalej: dyrektywa 95/46). Zakazano w niej przetwarzania danych, z których wynikają wiadomości dotyczące przekonań religijnych lub filozoficznych danej osoby, chyba że zainteresowana osoba, mając taką możliwość, wyrazi na to zgodę. Jednocześnie przyjęto, że zakaz ten nie ma zastosowania wówczas, gdy dane są przetwarzane m.in. przez podmioty mające charakter religijny i niedziałające dla zysku, w ramach realizowanych przez nie celów. Warunkiem koniecznym jest, aby przetwarzane dane dotyczyły wyłącznie członków danej wspólnoty religijnej lub osób mających z nią stałe kontakty oraz aby dane te nie były komunikowane osobom trzecim (art. 8). Przepisy dyrektywy 95/46 zostały uwzględnione przy uchwalaniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych.

Traktat lizboński wprowadził także na mocy art. 2 pkt 29 zmianę do Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (obecnie Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) polegającą na dodaniu art. 16b (który zastąpił art. 286) w brzmieniu: „1. Każda osoba ma prawo do ochrony danych osobowych jej dotyczących. 2. Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, określają zasady

5 Por. P. Stanisz, P. Sobczyk, *Opinia prawna dotycząca konsekwencji wejścia w życie Traktatu z Lizbony dla polskiego prawa wyznaniowego*, „Przegląd Prawa Wyznaniowego" 2011, t. 3, s. 221.

6 W wersji skonsolidowanej (Dz.Urz. UE C 83 z 30.03.2010) jest to art. 17.

7 P. Stanisz, P. Sobczyk, *Opinia prawna*…, dz. cyt., s. 218.

8 Dz.Urz. WE L 281 z 23. 11. 1995.

dotyczące ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych przez instytucje, organy i jednostki organizacyjne Unii oraz przez Państwa Członkowskie w wykonywaniu działań wchodzących w zakres zastosowania prawa Unii, a także zasady dotyczące swobodnego przepływu takich danych. Przestrzeganie tych zasad podlega kontroli niezależnych organów. Zasady przyjęte na podstawie niniejszego artykułu pozostają bez uszczerbku dla zasad szczególnych przewidzianych w artykule 25a Traktatu o Unii Europejskiej".

Stosownie do przepisu art. 3 ust. 2 tiret pierwsze dyrektywy 95/46 nie ma ona zastosowania do przetwarzania danych osobowych w ramach działalności wykraczającej poza zakres prawa Wspólnoty, jak np. dane, o których stanowi tytuł V i VI TUE, a w żadnym razie do działalności na rzecz bezpieczeństwa publicznego, obronności, bezpieczeństwa państwa (łącznie z dobrą kondycją gospodarczą państwa, gdy działalność ta dotyczy spraw związanych z bezpieczeństwem państwa) oraz działalności państwa w obszarach prawa karnego. Z pierwszej części tego przepisu wprost wynika, że dyrektywa wyłącza spod zakresu swego stosowania przetwarzanie danych osobowych w ramach działalności wykraczającej poza zakres prawa Wspólnoty. Skoro zatem prawo Unii Europejskiej nie może decydować o statusie kościołów i innych organizacji religijnych, a Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej[9] gwarantuje rozdział między państwem a związkami wyznaniowymi na zasadzie autonomii każdego w swoim zakresie (art. 25 ust. 3), to nie można przyjąć, by zakresem prawa Wspólnoty (prawa państwa członkowskiego) było objęte przetwarzanie danych osobowych członków związków wyznaniowych lub osób utrzymujących z nimi stałe kontakty przez organy tychże związków wyznaniowych w relacji czysto wewnętrznej. Sfera wewnętrznych relacji związków wyznaniowych i ich członków lub osób utrzymujących z nimi stałe kontakty nie jest bowiem objęta prawem państwa członkowskiego, a tym samym – nie wchodzi w zakres prawa Wspólnoty. Oznacza to, że przetwarzanie przez związki wyznaniowe danych osobowych ich członów lub osób utrzymujących z nimi stałe kontakty w celach statutowych nie podlega kognicji państwowej, a przez to także i wspólnotowej[10]. Na państwach członkowskich – zgodnie z wyrokiem ETS[11] z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-101/01 Lindqvist[12] – spoczywa nie tylko obowiązek wykładni prawa krajowego zgodnie z prawem wspólnotowym, lecz również dbania o to, by nie opierać się na wykładni tekstu prawa wtórnego, która pozostawałaby w konflikcie z prawami podstawowymi chronionymi przez wspólnotowy porządek prawny lub z innymi ogólnymi zasadami prawa wspólnotowego (pkt 87).

Wspomniany wyrok dokonuje także wykładni przepisu art. 3 ust. 2 dyrektywy 95/46. Sprawa Bodil Lindqvist dotyczyła osoby pełniącej funkcję katechetki wolontariusza w jednej z parafii Kościoła Szwecji. Miała ona za zadanie stworzyć stronę internetową – w ramach kursu informatycznego, w którym uczestniczyła. W miejscu swojego zamieszkania i korzystając ze swojego komputera osobistego B. Lindqvist stworzyła wiele stron internetowych, które na jej wniosek zostały połączone linkiem z witryną internetową Kościoła Szwecji. Te strony internetowe służyły do łatwego udostępnienia informacji potrzebnych parafianom, którzy przygotowywali się do konfirmacji: były na nich umieszczone informacje dotyczące B. Lindqvist oraz 18 współpracowników z jej parafii[13]. Nie ulegało wątpliwości, że udostępnione informacje miały charakter danych osobowych, niemniej B. Lindqvist wykonywała świadczenie wolontariatu na rzecz parafii Kościoła Szwecji (projektowała strony internetowe), a zatem pozostawała z tymże Kościołem w relacji

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

10 Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 marca 2012 r., II SA/Wa 2493/11, http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/24D574155A (dostęp: 25 lipca 2012).

11 Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS); wraz z wejściem w życie traktatu lizbońskiego (2009) zmienił nazwę na Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE).

12 Zob. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=-CELEX:62001J0101:EN:HTML (dostęp: 25 lipca 2012).

13 Strony internetowe niekiedy zawierały „całe brzmienie nazwisk, w innych miejscach tylko samo imię. B. Lindqvist opisywała w lekko humorystycznym tonie funkcje pełnione przez poszczególnych kolegów, jak również ich prywatne zainteresowania. W wielu wypadkach wskazywała, jaka jest ich sytuacja rodzinna, numer telefonu lub też podawała dodatkowe informacje" (pkt 13 wyroku).

zewnętrznej. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że działalność, którą podejmowała B. Lindqvist na rzecz tego Kościoła, nie wyłącza stosowania dyrektywy, bowiem działalność niezarobkowa czy nawet religijna, ale taka jak prowadzona przez B. Lindqvist, nie może być traktowana na równi z rodzajami działalności wymienionymi w art. 3 ust. 2 tiret pierwsze dyrektywy 95/46 – jako wykraczająca poza zakres prawa Wspólnoty. Ponieważ była ona prowadzona w relacji zewnętrznej, a tym samym pozwalającej na ingerencję organów władzy publicznej.

2. Przesłanki legalnego przetwarzania danych osobowych przez związki wyznaniowe w unormowaniach prawa polskiego

Zgodnie z art. 27 ust. 2 pkt 4 u.o.d.o. przetwarzanie przez związki wyznaniowe danych osobowych jest dopuszczalne przy spełnieniu następujących kryteriów:

l) gdy dotyczy członków tych związków wyznaniowych oraz osób utrzymujących z nimi stałe kontakty w związku z ich działalnością (kryterium podmiotowe),

W sytuacji, gdy dana osoba – jako członek związku wyznaniowego lub osoba utrzymująca z nim stałe kontakty – chce ze związku wyznaniowego wystąpić, to pozostaje z uprawnionym organem tego związku w relacji czysto wewnętrznej, która wyklucza merytoryczną ingerencję organów władzy publicznej.

Natomiast w sytuacji, gdy dana osoba – jako członek związku wyznaniowego lub osoba utrzymująca z nim stałe kontakty – chce ze związku wyznaniowego wystąpić, to pozostaje z uprawnionym organem tego związku w relacji czysto wewnętrznej, która wyklucza merytoryczną ingerencję organów władzy publicznej. Ponadto dyrektywa 95/46 (pkt 22 preambuły) stanowi, że „Państwa Członkowskie dokładniej sprecyzują w ogłaszanych prawach lub przy wprowadzaniu w życie środków podjętych na podstawie niniejszej dyrektywy ogólne warunki, w których przetwarzanie danych jest zgodne z prawem; w szczególności art. 5 w połączeniu z art. 7 i 8, umożliwia Państwom Członkowskim, niezależnie od zasad ogólnych, zapewnienie szczególnych warunków przetwarzania danych dla poszczególnych sektorów oraz dla różnych kategorii danych objętych art. 8", czyli także dla związków wyznaniowych.

2) gdy jest to niezbędne do wykonywania zadań statutowych przez związki wyznaniowe (kryterium przedmiotowe),

3) gdy zapewnione są pełne gwarancje ochrony przetwarzanych danych (kryterium gwarancyjne)[14].

Kryterium podmiotowe poza osobami należącymi do poszczególnych związków wyznaniowych oraz osobami, które utrzymują stałe kontakty z określonym związkiem wyznaniowym w związku z jego działalnością, spełniają także osoby „ubiegające się o członkostwo" w danym związku wyznaniowym, ale tylko wtedy, gdy „jest niemalże pewne przyjęcie określonej

14 Por. J. Barta, P. Litwiński, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 286–287; A. Mezglewski, *Przetwarzanie danych osobowych* (w:) A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisz, *Prawo wyznaniowe*, wyd. 3, Warszawa 2011, s. 233.

osoby w poczet członków, a w szczególności, gdy osoba ta przeszła wstępny etap naboru”[15]. W doktrynie podkreśla się ponadto, że związki wyznaniowe nie muszą uzyskiwać zgody na zbieranie i przetwarzanie danych swoich członków, ponieważ zgoda ta wynika z samego faktu przynależności do danej wspólnoty religijnej (art. 27 ust. 2 pkt 4 u.o.d.o.). *A contrario*: przetwarzanie przez związek wyznaniowy danych osób nienależących do tego związku, osób nienależących do żadnego związku wyznaniowego, bądź osób deklarujących inne przekonania religijne lub przynależność wyznaniową jest dopuszczalne jedynie za pisemną zgodą tych osób (art. 27 ust. 2 pkt 1 u.o.d.o.)[16].

Odnosząc się do kryterium przedmiotowego, należy zauważyć, że na tę przesłankę związki wyznaniowe mogą powołać się w przypadku, gdy prowadzą działalność o charakterze niezarobkowym, czyli nienastawioną na osiągnięcie korzyści majątkowych, co oczywiście nie wyklucza ubocznego prowadzenia takiej działalności[17].

Ustawa o ochronie danych osobowych, nakładając na administratorów obowiązek zapewnienia pełnych gwarancji ochrony przetwarzanych danych, nie określa jednak, jakiego rodzaju mają to być gwarancje. Należy więc przyjąć, że chodzi o odpowiednie zabezpieczenie danych zarówno w sensie technicznym, jak i organizacyjnym. W przypadku zbiorów ewidencyjnych za wystarczające należy uznać zastosowanie takich zabezpieczeń, które skutecznie uniemożliwiają dostęp do nich osób nieupoważnionych. W przypadku zbiorów gromadzonych w systemie informatycznym zabezpieczenia te muszą być adekwatne do zagrożeń istniejących w związku z tego rodzaju przetwarzaniem danych oraz do aktualnego stanu techniki. Ponieważ ustawowa regulacja jest niepełna, szczegółowe zasady dotyczące realizacji obowiązków związanych z zabezpieczeniem przetwarzanych danych powinny zostać określone w prawie wewnętrznym związków wyznaniowych. Przykładem takiej regulacji są wspomniane wcześniej przepisy Kodeksu prawa kanonicznego z 1983 r., a także instrukcja z 23 września 2009 r. opracowana przez Głównego Inspektora Ochrony Danych Osobowych oraz Sekretariat Konferencji Episkopatu Polski, dotycząca ochrony danych osobowych w działalności Kościoła katolickiego w Polsce[18]. Instrukcja ta, jak słusznie podkreśla się w doktrynie, „nie ma charakteru wiążącego ani w państwowym, ani w kanonicznym porządku prawnym. Posiada ona charakter porozumienia zawartego pomiędzy Konferencją Episkopatu Polski oraz centralnym organem administracji państwowej właściwym do spraw ochrony danych osobowych. (…) Wiąże ona zatem jedynie strony tego porozumienia. Posiada ona także charakter urzędowej wykładni przepisów ustawy o ochronie danych osobowych dokonanej przez organ administracji państwowej i zaakceptowanej przez Sekretariat Konferencji Episkopatu Polski”[19].

3. *Zakres nadzoru GIODO nad przetwarzaniem danych osobowych przez związki wyznaniowe*

Na mocy art. 43 ust. 2 u.o.d.o. w stosunku do zbiorów, o których mowa w ust. 1 pkt 1 i 3 u.o.d.o. oraz zbiorów, o których mowa w ust. 1 pkt 1a tego artykułu, przetwarzanych przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencję Wywiadu, Służbę Kontrwywiadu Wojskowego, Służbę Wywiadu Wojskowego oraz Centralne Biuro Antykorupcyjne, Generalnemu Inspektorowi Ochrony Danych Osobowych nie przysługują uprawnienia określone w art. 12 pkt 2, art. 14 pkt 1 i 3–5 oraz art. 15–18 u.o.d.o. Artykuł 43 ust. 1 pkt 3

15 A. Drozd, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz. Wzory pism i przepisy*, wyd. 3, Warszawa 2007, s. 177.

16 Por. E. Kulesza, *Ochrona danych osobowych a wolność sumienia i wyznania w prawodawstwie polskim* (w:) P. Majer (red.), *Ochrona danych osobowych i prawo do prywatności w Kościele*, Kraków 2002, s. 15.

17 Por. A. Drozd, *Ustawa o ochronie danych osobowych…*, dz. cyt., s. 176; J. Barta, P. Litwiński, *Ustawa o ochronie danych osobowych…*, dz. cyt., s. 286; J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, wyd. 5, Kraków 2011, s. 558.

18 *Ochrona danych osobowych w działalności Kościoła Katolickiego w Polsce. Instrukcja opracowana przez Głównego Inspektora Ochrony Danych Osobowych oraz Sekretariat Konferencji Episkopatu Polski*, „Akta Konferencji Episkopatu Polski” 2009, s. 53–59.

19 A. Mezglewski, *Przetwarzanie danych osobowych…*, dz. cyt., s. 234–235; Por. D. Walencik, *Opinia prawna w sprawie przetwarzania danych osobowych przez związki wyznaniowe w Polsce*, „Przegląd Prawa Wyznaniowego” 2012, t. 4, s. 252–254. Szerzej na temat tej instrukcji zob. A. Mezglewski, *Ochrona danych osobowych w ramach współpracy sądów z uczestnikami postępowania* (w:) R. Sztychmiler, J. Krzywkowska (red.), *Współpraca sądów ze stronami procesowymi i adwokatami*, Olsztyn 2011, s. 13–22.

u.o.d.o. stanowi zaś, iż z obowiązku rejestracji zbioru danych zwolnieni są administratorzy danych dotyczących osób należących do kościoła lub innego związku wyznaniowego, o uregulowanej sytuacji prawnej, przetwarzanych na potrzeby tego kościoła lub związku wyznaniowego. Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych nie ma zatem w stosunku do powyższych instytucji prawa wydawania decyzji administracyjnych ani rozpatrywania skarg w sprawach wykonania przez nie przepisów o ochronie danych osobowych[20]. Konsekwencją powyższych ograniczeń w uprawnieniach kontrolnych GIODO jest również wyłączenie stosowania innych przepisów ustawy, dotyczących procedur kontrolnych oraz przepisów wskazujących na możliwość zastosowania określonych środków prawnych, w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych. Wyłączona jest zatem możliwość zarówno żądania wszczęcia postępowania dyscyplinarnego przeciwko osobom winnym uchybień, jak i nakazania w drodze decyzji administracyjnej przywrócenia stanu zgodnego z prawem[21]. Natomiast GIODO może występować do podmiotów wyznaniowych o wyjaśnienia (ustne lub pisemne), może sygnalizować nieprawidłowości w przetwarzaniu przez nie danych osobowych, a w przypadku uzasadnionego podejrzenia naruszenia przepisów karnych kierować do właściwych organów zawiadomienia o możliwości popełnieniu przestępstwa (art. 12 pkt 1, art. 14 pkt 2, art. 19 u.o.d.o.)[22]. Tym samym należy przyjąć, że uprawnienia GIODO w stosunku do danych administrowanych przez związki wyznaniowe zostały ograniczone, ale nie całkowicie wyłączone. Ponadto skutkiem ustawowego ograniczenia kompetencji kontrolnych GIODO (łącznie z ograniczeniem możliwości stosowania procedur administracyjnych) w odniesieniu do danych administrowanych przez instytucje wyznaniowe jest wyłączenie stosowania przepisów art. 32–35 u.o.d.o.. Zainteresowane osoby realizują zatem w porządku państwowym uprawnienia kontrolne (informacyjne i rektyfikacyjne) w trybie określonym przez prawo wewnętrzne właściwego związku wyznaniowego[23].

4. *Wystąpienie ze związku wyznaniowego a przetwarzanie danych osobowych*

Jak już wspomniano, jedną z przesłanek legalnego przetwarzania danych osobowych przez związki wyznaniowe jest ta, iż poszczególne związki wyznaniowe mogą administrować – bez konieczności uzyskiwania zgody tych osób – jedynie danymi osobowymi swoich członków oraz osób utrzymujących stałe kontakty z danym związkiem wyznaniowym. Pewne problemy z realizacją tej przesłanki mogą rodzić się w następujących sytuacjach:

a) kiedy określona osoba formalnym aktem występuje z danego związku wyznaniowego z jednoczesnym żądaniem zaprzestania przetwarzania swoich danych osobowych,
b) kiedy osoba niebędąca członkiem określonego związku wyznaniowego nawiązała stosunek prawny (małżeństwo, adopcja, kuratela itp.) z osobą należącą do tego wyznania.

Nie ulega wątpliwości, że żądanie zaprzestania przetwarzania danych osobowych wyrażone przez osobę formalnie występującą z danego związku wyznaniowego – jeśli jego prawo wewnętrzne przewiduje taką możliwość – musi skutkować natychmiastowym zaprzestaniem generowania informacji na jej temat w systemach ewidencyjnych i informatycznych tegoż związku wyznaniowego. Natomiast w sytuacji, gdy prawo wewnętrzne danego związku wyznaniowego nie zawiera regulacji dotyczących procedury formalnego wystąpienia z tego związku (doktryna nie przewiduje takiej możliwości), zaprzestanie dalszego przetwarzania danych osoby, która zaniechała utrzymywania kontaktów z tym związkiem wyznaniowym, powinno nastąpić po złożeniu przez tę osobę pisemnego oświadczenia w tej kwestii. Takie rozwiązanie

20 Por. tenże, *Przetwarzanie danych osobowych*…, dz. cyt., s. 235.

21 Por. A. Drozd, *Ustawa o ochronie danych osobowych*…, dz. cyt., s. 295; A. Mezglewski, *Przetwarzanie danych osobowych*…, dz. cyt., s. 235.

22 Por. A. Drozd, *Ustawa o ochronie danych osobowych*…, dz. cyt., s. 295; P. Sobczyk, *Ograniczenia praw podmiotów ze względu na przetwarzanie danych osobowych dotyczących przekonań religijnych i przynależności wyznaniowej*, „Studia z Prawa Wyznaniowego" 2010, vol. 13, s. 156; P. Fajgielski, *Kontrola i audyt przetwarzania danych osobowych*, Wrocław 2010, s. 125; J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych*…, dz. cyt., s. 663.

23 Por. D. Walencik, *Opinia prawna*…, dz. cyt., s. 255–257.

koresponduje z prawem jednostki do samookreślenia siebie. A prawo to oznacza również możliwość zmiany raz przyjętego światopoglądu czy wyznawanej religii. W konsekwencji obejmuje ono prawo swobodnego wystąpienia z grupy religijnej, czy to w celu wstąpienia do innej, czy też w celu pozostania poza jakimikolwiek strukturami wyznaniowymi. Niezgodne z prawem są zatem wszelkie formy zmuszania kogokolwiek do pozostania w ramach jakiejś grupy religijnej[24]. W opisanej sytuacji zainteresowana osoba na mocy dokonanych czynności faktycznych przystępuje do innego związku wyznaniowego, deklaruje inne przekonania religijne lub bezwyznaniowość. Zrozumiałe jest przy tym, że decyzja taka pociąga za sobą utratę uprawnień zarezerwowanych dla członków danego związku wyznaniowego, zgodnie z obowiązującym w jego ramach prawem wewnętrznym. Tak więc prawo wewnętrzne tego związku wyznaniowego nie musi zawierać procedury formalnego podejmowania i komunikowania przez zainteresowanego kompetentnym organom związku wyznaniowego tego typu działań. W tej sytuacji kompetentne organy związku wyznaniowego przyjmują jedynie do wiadomości zaistniałe fakty, co nie stanowi pozbawienia ani nawet ograniczenia w przyjmowaniu danego wyznania, jak i swobody wyrażania przekonań religijnych, bądź areligijnych. Niemniej zainteresowanej osobie przysługuje prawo zgłoszenia żądania zaprzestania dalszego przetwarzania jej danych przez związek wyznaniowy, co wynika z przepisów ustawy o ochronie danych osobowych.

W sytuacji, gdy prawo wewnętrzne danego związku wyznaniowego nie zawiera regulacji dotyczących procedury formalnego wystąpienia z tego związku (doktryna nie przewiduje takiej możliwości), zaprzestanie dalszego przetwarzania danych osoby, która zaniechała utrzymywania kontaktów z tym związkiem wyznaniowym, powinno nastąpić po złożeniu przez tę osobę pisemnego oświadczenia w tej kwestii.

Kodeks prawa kanonicznego (KPK) z 1983 r.[25] w kan. 1086 § 1, 1117 i 1124 używał sformułowania „formalny akt odstąpienia od Kościoła katolickiego" – *actus formalis defectionis ab Ecclesia Catholica*. Sformułowanie to, obce tradycji kanonistycznej i nieprzejęte przez Kodeks kanonów Kościołów wschodnich z 1990 r.[26],

24 Por. art. 53 ust. 2 Konstytucji, art. 1 ust. 2 i art. 2a ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania.

25 *Codex Iuris Canonici auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus*, „Acta Apostolicae Sedis" 1983, s. 1–317; [Kodeks prawa kanonicznego] *Codex iuris canonici*, przekład polski zatwierdzony przez Konferencję Episkopatu, tekst dwujęzyczny, przeł. E. Sztafrowski i komisja naukowa pod red. K. Dynarskiego, Poznań 2008.

26 *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus*, „Acta Apostolicae Sedis" 1990, s. 1033–1363; *Kodeks Kanonów Kościołów Wschodnich. Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus*, przeł. L. Adamowicz, M. Dyjakowska, Lublin 2002.

oznaczało ustanowienie wyjątku od zasady ogólnej zawartej w kan. 11 KPK, tak by ułatwić korzystanie z *ius connubii* (prawa do zawarcia małżeństwa) tym wiernym, którzy oddalili się od Kościoła katolickiego i było bardzo mało prawdopodobne, by zechcieli stosować się do wymaganej *ad validitatem* kanonicznej formy zawarcia małżeństwa, przeszkody różnej wiary czy zakazu zawierania małżeństw mieszanych *sensu largo*[27]. Przepisy zawierające to sformułowanie miały co prawda zastosowanie wyłącznie w kanonicznoprawnej regulacji małżeństwa, niemniej jednak w związku z ich obowiązywaniem powstał zupełnie inny problemem, a mianowicie kwestia skuteczności na forum kościelnym oświadczenia składanego wobec organów państwowych (urzędu stanu cywilnego, sądu państwowego), iż nie jest się już członkiem Kościoła katolickiego i, co za tym idzie, nie podlega się obowiązkowi uiszczania podatku kościelnego. Problem ten szczególnie nabrzmiały jest w Niemczech.

Należy jednak zauważyć, że szczegółową formę wystąpienia ze związku wyznaniowego w Niemczech regulują ustawy poszczególnych krajów związkowych – *Kirchenaustrittgesetze*. Wystąpienia dokonuje się, w zależności od kraju związkowego, poprzez złożenie oświadczenia przed sądem rejonowym, urzędnikiem stanu cywilnego lub notariuszem, co regulują odpowiednie akty prawne[28].

A) Wystąpienie ze związku wyznaniowego w formie oświadczenia składanego przed sądem rejonowym (*Amtsgericht*):
   1) Berlin – ustawa z dnia 30 stycznia 1979 r. o wystąpieniu ze związków wyznaniowych prawa publicznego (*Gesetz über den Austritt aus Religionsgemeinschaften öffentlichen Rechts vom 30. Januar 1979*)[29];
   2) Brandenburgia – rozporządzenie z dnia 28 października 2004 r. o ustaleniu właściwości w sprawie przyjęcia i rozpatrzenia oświadczeń o wystąpieniu z kościoła, związku wyznaniowego lub związku światopoglądowego prawa publicznego (*Verordnung zur Bestimmung der zuständigen Stelle zur Entgegennahme und über die Behandlung von Austrittserklärungen aus einer Kirche, einer Religionsgemeinschaft oder Weltanschauungsvereinigung des öffentlichen Rechts vom 28. Oktober 2004*)[30];
   3) Hesja – heska ustawa z dnia 13 października 2009 r. o uregulowaniu wystąpienia z kościołów, związków wyznaniowych i związków światopoglądowych prawa publicznego (*Hessisches Gesetz zur Regelung des Austritts aus Kirchen, Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaften des öffentlichen Rechts Vom 13. Oktober 2009*)[31];
   4) Nadrenia Północna-Westfalia – ustawa z dnia 26 maja 1981 r. o uregulowaniu wystąpienia z kościołów, związków wyznaniowych i związków światopoglądowych prawa publicznego (*Gesetz zur Regelung des Austritts aus Kirchen, Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsgemeinschaften des öffentlichen Rechts vom 26. Mai 1981*)[32].

B) Wystąpienie ze związku wyznaniowego w formie oświadczenia składanego przed urzędnikiem stanu cywilnego:
   1) Bawaria – wspólne obwieszczenie bawarskich ministerstw spraw wewnętrznych i edukacji z dnia 8 marca 2007 r. – Wystąpienie z kościoła, związku wyznaniowego albo związku światopoglądowego, który jest korporacją prawa publicznego (*Gemeinsame Bekanntmachung der Bayerischen Staatsministerien des Innern und für Unterricht und Kultus vom 8. März 2007 – Austritt aus einer Kirche, Religionsgemeinschaft oder weltanschaulichen Gemeinschaft, die Körperschaft des öffentlichen Rechts ist*)[33];

27 Por. J.I. Arrieta, C.J. Errázuriz M. (w:) P. Majer (red.), *Kodeks Prawa Kanonicznego. Komentarz. Edycja polska na podstawie wydania hiszpańskiego*, Kraków 2011, s. 843.

28 Opracowano na podstawie zestawienia przygotowanego przez mgra Jakuba Cupriaka, doktoranta Uniwersytetu w Bonn.

29 „Gesetz- und Verordnungsblatt Berlin" 1979, s. 183.

30 „Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Brandenburg" 2004, cz. II, s. 886.

31 „Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Hessen" 2009, cz. I, s. 394.

32 „Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen" 1981, s. 260.

33 „Amtsblatt der Bayerischen Staatsministerien für Unterricht und Kultus und Wissenschaft, Forschung und Kunst" 2007, cz. I, s. 173.

2) Hamburg – ustawa z dnia 5 marca 1962 r. o wystąpieniu ze związków wyznaniowych prawa publicznego (*Gesetz über den Austritt aus Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts vom 5. März 1962*)[34].

C) Wystąpienie ze związku wyznaniowego w formie oświadczenia składanego przed urzędnikiem stanu cywilnego lub notariuszem:

1) Badenia-Wirtembergia – § 26 ustawy o poborze podatków przez publicznoprawne związki wyznaniowe w Badenii-Wirtembergii w wersji obwieszczenia z dnia 15 czerwca 1978 r. (*Gesetz über die Erhebung von Steuern durch öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften in Baden-Württemberg in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juni 1978*)[35];

2) Dolna Saksonia – ustawa z dnia 4 lipca 1973 r. o wystąpieniu ze związków wyznaniowych prawa publicznego w Dolnej Saksonii (*Gesetz über den Austritt aus Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts in Niedersachsen vom 4. Juli 1973*)[36];

3) Kraj Saary – ustawa z dnia 30 listopada 1920 r. dotycząca wystąpienia ze związków wyznaniowych prawa publicznego (*Gesetz betreffend den Austritt aus den Religionsgesellschaften öffentlichen Rechts vom 30. November 1920*)[37];

4) Meklemburgia-Pomorze Przednie – § 6 ustawy z dnia 20 października 2008 r. o poborze podatku kościelnego w kraju Meklemburgia-Pomorze Przednie (*Gesetz über die Erhebung von Kirchensteuer im Land Mecklenburg-Vorpommern vom 20. Oktober 2008*)[38];

5) Nadrenia-Palatynat – ustawa krajowa z dnia 12 października 1995 r. o wystąpieniu ze związków wyznaniowych (*Landesgesetz über den Austritt aus Religionsgemeinschaften vom 12. Oktober 1995*)[39];

6) Saksonia – § 3 ustawy z dnia 14 lutego 2002 r. o poborze podatków przez kościoły, związki wyznaniowe i zrównane z nimi stowarzyszenia w Wolnym Państwie Saksonia (*Gesetz über die Erhebung von Steuern durch Kirchen, Religionsgemeinschaften und gleichgestellte Vereinigungen im Freistaat Sachsen vom 14 Februar 2002*)[40];

7) Saksonia-Anhalt – ustawa z dnia 15 kwietnia 1998 r. o wystąpieniu z kościoła (*Kirchenaustrittsgesetz vom 15. April 1998*)[41];

8) Szlezwik-Holsztyn – ustawa z dnia 8 grudnia 1977 r. o wystąpieniu ze związków wyznaniowych w Szlezwiku-Holsztynie (*Gesetz über den Austritt aus Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts in Schleswig-Holstein vom 8. Dezember 1977*)[42].

Szczególna sytuacja zachodzi w najmniejszym kraju związkowym Republiki Federalnej Niemiec – Bremie. Brema, zachowując tradycje głębszego niż w pozostałej części Niemiec rozdziału państwa i związków wyznaniowych, nie zdecydowała się na uregulowanie wystąpienia ze związków wyznaniowych w formie oświadczenia składanego organom państwa. Oświadczenie o wystąpieniu ze związku wyznaniowego w Bremie należy złożyć organom danego związku wyznaniowego. Wystąpienie ze związków wyznaniowych reguluje § 10 ustawy o poborze podatków przez kościoły, inne związki wyznaniowe i związki światopoglądowe w Wolnym Hanzeatyckim Mieście Brema w wersji z dnia 23 sierpnia 2001 r. (*Gesetz über die Erhebung von Steuern durch Kirchen andere Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsgemeinschaften in der Freien Hansestadt Bremen in der Fassung vom 23. August 2001*)[43].

Należy ponadto zauważyć, że instytucja wystąpienia ze związku wyznaniowego w Niemczech dotyczy wyłącznie związków wyznaniowych posiadających status korporacji prawa publicznego (*Körperschaft des öffentlichen Rechts*). Wystąpienie ze związków wyzna-

34 „Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt" 1962, s. 65.

35 „Gesetzblatt für Baden-Württemberg" 1978, s. 369.

36 „Niedersächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt" 1973, s. 221.

37 „Preußische Gesetzsammlung" 1921, s. 119.

38 „Gesetz- und Verordnungsblatt für Mecklenburg-Vorpommern" 2008, s. 414.

39 „Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Rheinland-Pfalz" 1995, s. 421.

40 „Sächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt" 2002, s. 82.

41 „Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Sachsen-Anhalt" 1998, s. 178.

42 „Gesetz-und Verordnungsblatt Schleswig-Holstein" 1977, s. 491.

43 „Bremisches Gesetzblatt" 2001, s. 263.

niowych o charakterze prywatnoprawnym (związki te przyjmują z reguły formę stowarzyszeń) reguluje prawo wewnętrzne tych związków wyznaniowych. W Polsce, mimo iż związki wyznaniowe są podmiotami prawa prywatnego, to stanowią wśród tych podmiotów wyodrębnioną grupę – „kościoły i inne związki wyznaniowe". Stanowią tę grupę jedynie w sytuacji, gdy ich status prawny uregulowany jest w formie umowy międzynarodowej, ustawy, bądź wpisu do rejestru kościołów i innych związków wyznaniowych. Z przynależnością do związku wyznaniowego w Niemczech wiąże się zakres praw i obowiązków jednostki wobec państwa, gdyż wysokość płaconych podatków zależy od przynależności bądź braku przynależności wyznaniowej. W Polsce taka sytuacja nie zachodzi, stąd też nie ma powodu, by organy państwowe (np. GIODO, sądy) odbierały od członków związków wyznaniowych oświadczenia o wystąpieniu z danego związku, a przez to uzyskiwały dostęp do danych o przynależności wyznaniowej.

W Polsce taka sytuacja nie zachodzi, stąd też nie ma powodu, by organy państwowe (np. GIODO, sądy) odbierały od członków związków wyznaniowych oświadczenia o wystąpieniu z danego związku, a przez to uzyskiwały dostęp do danych o przynależności wyznaniowej.

Próbując rozwiązać problem skuteczności na forum kościelnym oświadczenia o wystąpieniu z Kościoła katolickiego składanego wobec organów państwowych, Papieska Rada do spraw Tekstów Prawnych w liście okólnym do przewodniczących konferencji biskupów z dnia 13 marca 2006 r.[44] wskazywała trzy elementy konieczne do uznania, iż miał miejsce formalny akt wystąpienia z Kościoła katolickiego we właściwym znaczeniu: „a) wewnętrzną decyzję odstąpienia od Kościoła katolickiego; b) wykonanie i zewnętrzną manifestację tej decyzji; c) przyjęcie do wiadomości tej decyzji przez kompetentną władzę kościelną". Dlatego też deklaracja dokonana dla celów rejestrowych lub fiskalnych w zakresie administracji państwowej nie była uznawana za równoznaczną z formalnym aktem wystąpienia z Kościoła katolickiego, gdyż nie wykluczała ona woli pozostania we wspólnocie religijnej. Zgodnie ze wspomnianym listem Papieskiej Rady do spraw Tekstów Prawnych formalny akt wystąpienia z Kościoła winien bowiem stać się „prawdziwym oddzieleniem od konstytutywnych elementów życia Kościoła: zakłada więc akt apostazji, herezji lub schizmy". Ponadto musi stanowić on ważną czynność prawną, dokonaną w sposób osobisty, świadomy i wolny, ujawnioną w formie pisemnej ordynariuszowi lub własnemu proboszczowi, którzy jedynie są kompetentni do stwierdzenia, czy istotnie ma miejsce akt woli skupiający wszystkie wymogi *actus formalis defectionis ab Ecclesia catholica*, wraz z powiązanymi z nim sankcjami karnymi wskazanymi w kan. 1364 § 1 KPK z 1983 r. W takiej sytuacji władza kościelna winna zadbać, aby w księdze ochrzczonych została umieszczona adnotacja wyraźnie informująca o wystąpieniu z Kościoła formalnym aktem. Niemniej należy zauważyć, że zgodnie z doktryną Kościoła katolickiego nie zostaje przez to anulowana ontologiczna więź z Kościołem powstała w następstwie chrztu (*semel catholicus semper catholicus*). Dla ułatwienia jednolitego stosowania powyższych wskazań na terenie Polski 27 września 2008 r. Konferencja Episkopatu Polski

44 „Communicationes" 2006, s. 170–184; tekst polski w: „Wiadomości Archidiecezjalne" (Katowice) 2006, nr 4, poz. 44, s. 189–191.

przyjęła „Zasady postępowania w sprawie formalnego aktu wystąpienia z Kościoła”[45].

Wymienione wcześniej kanony Kodeksu prawa kanonicznego zostały jednak znowelizowane na mocy motu proprio Benedykta XVI *Omnium in mentem* z 26 października 2009 r.[46] Z tekstu kodeksu została wykreślone formuły: „i nie odłączyła się od niego (Kościoła) formalnym aktem” z kan. 1117, „i nie odstąpiła od niego formalnym aktem” z kan. 1086 § 1, jak również „i formalnym aktem od niego się nie odłączyła” z kan. 1124. Jak wskazuje się we wstępie do motu proprio *Omnium in mentem*: „Przede wszystkim trudne okazało się w poszczególnych wypadkach określenie i praktyczne sformułowanie wspomnianego formalnego aktu odstąpienia od Kościoła, zarówno pod względem jego istoty teologicznej, jak i samego aspektu kanonicznego. Ponadto wiele trudności zrodziło się zarówno w działalności duszpasterskiej, jak i w praktyce sądów. Zauważano bowiem, że nowe prawo zdaje się stwarzać, przynajmniej pośrednio, pewne ułatwienie lub jakby bodziec do apostazji, tam, gdzie liczba wiernych katolików jest niewielka albo obowiązują niesprawiedliwe prawa małżeńskie, dyskryminujące obywateli ze względów religijnych; ponadto utrudniało ono powrót osób ochrzczonych, które pragnęły gorąco zawrzeć nowe małżeństwo kanoniczne po rozpadzie poprzedniego; wreszcie, pomijając inne sprawy, wiele z tych małżeństw *de facto* stawało się dla Kościoła tak zwanymi małżeństwami tajnymi (*clandestina*)”[47].

W związku z tymi zmianami należy przyjąć, że w aktualnym stanie prawnym nie może zaistnieć *defectio ab Ecclesia catholica actu formali*. Niemniej wciąż możliwe jest odłączenie się od wspólnoty Kościoła przez akt apostazji, herezji lub schizmy, bądź po prostu zaniechanie wykonywania praktyk religijnych. Tym samym „Zasady postępowania w sprawie formalnego aktu wystąpienia z Kościoła” przyjęte przez Konferencję Episkopatu Polski stanowią nie tyle obowiązującą procedurę postępowania w przypadkach *defectionis ab Ecclesia catholica actu formali* – bo takiej procedury już nie ma – ile procedurę wymaganą do realizacji uprawnień kontrolnych (informacyjnych i rektyfikacyjnych) przez osoby, których dane są przetwarzane przez jednostki organizacyjne Kościoła katolickiego[48].

Jako że „Zasady postępowania w sprawie formalnego aktu wystąpienia z Kościoła” nie są dekretem ogólnym Konferencji Episkopatu Polski, aby mogły być stosowane w konkretnej diecezji, wymagają stosownego zarządzenia kompetentnego biskupa diecezjalnego (por. kan. 455 KPK). Wydaje się, że warunek ten został spełniony, ponieważ ich tekst został opublikowany w promulgatorach urzędowych diecezji, chociaż w wielu przypadkach bez stosownego zarządzenia biskupa diecezjalnego. Na tym tle wyróżnia się jedynie Archidiecezja Katowicka, na terenie której od 1 października 2012 r. obowiązuje „Instrukcja postępowania w sprawie wniosków osób, które żądają zaprzestania przetwarzania danych osobowych”. Instrukcja ta w przeciwieństwie do „Zasad” nie normuje procedury wystąpienia z Kościoła katolickiego formalnym aktem, ale procedurę obowiązującą przy realizacji uprawnień rektyfikacyjnych przez osoby, których dane są przetwarzane przez organy kościelnych osób prawnych i jednostek organizacyjnych mających siedzibę na terenie Archidiecezji Katowickiej.

Należy wreszcie zauważyć, że to, czy dana osoba w sposób skuteczny wystąpiła ze związku wyznaniowego, pozostaje bez wpływu na wyłączenie kompetencji GIODO, o jakim mowa w art. 43 ust. 2 u.o.d.o. Tworząc ten przepis, ustawodawca posłużył się sformułowaniem: „w odniesieniu do zbiorów danych (…)”. Sposób rozumienia pojęcia „zbiór danych” wyjaśnił zaś w art. 7 pkt 1 u.o.d.o., stwierdzając, że przez zbiór danych rozumie się każdy – posiadający strukturę zestaw danych o charakterze osobowym, dostępnych według określonych kryteriów, niezależnie od tego, czy zestaw ten jest rozproszony lub podzielony funkcjonalnie. Treść powyższych norm prawnych wskazuje w sposób niebudzący wątpliwości na to, że zbiór danych obejmuje swoim zasięgiem wiele danych, tj. wiele danych należących do wielu osób. Tym samym ustawa w omawianym przepisie nie odnosi się do danych jednostkowych, ale do zbioru danych. Stąd więc badanie – w postę-

45 „Akta Konferencji Episkopatu Polski” 2008, s. 89–91.

46 „Acta Apostolicae Sedis” 2010, s. 8–10; tekst polski w: „L'Osservatore Romano”, wydanie polskie, 2010, nr 5, s. 13–14.

47 Tamże.

48 Por. D. Walencik, *Opinia prawna…*, dz. cyt., s. 258–260.

powaniu prowadzonym przez GIODO lub sąd administracyjny – skuteczności wystąpienia danej osoby ze związku wyznaniowego pozostaje w oderwaniu od istoty sprawy (uprawnienia nadzorcze GIODO nad zbiorami danych) i jest sprzeczne z zasadą autonomii państwa i związków wyznaniowych[49]. Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 13 sierpnia 2003 r., VI ACa 81/03[50], uznał, że Konstytucja RP, stojąc na straży „autonomii religii i związków wyznaniowych, nie pozwala ingerować w decyzje, co do przynależności do danej społeczności wyznaniowej". W związku z powyższym Sąd Apelacyjny uznał, że odmowa przyjęcia do społeczności, jak i wykluczenie z danej społeczności wyznaniowej nie podlega ingerencji ze strony sądu powszechnego.

Nawet jeśli się przyjmie, hipotetycznie, iż kwestia wystąpienia ze związku wyznaniowego ma wpływ na stosowanie normy art. 43 ust. 2 u.o.d.o., to wykazać należy, iż dana osoba wystąpiła ze związku wyznaniowego w sposób skuteczny. Powoływanie się w tym zakresie na złożenie oświadczenia woli, o jakim mowa w art. 60 i następnych kodeksu cywilnego[51], jest niewystarczające. Sposób działania osób, które zamierzają formalnie wystąpić z danego związku wyznaniowego, winno bowiem określać jego prawo wewnętrzne. Osoba taka, aby skutecznie wystąpić z danego związku wyznaniowego, musi zatem zastosować się do wewnętrznych jego przepisów, regulujących tę kwestię. Są to bowiem wewnętrzne unormowania wspólnoty religijnej, do której należy ta osoba, regulujące wzajemne relacje między wspólnotą a jej członkami[52].

5. *Żądanie zaprzestania przetwarzania danych osobowych a wpisy w księgach metrykalnych związków wyznaniowych*

W ramach wykonywania działalności statutowej związki wyznaniowe przetwarzają dane osobowe kandydatów do stanu duchownego (zakonnego) czy osób biorących udział w postępowaniach sądowych prowadzonych na podstawie prawa wewnętrznego. Przepisy Kodeksu prawa kanonicznego z 1983 r. zawierają zasady prowadzenia akt spraw sądowych oraz udostępniania tychże akt stronom i innym podmiotom (kan. 1472–1475). Akta te zawierają oczywiście dane osobowe, w tym dane sensytywne stron, innych uczestników postępowania, a także osób trzecich. Zasadniczo akta udostępnia się tylko stronom postępowania oraz ich obrońcom i pełnomocnikom (kan. 1598). Dane te mogą obejmować m.in. opinie psychologiczne, opinie medyczne o stanie zdrowia kandydatów czy stron postępowania, w tym o stanie zdrowia psychicznego. Wszystkie tego typu informacje mogą być jednak gromadzone dopiero po uzyskaniu zgody osób, których dotyczą, na przetwarzanie tego rodzaju danych. Związki wyznaniowe prowadzą także cały szereg ksiąg. Najważniejsze spośród nich to księgi metrykalne. W Kościele katolickim należą do nich: księga ochrzczonych (*liber baptizatorum*), księga bierzmowanych (*liber confirmatorum*), księga małżeństw (*liber matrimoniorum*), księga zmarłych (*liber defunctorum*). Odpowiedzialnym za ich prowadzenie i przechowywanie jest proboszcz parafii (kan. 535). Na podstawie prawa partykularnego proboszcz prowadzi jeszcze inne księgi, np. pierwszej Komunii św., protokołów badania przedślubnego, zapowiedzi przedślubnych, nawróconych, apostatów, ogłoszeń duszpasterskich, protokołów posiedzeń rad parafialnych, kartotekę parafialną[53]. Księgą o szczególnym znaczeniu jest księga ochrzczonych. Zawiera ona wpis potwierdzający fakt chrztu oraz adnotacje o przyjęciu sakramentu bierzmowania, zawarciu małżeństwa (jego uważnieniu w zakresie zewnętrznym, orzeczeniu jego nieważności albo prawnym rozwiązaniu) czy przyjęciu sakramentu święceń bądź złożeniu ślubów zakonnych (ewentualnie orzeczeniu ich nieważności) oraz o wystąpieniu z Kościoła. Tym samym księga ta

49 Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 21 lutego 2012 r., II SA/Wa 2350/11, http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/20119A3D8B (dostęp: 25 lipca 2012).

50 „Wokanda" 2005, nr 1, s. 33–35.

51 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.

52 Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 21 lutego 2012 r., II SA/Wa 2350/11.

53 Por. Konferencja Episkopatu Polski, *Instrukcja z dnia 5–7 września 1947 r. w sprawie prowadzenia ksiąg parafialnych* (w:) F. Bączkowicz, W. Stawinoga, A. Baron, *Prawo kanoniczne. Podręcznik dla duchowieństwa*, t. II, Opole 1958, s. 596–604; T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II. Tom 2, Lud Boży jego nauczanie i uświęcanie*, Olsztyn 1986, s. 274–275.

oprócz aktu chrztu zawiera dane dotyczące stanu kanonicznego osoby ochrzczonej[54].

Zagadnienie, czy związek wyznaniowy zobligowany jest do całkowitego zaprzestania przetwarzania danych osoby, która z niego wystąpiła – uzyskanych w okresie członkostwa tej osoby w tymże związku wyznaniowym – stanowi poważny problem. Można bowiem sobie wyobrazić wiele sytuacji, kiedy posiadanie tych informacji jest konieczne do realizacji nie mniej słusznych praw osób trzecich. Przykładowo, gdyby uznać za oczywiste, iż dane apostaty automatycznie należy usunąć z ksiąg metrykalnych (księgi chrztów, księgi małżeństw) prowadzonych przez jednostki organizacyjne Kościoła katolickiego, mogłoby dojść do zawarcia chociażby bigamicznego małżeństwa czy wielokrotnego przyjmowania sakramentów, które zgodnie z doktryną tego Kościoła można przyjąć tylko raz (np. chrzest, bierzmowanie). Ponadto dane zawarte w księgach metrykalnych potwierdzają fakt, który miał miejsce i któremu nie da się zaprzeczyć.

Przyjęcie stanowiska, że GIODO lub sąd administracyjny mogą w takiej sytuacji nakazać wykreślenie danych tej osoby z ksiąg metrykalnych prowadzonych przez związek wyznaniowy, jest sprzeczne z zasadą autonomii oraz wzajemnej niezależności państwa i związków wyznaniowych, każdego w swoim zakresie (art. 25 ust. 3 Konstytucji). Aby sprecyzować zakres niezależności związków wyznaniowych, należy sięgnąć po przepisy ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania[55]. Zgodnie z art. 11 ust. 1 tej ustawy związki wyznaniowe „są niezależne od państwa przy wykonywaniu swoich funkcji religijnych". Z kolei art. 19 ust. 2 wymienionej ustawy zawiera indykatywny katalog uprawnień składających się na swobodę wypełniania funkcji religijnych, do których należą m.in.: określanie doktryny religijnej, dogmatów, zasad wiary oraz liturgii; organizowanie i publiczne sprawowanie kultu; udzielanie posług religijnych oraz organizowanie obrzędów i zgromadzeń religijnych; rządzenie się w swoich sprawach własnym prawem, swobodne wykonywanie władzy duchownej oraz zarządzanie swoimi sprawami; ustanawianie, kształcenie i zatrudnianie duchownych; tworzenie i prowadzenie zakonów oraz diakonatów[56].

Przyjęcie stanowiska, że GIODO lub sąd administracyjny mogą w takiej sytuacji nakazać wykreślenie danych tej osoby z ksiąg metrykalnych prowadzonych przez związek wyznaniowy, jest sprzeczne z zasadą autonomii oraz wzajemnej niezależności państwa i związków wyznaniowych, każdego w swoim zakresie (art. 25 ust. 3 Konstytucji).

54 Por. A. Mezglewski, *Działalność związków wyznaniowych a ochrona danych osobowych*, „Studia z Prawa Wyznaniowego" 2007, vol. 10, s. 15–16.

55 Tekst jedn. Dz. U. z 2005 r., Nr 231, poz. 1965 z późn. zm.

56 Por. M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe*, wyd. 2, Warszawa 2003, s. 224–226, 256–257; tenże, *Prawo kanoniczne w polskim systemie prawnym*, „Państwo i Prawo" 2006, z. 8, s. 21–23; P. Stanisz, *Naczelne zasady instytucjonalnych relacji państwo–kościół* (w:)

Choć nie zostało to wyrażone *expressis verbis*, to jednak „autonomia", o której mowa w powołanym przepisie, niewątpliwie świadczy, że intencją ustrojodawcy było zachowanie rozdziału między państwem a związkami wyznaniowymi. Władze publiczne mają więc zachowywać bezstronność zarówno w sprawach przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych, jak też zapewnić swobodę ich wyrażania w życiu publicznym (art. 25 ust. 2 Konstytucji). Konstytucyjny rozdział między państwem a związkami wyznaniowymi uzasadnia zatem niedopuszczalność ingerencji organów władzy publicznej w kwestie wewnętrznych relacji danego związku wyznaniowego z jego członkami lub osobami utrzymującymi z tym związkiem wyznaniowym stałe kontakty.

Ponadto stanowiska takiego kategorycznie nie można przyjąć ze względu na unormowania art. 25 ust. 4 i 5 Konstytucji RP, respektujące w stosunkach państwa ze związkami wyznaniowymi zasadę bilateralności. Zasada ta wyłącza możliwość jednostronnego określania przez państwo przepisów mających istotny wpływ na wewnętrzną organizację i działalność związków wyznaniowych, a tego rodzaju ingerencje GIODO bądź sądów musiałyby w konsekwencji doprowadzić do uniemożliwienia związkom wyznaniowym administrowania ich własnymi sprawami[57].

Konkluzje

Doktryna i prawo wewnętrzne związków wyznaniowych w ramach ich autonomii i niezależności mogą określać, że nie jest możliwe wystąpienie formalnym aktem z danego związku wyznaniowego. Nie oznacza to jednak, że zainteresowana osoba na mocy dokonanych czynności faktycznych nie może przystąpić do innego związku wyznaniowego czy deklarować inne przekonania religijne lub bezwyznaniowość. Niezgodne z prawem są bowiem wszelkie formy zmuszania kogokolwiek do pozostania w ramach jakiejś grupy religijnej. Prawo do zmiany przyjętej religii bądź wyboru światopoglądu areligijnego wynika z prawa do wolności religijnej, przysługującego każdemu człowiekowi. Osobom, które faktycznie wystąpiły ze związku wyznaniowego, przysługuje ponadto prawo do złożenia pisemnego żądania zaprzestania przetwarzania ich danych osobowych przez ten związek i prawo umieszczenia stosownej adnotacji we właściwej księdze metrykalnej (np. księdze chrztów). W takiej sytuacji prawo wewnętrzne tego związku wyznaniowego winno określić procedurę wymaganą do realizacji uprawnień kontrolnych (informacyjnych i rektyfikacyjnych) przez te osoby, co wynika z przepisów ustawy o ochronie danych osobowych. Związek wyznaniowy ma bowiem wyłączne prawo określać swoje wewnętrzne relacje z członkami lub osobami utrzymującymi z nim stałe kontakty, co oznacza, że relacja ta wyłączona jest spod właściwości GIODO i sądów jako organów państwa. Związek wyznaniowy musi jednak zagwarantować osobom, których dane przetwarza, realizację ich uprawnień kontrolnych. Innymi słowy ma obowiązek ustanowienia w swoim prawie wewnętrznym odpowiedniej procedury regulującej zaniechanie przetwarzania danych osobowych. Generalnemu Inspektorowi Ochrony Danych Osobowych przysługuje zaś prawo wystąpienia do podmiotów wyznaniowych o wyjaśnienia, czy taka procedura została ustanowiona. A jeżeli nie została, to GIODO winien sygnalizować nieprawidłowości w przetwarzaniu przez nie danych osobowych. Powyższe rozwiązanie gwarantuje nienaruszalność doktryny związków wyznaniowych przez organy państwowe i jednocześnie realizację uprawnień rektyfikacyjnych osobom, których dane są przetwarzane przez związki wyznaniowe. Zasadnym jest jednak zgłoszenie postulatu *de lege ferenda*, aby procedura taka była ustanowiona w przepisach ustawy o ochronie danych osobowych – jako akcie prawa powszechnie obowiązującego.

A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisz, *Prawo wyznaniowe…*, dz. cyt., s. 81–82; B. Rakoczy, *Komentarz do ustawy o stosunku państwa do Kościoła katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2008, s. 42–48.

57 Por. D. Walencik, *Opinia prawna…*, dz. cyt., s. 261–262.

Radosław Zyzik

Dowody neuronaukowe w polskim prawie dowodowym

Radosław Zyzik

Adiunkt w Katedrze Systemów Politycznych w Instytucie Politologii Akademii Ignatianum w Krakowie. Członek grupy badawczej „Biologiczne podstawy etyki i prawa" w Centrum Kopernika Badań Interdyscyplinarnych. W swojej pracy badawczej podejmuje problematykę związku nauk prawnych i politycznych z naukami ewolucyjnymi, genetyką behawioralną i neuroscience.

Neuroscientific evidence in the Polish law

The paper discusses the problem of admissibility of scientific and especially neuroscientific evidence in the Polish legal system. In the first part of the paper there are discussed the methods of neuroimaging and there use in legal proceedings. Then, the author focuses on the criteria of admissibility of scientific evidence in Polish and American legal system. In the next part, the author attempts to identify the threats connected with the misuse of the neuroimaging evidence in the courtrooms. The last part contains a set of suggestions on how to change the Polish legal system in order to prepare it for the use of the neuroscientific evidence.

1. Wprowadzenie

W polskim systemie prawnym brakuje wyraźnie określonych normatywnych kryteriów dopuszczalności dowodów naukowych[1]. Może to być przyczyną słabszej ochrony systemu prawnego – przed dowodami zmanipulowanymi lub nierzetelnymi. Tymczasem dynamiczny rozwój nowych nauk o człowieku, takich jak neuronauka kognitywna czy genetyka behawioralna, sprawił, że liczba nowych metod badawczych wykorzystywanych przez biegłych w USA i Europie Zachodniej systematycznie rośnie[2]. Metody te odgrywają coraz większą rolę, sprawiając przy tym niemałe problemy organom procesowym, które nie są odpowiednio przygotowane do ich oceny.

W artykule w pierwszej kolejności zostaną przedstawione sposoby, w jakie technologia może wkraczać na salę sądową, a także zanalizowane zostaną funkcjonujące dziś kryteria dopuszczalności dowodów naukowych w polskim systemie prawnym. Następnie omówione będą kryteria dopuszczalności takich dowodów w amerykańskim systemie praw-

1 J. Wójcikiewicz, *Dowód naukowy w procesie sądowym*, Kraków 2000, s. 9; T. Tomaszewski, *Dowód naukowy przed sądem* (w:) Piotr Girdwoyń (red.), *Prawo wobec nowych technologii*, Warszawa 2008, s. 161 i n.

2 Zob. N.A. Farahany, J.E. Coleman, *Genetics And Responsibility: To know the Criminal From The Crime*, „Law and Contemporary Problems" 2006, vol. 69, nr 1–2, s. 115–164.

nym, który stanowi punkt wyjścia większości dyskusji poświęconych roli dowodów naukowych[3]. W kolejnej części przedstawiony zostanie katalog zagrożeń związanych z wykorzystywaniem nowych typów metod badawczych, które przyczyniły się do pojawienia się tzw. dowodów neuronaukowych. By jednak nie pozostawać jedynie na etapie diagnozy zagrożeń, w ostatniej części pracy znajdą się propozycje rozwiązań, które mogą pomóc chronić porządek prawny przed jego penetracją przez nierzetelne badania naukowe.

Może się wydawać, że powyższe techniki diagnostyczne nie mają zbyt wiele wspólnego z naukami prawnymi. Niemniej jednak od momentu wynalezienia każdej z nich prawnikom udało się znaleźć dla nich zastosowanie.

2. *Technologia w procesach sądowych*

Analizę kryteriów dopuszczalności dowodów neuronaukowych[4] w polskim systemie prawnym wypada zacząć od wyliczenia dostępnych obecnie metod neuroobrazowania. Pełny katalog takich metod musiałby obejmować co najmniej kilkanaście pozycji[5]. W artykule tym skupimy się jedynie na pięciu metodach, które już dziś wykorzystywane są na szeroką skalę przez biegłych, a są nimi: tomografia komputerowa (CT)[6], pozytonowa tomografia emisyjna (PET)[7], elektroencefalografia (EEG)[8], obrazowanie magnetyczno-rezonansowe (MRI)[9] i funkcjonalny magnetyczny rezonans jądrowy (fMRI)[10]. Może się wydawać, że powyższe techniki diagnostyczne nie mają zbyt wiele wspólnego z naukami prawnymi. Niemniej jednak od momentu wynalezienia każdej z nich prawnikom udało się znaleźć dla nich zastosowanie[11].

Jeden z pierwszych przypadków wykorzystania dowodu neuronaukowego miał miejsce w sprawie *U.S. v. Hinckley* w 1981 r. Oskarżony John Hinckley Jr. usiłował zastrzelić prezydenta Ronalda Reagana. Po wizycie na konferencji w Waszyngtonie, gdy Reagan opuszczał budynek, Hinckley zaczął strzelać, raniąc Reagana i pięć towarzyszących mu osób. Niedoszły zabójca nie próbował uciekać ani się bronić. Po natychmiastowym zatrzymaniu wyjaśnił, że zrobił to, by zaimponować aktorce Jodie Foster, w której zakochał się oglądając film *Taxi driver*. Podany powód morderstwa był tak kuriozalny, że musiał budzić podejrzenia co do poczytalności oskarżonego. W trakcie procesu

3 T. Tomaszewski, *Dowód naukowy*…, dz. cyt., s. 158.

4 Dowodami neuronaukowymi określa się wszelkiego typu opinie biegłych, które zostały opracowane w oparciu o osiągnięcia neuronauki kognitywnej. W szczególności dowodami neuronaukowymi mogą być zdjęcia, trójwymiarowe modele lub mapy statystycznej aktywności mózgu.

5 T.M. Spranger, *International Neurolaw: A Comparative Analysis*, Heidelberg 2012, s. 1–5.

6 O.D. Jones, J. Buckholtz, J.D. Schall, R. Marois, *Brain Imaging for Legal Thinkers: A Guide for the Perplexed*, „Stanford Technology Law Review" 2009, nr 5, s. 4.

7 J.W. Kalat, *Biologiczne podstawy zachowania*, Warszawa 2007, s. 247.

8 Tamże, s. 271.

9 Tamże, s. 112.

10 O.D. Jones, J. Buckholtz, J.D. Schall, R. Marois, *Brain Imaging*…, dz. cyt., s. 4–5.

11 J.D. Aronson: *The Law's Use of Brain Evidence*, „Annual Review of Law and Social Science" 2010, vol. 6, s. 93–108.

obrońca Hinckleya dowodził, że oskarżony nie może być uznany za winnego, ponieważ nie jest poczytalny (*not guilty by reason of insanity*). Na poparcie tej tezy przedstawiono obraz mózgu uzyskany metodą tomografii komputerowej. Miał on sugerować zmiany anatomiczne prowadzące do schizofrenii. Budowa mózgu oskarżonego miała różnić się od budowy „standardowego" mózgu. Zgodnie z dostarczoną opinią biegłego: z powodu zaobserwowanych zmian Hinckley miał problemy z odróżnianiem dobra od zła[12].

Opinia przedstawiona przez biegłego zmieniła przebieg procesu. W 1982 r. Hinckley został uznany za niewinnego zarzucanych mu czynów i zamiast do więzienia trafił do szpitala psychiatrycznego. Treść wyroku wywołała oburzenie i przyczyniła się do zmian w prawie procesowym i dowodowym. Na szczeblu federalnym i w niektórych stanowych porządkach prawnych przyjęto *Insanity Defense Reform Act*, zasadę ograniczającą rolę dowodów naukowych (psychiatrycznych i psychologicznych) w identyfikowaniu poczytalności w sensie prawnym[13]. Sprawa *U.S. v. Hinckley* była pierwszą z wielu mających nastąpić później, w których wykorzystywano neuroobrazowanie do wykazania, że oskarżeni nie byli osobami zdrowymi psychicznie i nie mogą być uznani za winnych zarzucanych im czynów.

Wraz z rozwojem neuroobrazowania dowiedzieliśmy się znacznie więcej o pracy ludzkiego mózgu. Pojawienie się EEG, MRI i fMRI przełożyło się także na stopień skomplikowania dowodów neuronaukowych. Rozwój nowych metod diagnostycznych poszerzył zakres spraw, w których dowody neuronaukowe zaczęły się pojawiać.

Dobrym przykładem wykorzystania fMRI poza dziedziną prawa karnego jest sprawa *Entertainment Software Ass'n v. Blagojevich*. Przemysł rozrywkowy pozwał do sądu grupę urzędników stanowych i lokalnych stanu Illinois, którzy skłonni byli wprowadzić w życie dwa akty normatywne: *Violent Video Games Law* (VVGL) i *Sexually Explicit Video Games Law* (SEVGL). Przepisy te miały na celu ochronę małoletnich przed negatywnymi skutkami pełnych przemocy gier komputerowych. Sąd uznał pozew przedstawicieli przemysłu rozrywkowego i przepisy te nie weszły w życie. Jednym z dowodów w tej sprawie były obrazy mózgu uzyskane metodą fMRI, na które powoływali się urzędnicy stanowi. Dowód ten miał na celu przekonanie sędziego, że gry oparte na przemocy powodują u dzieci nieodwracalne zmiany w mózgu i prowadzą do agresywnego zachowania. Chociaż sąd nie oparł swojego wyroku na tym dowodzie, to w uzasadnieniu poświęcił całą sekcję omówieniu tego dowodu naukowego[14].

Z kolei w sprawie *Van Middlesworth v. Century Bank & Trust Co.* powód próbował wymóc wykonanie zawartej umowy sprzedaży gruntu. Pozwany, starając się do tego nie dopuścić, powoływał się na niepoczytalność, a na poparcie swej tezy przedstawił obraz mózgu wykonany metodą MRI. Sąd przychylił się do stanowiska pozwanego i kontrakt uznano za nieważny.

Jednym z najsłynniejszych procesów, w których nowe technologie obrazowania mózgu odegrały kluczową rolę, była sprawa *Harrington v. State*. Przedstawiono w niej dowód z badania EEG, który sugerował, że – mówiąc w dużym uproszczeniu – „wzorzec elektryczny mózgu" skazanego różni się od wzorca, którego można byłoby oczekiwać od mordercy.

W 1978 r. Terry Harrington został uznany winnym morderstwa i skazany na dożywocie. Harrington nigdy nie przyznał się do winy. Po 23 latach spędzonych w więzieniu stanął ponownie przed sądem, domagając się dopuszczenia dowodu z badania EEG, zwanego dzisiaj *brain fingerprinting*. *Brain fingerprinting*[15] to metoda pozwalająca na sprawdzenie, czy badana osoba miała kontakt z prezentowanym bodźcem (np. z narzędziem zbrodni, miejscem zbrodni). Do jej stosowania wymagana jest identyfikacja fali P300. Fala ta pojawia się w jedną trzecią sekundy (300 milisekund) po prezentacji znanego bodźca. Badanie mózgu Harringtona dowiodło, że w trakcie prezentacji

12 B. Pratt, *„Soft" Science in the Courtroom?: The Effects of Admitting Neuroimaging Evidence into Legal Proceedings*, „Penn Bioethics Journal" 2005, vol. 1, nr 1, s. 1–3.

13 Zob. S.M. Fulero, N.J. Finkel, *Barring ultimate issue testimony: An „insane" rule?*, „Law and Human Behavior" 1991, vol. 15, s. 495–507.

14 O.D. Jones, J. Buckholtz, J.D. Schall, R. Marois, *Brain Imaging…*, dz. cyt., s. 2.

15 D.C. Jain, V.P. Pawar, *The Brain Fingerprinting Through Digital Electroencephalography Signal Technique*, „International Journal on Computer Science and Engineering" 2011, vol. 3, nr 2, s. 1086.

zdjęć przedstawiających miejsce zbrodni jego mózg nie wytwarza fali P300. Z kolei zdjęcia z koncertu, na którym, jak twierdzi, był – spowodowały wystąpienia tej fali. Mózg reaguje automatycznie na przesyłane obrazy, nie ma więc możliwości oszukania EEG. Terry Harrington po 23 latach więzienia został oczyszczony z zarzutów i zwolniony z więzienia.

Przywołane powyżej przypadki to jedynie kilka przykładów możliwych sposobów wykorzystania nowych technologii w procesach sądowych. Ich użycie przez biegłych może być cokolwiek kontrowersyjne, gdy pozwala na niewywiązywanie się z kontraktów dlatego, że budowa mózgu pozwanego różni się od budowy statystycznego mózgu. Z drugiej strony powołanie się na dowody neuronaukowe może zostać zaakceptowane, gdy pozwalają one na stwierdzenie faktów, które w inny sposób nie mogłyby zostać stwierdzone. Celem opisu nowych metod badawczych i spraw, w których się na nie powoływano, było zarysowanie różnorodności technik wykorzystywanych w postępowaniach sądowych i zakresu spraw, w których mogą się one pojawiać.

3. Kryteria dopuszczalności dowodów naukowych w polskim prawie dowodowym

Prawo dowodowe w polskim systemie prawnym nie jest jednolitą subdyscypliną dogmatyki prawniczej. Niemniej jednak można próbować wyróżnić część ogólną i szczególną polskiego prawa dowodowego. Część ogólna poświęcona byłaby podstawowym instytucjom i zasadom prawa dowodowego, a część szczególna dotyczyłaby zagadnień prawnodowodowych w prawie karnym, cywilnym i administracyjnym. W naszych rozważaniach skoncentrujemy się na prawie karnym procesowym, a do innych dyscyplin prawniczych nawiązywać będziemy jedynie na prawach dygresji.

Z punktu widzenia celów pracy kluczowe znaczenie ma zasada swobodnej oceny dowodów. Rozpoczynając naszą analizę, nie sposób nie przywołać art. 7 k.p.k., który zawiera jej normatywną podstawę:

> „Organy postępowania kształtują swe przekonanie na podstawie wszystkich przeprowadzonych dowodów, ocenianych swobodnie z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego”[16].

Zgodnie z treścią cytowanego przepisu swobodna ocena dowodów nie oznacza dowolnej oceny dowodów. Organy postępowania w trakcie jej formułowania muszą stosować się do dwóch wymienionych w przepisie kryteriów. W polskim systemie prawnym obowiązuje również przepis wymagający uzasadniania wyroków. W uzasadnieniach tych należy odnieść się między innymi do dowodów, na których się oparto, wydając wyrok. Jest to kolejne ograniczenie zupełnej dowolności w ocenie dowodów. Dlatego też przyjmuje się, że w polskim systemie prawa obowiązuje zasada kontrolowanej oceny dowodów.

Sąd i inne organy procesowe powinny swobodnie ustalać stan faktyczny na podstawie wszystkich zebranych dowodów, rozumując prawidłowo, pozostając w zgodzie z ustaleniami współczesnej nauki i przy uwzględnieniu doświadczenia życiowego. Oczywiście tak ogólne sformułowanie zaleceń jest problematyczne i wymaga doprecyzowania. Można jednak przyjąć, że sędzia jest wolny w ocenie dowodu, co oznacza, że w przeciwieństwie do obowiązującej niegdyś zasady legalnej oceny dowodów – nie jest związany przepisami prawnymi, które narzucają mu określoną ocenę mocy dowodowej konkretnych typów środków dowodowych. Warto wprowadzić tutaj zastrzeżenie. W rękach sądu pozostała swoboda mocy dowodowej konkretnego środka dowodowego. Innymi słowy, to sędzia ocenia stopień „przekonywalności” dowodu w odniesieniu do konkretnej tezy, która ma zostać udowodniona.

Czym właściwie jest ocena dowodów, o której ciągle mowa? To proces polegający na dowodzeniu, wnioskowaniu, sprawdzaniu i tłumaczeniu[17]. Sąd selekcjonuje fakty, które mogą mieć znaczenie dla rozstrzyganej kwestii, a następnie określa stopień ich wiarygodności. Ocenę tę wydaje się przy zastosowaniu pozaprawnych kryteriów, takich jak doświadczenie życiowe i wiedza naukowa.

16 Artykuł 7 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. Nr 89, poz. 555).

17 R. Kmiecik (red.), *Prawo dowodowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2008 s. 207.

Kodeks postępowania karnego jest otwarty na postęp naukowy i technologiczny. W procesie karnym jednym z nazwanych środków dowodowych są opinie biegłego[18]. Opinia biegłego jest środkiem dowodowym dotyczącym okoliczności istotnych dla sprawy, których stwierdzenie wymaga wiedzy specjalistycznej. Sięganie przez organy procesowe po wiedzę i doświadczenie specjalistów to jeden ze sposobów wykorzystywania osiągnięć współczesnej nauki w celach praktycznych.

W przypadku wykorzystania przez biegłego nowatorskich technik badawczych zachodzi poważne niebezpieczeństwo, że mogą stać się one samodzielną podstawą istotnych dla sprawy ustaleń. W związku z faktem, że dyscyplina naukowa, w której biegły pozostaje ekspertem, ciągle się rozwija, sędzia ma bardzo ograniczone możliwości oceny wiarygodności jego opinii. Ocena taka nie może być oparta na doświadczeniu życiowym sędziego ani na wiedzy potocznej. Prowadzi to do sytuacji, że sędzia, oceniając ustalenia biegłego, może w pewnym zakresie kierować się zaufaniem i „subiektywnym stopniem przekonywalności" prezentowanych przez niego informacji[19].

W tym miejscu wypada zapytać, czy polskie prawo dowodowe ułatwia organom procesowym ocenę wiarygodności dowodów naukowych? Niestety, brak jest regulacji szczegółowo określających kryteria dopuszczalności takich środków dowodowych. Ten brak regulacji nie ogranicza się do kodeksu postępowania karnego. Podobnych regulacji brakuje także w kodeksie postępowania cywilnego i administracyjnego[20]. Polski system prawny różni się więc od amerykańskiego, w którym obowiązuje wiele różnych kryteriów dopuszczalności – na czele ze standardami *Frye* i *Daubert*. Co więcej, polskie prawo dowodowe nie zawiera zakazu wykorzystywania opinii biegłych o cechach dowodu naukowego do ustalania stanów

Sąd i inne organy procesowe powinny swobodnie ustalać stan faktyczny na podstawie wszystkich zebranych dowodów, rozumując prawidłowo, pozostając w zgodzie z ustaleniami współczesnej nauki i przy uwzględnieniu doświadczenia życiowego.

18 Zob. art. 193 § 1 k.p.k.: „Jeżeli stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych, zasięga się opinii biegłego albo biegłych".

19 „W przyszłości możemy mieć do czynienia z taką sytuację, że powoływanie biegłego nie będzie konieczne. Samo badanie wykonane funkcjonalnym rezonansem magnetycznym (fMRI) można będzie przedstawić przed sądem jako dowód na rzecz niepoczytalności oskarżonego. Co prawda, w kodeksie postępowania karnego brak jest przepisów określających katalog środków dowodowych jako otwarty (tak jak to ma miejsce w k.p.c. w art. 309 i w k.p.a. w art. 75 § 1) i przyjmuje się w związku z tym, ze środki dowodowe nie określone w przepisach k.p.k. są niedopuszczalne, to jednak istnieje specjalna kategoria dowodów nienazwanych (niewymienionych w k.p.k.), które mogą mimo wszystko zostać dopuszczone. Dowód nienazwany, a za taki może być wzięty skan mózgu oskarżonego sugerujący zmiany funkcjonalne w tych regionach mózgu odpowiedzialnych chociażby za odczuwanie emocji społecznych, co uniemożliwia właściwe funkcjonowanie w społeczeństwie, może zostać dopuszczony, jeśli według wskazań wiedzy może okazać się przydatny i pomocny w stwierdzeniu określonej okoliczności (np. ograniczonej poczytalności etc." – R. Kmiecik (red.), *Prawo dowodowe…*, dz. cyt., s. 205.

20 Tamże, s. 206.

faktycznych[21]. Decyzje o dopuszczalności dowodu naukowego podejmuje każdorazowo organ procesowy, dokonując wstępnej oceny dowodu. Kryterium wykonywane w tej pierwszej, wstępnej ocenie polega na analizie, czy postulowany dowód jest przydatny do udowodnienia faktu wskazanego w tezie dowodowej. Ponadto warunkiem koniecznym pozytywnej oceny organu procesowego jest ustalenie, czy dana gałąź nauki jest na odpowiednim poziomie rozwoju (np. kwantowa teoria umysłu pozostaje ciągle hipotezą, której nie można byłoby przedstawić w sądzie jako dowodu na rzecz tezy, że ludzkie czyny pozostają niezdeterminowane). Innymi słowy, organ procesowy musi ustalić, czy wyniki osiągane w ramach badań naukowych zaliczanych do tej dyscypliny dostarczają rzetelnych rezultatów[22].

Pojawia się tutaj problem. Taka ocena – co oczywiste – nie może zostać wydana w oparciu o kryteria prawne. To społeczność naukowa (przedstawiciele danej dyscypliny badawczej) jest instancją władną do oceny, czy dana dyscyplina lub metoda przeprowadzania eksperymentów i ich interpretacji osiągnęła odpowiedni poziom zaawansowania i rzetelności. Trudno wyobrazić sobie sytuację, by sędzia wbrew stanowisku społeczności naukowej odrzucał ustalenia mechaniki klasycznej – na rzecz teorii fizycznych funkcjonujących w czasach poprzedzających prace Izaaka Newtona.

W sytuacji, gdy ciężar oceny rzetelności badań naukowych może zostać przeniesiony na biegłych lub naukowców, a sędziowie pozostawieni zostaną niejako sami sobie, pojawia się szereg kwestii problematycznych. Jedną z tych kwestii, choć nie najpoważniejszą, może być zmiana roli biegłego, który w systemie prawnym ma pełnić funkcję źródła dowodu, a nie „sędziego faktu". Rolą biegłego nie jest ostateczne i niepodważalne ustalenie określonego stanu faktycznego albo uznanie tezy dowodowej za udowodnioną (na gruncie ustaleń przedstawionych w jego własnej opinii). Biegły ma jedynie dostarczyć informacje, które ocenione zostaną przez sąd. Niestety, sędziowie nie są i nie mogą być właściwie przygotowani do oceny np. obrazów mózgu uzyskanych przy użyciu fMRI lub informacji uzyskanych przy użyciu EEG. W takich wypadkach sędziowie są zmuszeni zdać się na opinię biegłych, choć oczywiście biegłego można przesłuchać, jeżeli pojawiają się wątpliwości co do rzetelności, jasności, czy wiarygodności opinii przez niego przygotowanej. I tutaj właśnie pojawia się szereg zagrożeń.

Trudno wyobrazić sobie sytuację, by sędzia wbrew stanowisku społeczności naukowej odrzucał ustalenia mechaniki klasycznej – na rzecz teorii fizycznych funkcjonujących w czasach poprzedzających prace Izaaka Newtona.

4. Kryteria dopuszczalności dowodów naukowych w amerykańskim prawie dowodowym

Zanim przejdziemy do omówienia zagrożeń wynikających z braku normatywnych kryteriów dopuszczalności dowodów naukowych w polskim prawie dowodowym, przyjrzyjmy się, jak takie regulacje mogą wyglądać.

Problemy związane z dopuszczalnością dowodów naukowych są dzisiaj szeroko dyskutowane w wielu krajach i kulturach prawnych, od Stanów Zjednoczonych po Indie i Nową Zelandię[23]. Punktem odniesienia

21 Tamże.

22 Tamże.

23 T.M. Spranger, *International Neurolaw*…, dz. cyt, s. 257–269.

dla tych dyskusji bardzo często są regulacje, które obowiązują w Stanach Zjednoczonych. To właśnie system prawa USA w największym stopniu otwarty jest na wszelkiego typu nowatorskie rozwiązania technologiczne i odważne hipotezy naukowe. Przyczyn tego stanu rzeczy należy upatrywać nie tylko w cechach samego systemu prawa i w rozwoju technologicznym, ale także w wysokim poziomie naukowym tamtejszych uczelni kształcących naukowców, których zainteresowania naukowe okazują się zbieżne z celami uczestników postępowań. Ten związek pomiędzy prawem i nauką wymusił wypracowanie normatywnych standardów dopuszczalności dowodów naukowych.

W prawie federalnym chronologicznie pierwszym normatywnym kryterium jest tzw. standard *Frye'a*[24]. Zgodnie z jego treścią sugerowany dowód musi zostać wypracowany w oparciu o metodę, która jest powszechnie akceptowana przez społeczność naukową konkretnej dyscypliny. Metoda w tym przypadku rozumiana jest szeroko, odnosi się do zastosowanych procedur, przyjętych zasad i technik wykorzystanych w badaniach, których rezultatem jest proponowany dowód. Standard *Frye'a* znany jest także jako *general acceptance rule*[25]. Test ten początkowo miał być stosowany jedynie w procesach przed sądami federalnymi. W praktyce jednak w trzynastu sądach stanowych test *Frye'a* (lub jego modyfikacje) odgrywa główną rolę w orzekaniu o dopuszczalności dowodów naukowych[26]. Jego zalecenia były krytykowane z jednej strony za zbyt daleko posunięty sceptycyzm w stosunku do osiągnięć nowych dyscyplin naukowych, a z drugiej strony za zbyt liberalne traktowanie niektórych technik dowodowych.

W 1993 r. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w sprawie *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* określił nowe kryterium dopuszczalności, zwane standardem *Daubert*. Jest on znacznie bardziej rozbudowany od swojego poprzednika. To już nie tylko „powszechna akceptacja metody badawczej" jest czynnikiem decydującym o uznaniu potencjalnego dowodu naukowego za środek dowodowy. Sąd Najwyższy określił cztery ogólne wskazówki, którymi sędziowie mają się kierować przy stosowaniu nowego kryterium. Po pierwsze, metoda badawcza została przetestowana lub jej testowanie jest możliwe w przyszłości. Warunek ten wyklucza wszystkie metody, które nawet potencjalnie nie mogą być testowane empirycznie (np. wróżenie z fusów, rozmowa z duchami, czytanie z kart). Po drugie, opis metody i osiągane za jej pomocą rezultaty zostały opublikowane i poddane recenzji środowiska naukowego. Po trzecie, znany jest margines potencjalnego błędu pojawiającego się w badaniach z wykorzystaniem określonej techniki. Po czwarte, dana metoda badawcza powinna cieszyć się akceptacją środowiska naukowego.

Po pojawieniu się standardu *Daubert* rozgorzał spór, czy jest on bardziej, czy też mniej konserwatywny od swojego poprzednika. Zwolennicy standardu *Daubert* utrzymują, że jest bardziej elastyczny i zdecydowanie mniej rygorystyczny. Jego wykorzystywanie w sądach federalnych nie wyklucza *a priori* dopuszczania dowodów naukowych będących rezultatami innowacyjnych metod naukowych – w przeciwieństwie do testu *Frye*, który zdecydowanie utrudnia wykorzystanie nowych technik, niecieszących się jeszcze powszechnym uznaniem społeczności naukowej.

W praktyce stosowanie obu kryteriów okazywało się niewystarczające do właściwej oceny miarodajności i rzetelności potencjalnego dowodu naukowego. Cztery lata później, bo w 1997 r., standard *Daubert* został wzbogacony przez dodatkowe zalecenie wyrażone przez sąd w sprawie *General Electric Co. v. Joiner*[27]. Sądy powinny poddawać szczegółowej analizie nie tylko konkluzje wynikające z opinii naukowej, ale także proces rozumowania, który za nią stoi. Ten ciekawy warunek, zwany warunkiem *Joiner*, nakłada na sędziów dodatkowe obowiązki. Od tego momentu sędziowie sądów federalnych powinni śledzić sposoby interpretacji danych naukowych, a nie tylko interesować się rezultatami badań i treścią opinii naukowej. Sędzia powinien ocenić, czy tezy wynikające z opinii

24 N. Feigenson, *Brain imaging and courtroom evidence: on the admissibility and persuasiveness of fMRI*, „International Journal of Law in Context" 2006, vol. 2, s. 236.

25 Zob. D.W. Barnes, *General acceptance versus scientific soundness: mad scientists in the courtroom*, „Florida State University Review of Florida Legislation" 2003, vol. 31, s. 301–333.

26 Zob. D.E. Bernstein, J.D. Jackson, *The Daubert Trilogy in the States*, „Jurimetrics" 2004, vol. 44, s. 1–17.

27 D.E. Bernstein, J.D. Jackson, *The Daubert Trilogy*…, dz. cyt., s. 4.

biegłego mają związek z badaniami naukowymi, do których biegły nawiązuje.

Od orzeczenia w sprawie *General Electric Co. v. Joiner* kryteria dopuszczalności dowodów naukowych wyrażone w standardzie *Daubert* stały się znacznie bardziej wymagające od tych zawartych w teście *Frye*.

System prawny Stanów Zjednoczonych nie bez powodu stanowi punkt wyjścia większości dyskusji poświęconych dopuszczalności dowodów neuronaukowych. Sędziowie w amerykańskiej nauce prawa mają chronić prawo przed nieuprawnionym sięganiem po dowody naukowe (tzw. *gatekeeper's responsibility*).

To sędziowie mają być odpowiedzialni za ochronę systemu prawnego przed jego penetracją przez komercyjnych naukowców lub przed wprowadzeniem do systemu prawnego dowodów opartych na nierzetelnych badaniach.

W grudniu 2000 r. wszystkie warunki zostały ujęte w regułę dowodową 702 (*Rule 702*). Ujednolicona reguła ma na celu ochronę systemu prawnego m.in. przed dwoma zjawiskami: tzw. *junk science* i *science for hire*. *Science for hire* to sytuacja, gdy naukowcy celowo i konsekwentnie (a nie zawsze uczciwie) przedstawiają badanie naukowe jako dowód mający świadczyć za określoną tezą dowodową albo mający przekonać środowisko prawnicze, że dane badanie może z sukcesem być wykorzystywane jako środek dowodowy w procesach sądowych. Z kolei *junk science* to taka sytuacja, kiedy z powodu braku procedur normatywnych, wiedzy, czy doświadczenia życiowego, jako środki dowodowe mogą służyć dowody naukowe, których rzetelność i wiarygodność pozostawiają wiele do życzenia. To sędziowie mają być odpowiedzialni za ochronę systemu prawnego przed jego penetracją przez komercyjnych naukowców lub przed wprowadzeniem do systemu prawnego dowodów opartych na nierzetelnych badaniach. Dlatego też organy procesowe, a zwłaszcza sędziowie, zostali wyposażeni w normatywne narzędzia, którymi powinni się posługiwać w ocenie, czy dany dowód może posłużyć jako środek dowodowy, czy też nie powinien zostać dopuszczony[28].

Nieprawidłowe wykorzystanie rezultatów badań naukowych może skutkować wypaczeniem procesów sądowych. To właśnie akcent położony na ochronę systemu prawa przed nierzetelnymi badaniami stanowił bodziec do prac nad normatywnymi kryteriami dopuszczalności dowodów.

5. *Dowody neuronaukowe a system prawny. Zagrożenia*

Pojawienie się skomplikowanych dowodów naukowych opartych na obrazach mózgu, a w szczególności tych uzyskiwanych metodą fMRI, może skutkować szeregiem trudności w ocenie ich rzetelności i miarodajności. O dwóch typach zagrożeń – *science for hire* i *junk science* – już powiedzieliśmy. Możliwe są jednak inne zagrożenia związane z dowodami neuronaukowymi, które przecież sprawiają wrażenie „obrazów" mózgu. Takie obrazy mają formę kolorowych zdjęć, na których można zauważyć mniej lub bardziej jaskrawe podświetlenie aktywnych obszarów. Organy procesowe mają więc do czynienia z kolorowym obrazkiem, który wymaga dalszych interpretacji. A przecież fMRI nie dostarcza nam fotografii pracującego mózgu. fMRI dokonuje pomiaru hemoglobiny we krwi, czyli białka przenoszącego tlen. Aktywne części mózgu zużywają statystycznie więcej tlenu niż te nieaktywne. Naukowcy identyfikują sygnał BOLD (*blood-oxygen-*

28 Więcej informacji o kryteriach dopuszczalności stosowanych w amerykańskim systemie prawnym: tamże, s. 1–17.

-level-dependent), który pozwala im na opracowanie utlenowanej mapy mózgu, a tym samym na uzyskanie mapy statystycznej aktywności neuronów. Im większa aktywność, tym jaskrawsze kolory. I już na początkowym etapie procesu interpretacji pojawia się pierwsze zagrożenie. Możliwość wytworzenia błędnego przekonania, że oto mamy zdjęcie funkcjonującego mózgu, pracującego w czasie rzeczywistym[29].

Psychologowie scharakteryzowali ten sposób myślenia jako „realizm naiwny"[30] – pewność, że mamy dostęp do niezmodyfikowanej obiektywnej rzeczywistości. Realizm naiwny jest błędem, którego występowanie nie ogranicza się jedynie do neuronauki poznawczej. O ile w psychologii błąd realizmu naiwnego może prowadzić do błędnych wniosków, o tyle w procesie karnym lub cywilnym może prowadzić do błędnych rozstrzygnięć. Z łatwością można wyobrazić sobie sytuację, w której osoba interpretująca zdjęcie uzyskane dzięki fMRI – będzie przekonana, że patrzy na obraz funkcjonującego mózgu. I już tylko mały krok dzieli nas od (fałszywego) stwierdzenia, że patrzymy na struktury natury psychologicznej, czyli na myśli osoby, której mózg był badany. Zagrożenie to staje się jeszcze bardziej realne, gdy uzmysłowimy sobie, że takie dane mogą mieć status *paradygmatycznych* zdjęć naukowych (stawianych na równi ze zdjęciami zrobionymi za pomocą teleskopu lub mikroskopu). Obawy takie są mocno uzasadnione. Prezentowany obraz został wykonany za pomocą najnowocześniejszego sprzętu, następnie opracowany z użyciem metod matematycznych, które pozwoliły w efekcie zbudować mapę statystycznej aktywności mózgu. Istnieje więc pokusa, by stwierdzić, że mamy do czynienia z wysoce wiarygodnym dowodem, który prezentuje rzeczywisty sposób, w jaki ludzie myślą.

Jakie to może mieć znaczenie dla prawa? Wyobraźmy sobie postępowanie, w którym oskarżony lub pozwany poddany jest badaniu z użyciem fMRI. Rezultaty takich badań mogą sugerować, że badany nie myśli tak, jak myśli statystyczny Kowalski. Nie reaguje w gniewie tak, jak reaguje statystyczny Kowalski. Nie analizuje sytuacji i nie rozwiązuje dylematów społecznych czy ekonomicznych tak, jak powinna to robić „normalna" osoba z pełną zdolnością do czynności prawnych. Skoro tak, to należy tę cechę badanego wziąć pod uwagę i zastanowić się, czy można – w przypadku np. postępowania karnego – przypisać mu winę, a jeśli już, to może wypada nadzwyczajnie złagodzić wymiar kary. I rzeczywiście, takie przypadki, w których pojawią się tendencje do asekuracji ze strony organów procesowych, często mają miejsce. Statystycznie w postępowaniach karnych, w których pojawiają się dowody neuronaukowe, skazani otrzymują niższe wyroki pozbawienia wolności[31].

Nie dość że traktuje się obraz mózgu niemal jak paradygmatyczny przykład zdjęcia naukowego, to ponadto zapomina się, że neuronauka kognitywna dostarcza wyjaśnień *ex post* i nie daje możliwości stwierdzenia, w jaki sposób oskarżony myślał i działał w trakcie zarzucanego mu czynu[32]. Sam fakt pojawienia się w momencie badania anomalii w budowie lub w aktywności jednego obszaru mózgu wcale nie musi oznaczać, że w momencie popełniania czynu zarzucanego oskarżonemu anomalie te miały miejsce. Niektórzy krytycy wykorzystania dowodów neuronaukowych sugerują, że mimo zastosowania nowych technologii i modeli matematycznych nasz wgląd w pracę mózgu przypomina nocny widok z okna samolotu. Widzimy co prawda skupiska świateł, identyfikujemy granice miast i główne drogi, ale zidentyfikowanie ich specyfiki społecznej, kulturalnej i politycznej jest już poza naszym zasięgiem[33].

Mariaż neuronauki kognitywnej i nauk prawnych z racji swego nowatorskiego charakteru musi budzić obawy. Obawy, które wyrażają nie tylko świadkowie tej

29 J. Kulynych, *Psychiatric neuroimaging evidence: a high-tech crystal ball?*, „Stanford Law Review" 1997, vol. 49, nr 5, s. 1249.

30 R.J. Robinson, D. Keltner, A. Ward, L. Ross, *Actual versus assumed differences in construal: „naive realism" in intergroup perception and conflict*, „Journal of Personality and Social Psychology" 1995, vol. 68, s. 404.

31 Por. B. Bottalico, *The Albertani Case in Italy*, http://kolber.typepad.com/ethics_law_blog/2011/09/the-albertani-case-in-italy-bottalico.html (dostęp: 24 stycznia 2012); J. Hamzelou, *Brain scans reduce murder sentence in Italian court*, http://www.newscientist.com/blogs/shortsharpscience/2011/09/brain-scans-reduce-sentence-in.html (dostęp: 24 stycznia 2012).

32 D. Mobbs, H.C. Lau, O.D. Jones, C.D. Frith, *Law, Responsibility, and the Brain*, „PLoS Biology" 2007, vol. 4, s. 698.

33 Tamże.

swoistej naturalizacji nauk prawnych, czyli prawnicy i neuronaukowcy, ale także filozofowie. Bennett i Hacker zwracają uwagę na niebezpieczne uproszczenia wynikające z chęci bezrefleksyjnego wykorzystywania dowodów neuronaukowych w procesach cywilnych i karnych[34]. Choć chęć przeprowadzania wnioskowań w oparciu o stwierdzone stany psychologiczne jest zrozumiała i ma swoją długą tradycję, to już utożsamianie zachowania badanej osoby z sugerowaną cechą jej mózgu jest niedopuszczalną redukcją działań człowieka do aktywności grupy neuronów. Zachowania polegające na łamaniu obowiązujących reguł społecznych mają przecież swoje źródło w czynnikach biologicznych, kulturowych i genetycznych[35]. Przestępczość jest złożoną cechą fenotypową, której pojawienie się zależy od wielu bardzo różnych czynników.

Korelacja pomiędzy zachowaniem przestępczym a anatomią mózgu nie jest oczywista. W przypadku niektórych skazanych rzeczywiście mamy do czynienia z uszkodzeniami tych części mózgu, które dzisiejsza nauka wiąże z przestrzeganiem reguł, rozróżnianiem dobra od zła, rozwiązywaniem dylematów społecznych etc. Z drugiej strony więzienia pełne są skazanych, których mózgi nie wykazują żadnych odchyleń od statystycznej normy, a przecież osoby te popełniły zarzucane im czyny – i ponoszą konsekwencje swoich działań. Z kolei uszkodzenia tych obszarów mózgu, które zwykło łączyć się z zaburzeniami w zachowaniu, np. kory przedczołowej (PFC), nie muszą skutkować zachowaniem antyspołecznym. Nie ma więc prostej zależności pomiędzy mózgiem a zachowaniem: „żaden piksel w mózgu nigdy nie będzie w stanie wykazać winy lub jej braku”[36]. Trudno jest dzisiaj także mówić o jednym, powszechnie obowiązującym wzorze anatomicznym i funkcjonalnym mózgu. Bardzo trudno przyjąć jeden wzór struktury i funkcji, który mógłby stać się punktem odniesienia dla każdego przeprowadzonego badania.

Z kolei innym typem błędu, niejako powiązanym z naiwnym realizmem, jest tzw. fenomen drzewka świątecznego (*Christmas tree phenomenon*). Określenie to odnosi się do sytuacji, w której kolorowe obrazki mózgu badanego stają się dowodami rozstrzygającymi o przebiegu procesu sądowego. Dowody z neuroobrazowania mają tendencję do nadmiernego wpływania na ocenę poczytalności sprawcy, stopnia winy czy określania wymiaru kary. W stosunku do informacji, które oferują, ich rola bywa w niektórych przypadkach zdecydowanie przeceniana[37].

> **Mariaż neuronauki kognitywnej i nauk prawnych z racji swego nowatorskiego charakteru musi budzić obawy.**

To tylko kilka trudności pojawiających się, gdy neuronauka kognitywna służy za źródło dowodów. Kolejnym krokiem w naszej analizie będzie odpowiedź na pytanie: w jaki sposób można poradzić sobie z takimi trudnościami i czy koszty dopuszczenia dowodów neuronaukowych nie przewyższą korzyści z tego płynących?

6. *Co należy zmienić?*

Obecność neuronauki kognitywnej na sali sądowej być może wymaga przyjęcia nowych rozwiązań prawnych. Prace nad ich poszukiwaniem można prowadzić z dwóch perspektyw. Pierwsza z nich, nazwijmy ją perspektywą normatywną, polega na przyjęciu punktu widzenia systemu prawnego i poszukiwaniu lub opracowaniu normatywnych kryteriów miarodajnej oce-

34 N. Feigenson, *Brain imaging and courtroom evidence: on the admissibility and persuasiveness of fMRI*, „International Journal of Law in Context” 2006, vol. 2, s. 248.

35 D. Mobbs, H.C. Lau, O.D. Jones, C.D. Frith, *Law, Responsibility…*, dz. cyt, s. 698.

36 Tamże.

37 Tamże, s. 699.

ny dowodów neuronaukowych. Druga perspektywa, nazwijmy ją empiryczną (pozanormatywną), polega na odwołaniu się do pozaprawnych kryteriów, które mogą pomóc w ocenie dowodów o cechach dowodu naukowego.

Przyjęcie pierwszej perspektywy będzie polegało na wypracowaniu normatywnych kryteriów dopuszczalności dowodów naukowych. Prawo dowodowe zostanie wzbogacone o kryterium podobne do amerykańskich standardów typu *Frye* i *Daubert*. Dzięki uchwaleniu odpowiednich przepisów prawnodowodowych organy procesowe wyposażone zostaną w narzędzia, którymi będą mogły się posługiwać podczas oceny wiarygodności i rzetelności środka dowodowego. Obecnie organy procesowe są – w pewnym sensie – pozostawione same sobie. To właśnie one muszą zdecydować, czy dyscyplina, z której pochodzą wiadomości specjalne, osiągnęła odpowiedni poziom rozwoju. Ich rola nie sprowadza się jedynie do określenia, czy dana dyscyplina naukowa może być źródłem miarodajnych dowodów, ale także wymaga się od nich zdolności do stwierdzenia, czy dany dowód naukowy jest przydatny do ustalenia okoliczności wskazanych w tezie dowodowej. W trakcie formułowania takiej oceny bardzo łatwo popełnić błąd realizmu naiwnego czy błąd mereologiczny, o którym mówią Bennett i Hacker. W związku z tym Sąd Najwyższy stwierdził, że opinia biegłego (także ta o cechach dowodu naukowego) powinna być uzasadniona w sposób pozwalający na jej sądową kontrolę[38]. Jest to o tyle oczywiste, że opinia biegłego podlega formalnej i merytorycznej ocenie organu procesowego. Jak powiedzieliśmy wcześniej, biegły nie może być „sędzią faktu". W związku z tym – zgodnie z zaleceniami Sądu Najwyższego[39] – opinia biegłego musi zostać sformułowana w sposób jasny, logiczny, pozwalający na zapoznanie się z jej treścią podmiotom nieposiadającym wiedzy specjalistycznej, w tym przede wszystkim organom procesowym.

Domaganie się od organów procesowych, by dokonywali merytorycznej oceny dowodu, wymaga pewnego stopnia wiedzy merytorycznej. Co więcej, Sąd Najwyższy rozszerza kontrolę sądu także na czynności przygotowawcze, które biegły powinien wykonać przed wydaniem opinii. Nie jest to, co prawda, zgoda na ingerowanie w metodologię badań, ale fakt ten ilustruje, jak wielka odpowiedzialność spoczywa na organach procesowych w zakresie ochrony procesów prawnych przed nierzetelnymi dowodami[40].

Choć orzeczenia Sądu Najwyższego mają na celu ochronę systemu prawnego przed skutkami niewłaściwego posługiwania się dowodami naukowymi w postępowaniach sądowych, to ciągle brak jest ujednolicony kryteriów pomagających w merytorycznej ocenie tego typu środków dowodowych. Nowe przepisy prawnodowodowe, które wprowadziłyby do systemu kryteria na wzór standardów *Frye* i *Daubert*, w znaczącym stopniu pomogłyby organom procesowym. W dalszym jednak ciągu niewiele mniejsze trudności organy te miałyby z merytoryczną oceną takich dowodów.

Domaganie się od organów procesowych, by dokonywali merytorycznej oceny dowodu, wymaga pewnego stopnia wiedzy merytorycznej.

Amerykańscy prawnicy zaczęli dostrzegać, że jeśli nie chcemy, by nierzetelne dowody naukowe były obecne w procesach, nie wystarczy po prostu dalsze rozbudowywanie standardu *Daubert*. Należy się zastanowić, w jaki sposób można pomóc organom procesowym w ocenie konkretnych dowodów neuronau-

38 Wyrok SN z dnia 19 maja 1998 r., UKN 55/98.

39 Wyrok SN z dnia 29 lipca 1999 r., II UKN 60/99.

40 Wyrok SN z dnia 20 stycznia 1969 r., II CR 534/68; wyrok SN z dnia 5 maja 1988 r., I KR 100/88.

kowych. Regulacje prawne niewiele tutaj pomogą. Nie chodzi przecież o formalne dopuszczenie dowodu do podstawy dowodowej orzeczenia, ale o jego merytoryczną ocenę; przekonanie, że dany dowód rzeczywiście dowodzi określonej okoliczności. Przyjęcie perspektywy empirycznej może pomóc w wypracowaniu rozwiązania tego problemu.

Należy zwiększyć dostęp organów do pozaprawnych kryteriów, według których dany dowód jest oceniany. Organy procesowe powinny mieć możliwość zapoznania się z osiągnięciami neuronauki kognitywnej – dyscypliny naukowej, której wpływ na system prawny stale się zwiększa. Normatywne kryteria dopuszczalności dowodów naukowych powinny zostać poparte odpowiednią edukacją uczestników postępowań prawnych. Prawnicy w Stanach Zjednoczonych jako pierwsi zrozumieli swoje nieprzygotowanie do posługiwania się dowodami neuronaukowymi. Od pewnego czasu rośnie liczba publikacji, podręczników, szkoleń i konferencji mających na celu przybliżenie metod i technologii badawczych neuronauki kognitywnej. A przede wszystkim działania te koncentrują się na wyjaśnieniu przystępnym językiem znaczenia dowodów neuronaukowych, takich jak uzyskane dzięki CT, EEG, fMRI lub MRI. Zabiegi te mogą sprawić, że biegły nie będzie „sędzią faktu", a swobodna, merytoryczna ocena dowodu naukowego stanie się rzeczywistością. Dzięki takim zabiegom organy procesowe zaczną faktycznie pełnić odpowiedzialną funkcję strażników, chroniących system prawny i prawidłowy przebieg procesów sądowych przed skutkami nierzetelnych i niemiarodajnych dowodów naukowych.

* * *

Polski system prawny, a w szczególności polskie prawo dowodowe nie są jeszcze w wystarczającym stopniu przygotowane na pojawienie się tak skomplikowanych, nowatorskich i kontrowersyjnych dowodów naukowych, jakimi są dowody neuronaukowe. Ich wykorzystanie sprawia poważne trudności w systemie prawa amerykańskiego, w którym kwestia dopuszczalności dowodów naukowych jest intensywnie dyskutowana przez co najmniej ostatnie trzy dekady. Niemniej jednak sytuacja jest dość komfortowa. Wystarczy przyjrzeć się przyjętym rozwiązaniom w innych systemach prawnych, by dobrze przygotować się na to, co dziś niektórzy nazywają – jeszcze na wyrost – neurorewolucją w naukach prawnych.

Jan Rudnicki

Rola formy testamentu. Uwagi na tle porównawczym

Jan Rudnicki

Doktor nauk prawnych, adiunkt w Zakładzie Europejskiej Tradycji Prawnej WPiA UW. Jego zainteresowania naukowe koncentrują się wokół problematyki tradycji, aksjologii i roli w systemie instytucji prawnych, zwłaszcza z zakresu prawa spadkowego i rzeczowego. Przedmiotem jego studiów są również zagadnienia z pogranicza prawa publicznego oraz doktryn politycznych i prawnych.

The role of testamentary form in comparative background

The problem regarding form of testament stands between two crucial principles of law: legal security and freedom of testation. The public wills can be considered as the safest testamentary option, but, as it is complex to draw them up, it does not fulfil the principle of freedom of testation. The position of such forms within the testamentary law defines therefore how each system deals with the above-mentioned conflict of principles. The European models vary from the exclusivity of the notarial will in the Russian tradition to the solely private will in the English law. The German model (in which Polish regulation should be placed) offers the testator many possibilities, but emphasises the role of the notarial will, trying to balance the colliding principles. The aim of the thesis is to analyse the scope of testamentary forms in the different European traditions and to discover the axiological reasons for the significant differences between regulations in this field.

Analizę dotyczącą form testamentu warto rozpocząć od wskazania konfliktu dwóch ważkich wartości, który stanowi główny problem tej gałęzi prawa prywatnego. Aby lepiej ten konflikt przedstawić, należy wskazać rolę, jaką pełni forma testamentu w ogóle. Zastrzeżenie przez prawo wymogu testowania w określonej formie ma przede wszystkim na celu zapewnienie, że treść oświadczenia woli testatora zostanie poznana przez inne osoby z chwilą jego śmierci[1]. Przepisy o formie powinny zarazem umożliwiać jednoznaczne stwierdzenie, czy dany akt dokonany przez zmarłego rzeczywiście należy uznać za jego testament. Zastrzeżona forma powinna również w możliwie najpełniejszy sposób uniemożliwiać sfałszowanie oświadczenia ostatniej woli. Wszystkie wskazane elementy odnoszą się *de facto* do realizacji jednej z czołowych wartości ca-

1 Zob. E. Skowrońska-Bocian, *Forma testamentu w prawie polskim*, Warszawa 1991, s. 17; S. Wójcik, F. Zoll, *Testament* (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 10, *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2009, s. 298–299.

łego systemu prawnego w ogóle – zapewnienia bezpieczeństwa obrotu prawnego. Łatwo jest dostrzec, że wymogom bezpieczeństwa obrotu najlepiej odpowiadają te czynności prawne, wobec których przewidziano restrykcyjne wymogi formalne. Dotyczy to w całej rozciągłości także testamentów. Z drugiej strony jednak zbytni formalizm może prowadzić do nadmiernego utrudnienia w testowaniu, a niekiedy wręcz je uniemożliwić. W konsekwencji może dojść do zaprzeczenia jednego z podstawowych aspektów zasady swobody testowania, jakim jest umożliwienie jednostce złożenia ważnego oświadczenia woli do ostatnich chwil życia[2]. W pewnym uproszczeniu można więc wskazać, że przy formułowaniu przepisów o formie testamentu trzeba rozstrzygnąć konflikt pomiędzy wspomnianym elementem zasady swobody testowania a wskazaną już wartością, jaką jest bezpieczeństwo obrotu prawnego. Bardziej liberalne formy testamentu będą w większym stopniu gwarantowały możliwość testowania do ostatnich chwil życia spadkodawcy, a jednocześnie, z uwagi na większą łatwość sfałszowania testamentu lub zniekształcenia jego treści, stanowić będą zagrożenie dla pewności obrotu prawnego.

Z nakreślonym wyżej problemem zmierzyć się musi każdy ustawodawca. Rozstrzygnięcie wskazanego konfliktu wartości wiąże się z wyborem aksjologicznym i prowadzi do określonego ukształtowania przepisów dotyczących formy testamentu. Rzut oka na odpowiednie przepisy obowiązujące w poszczególnych państwach Europy pozwala wskazać te porządki prawa testamentowego, które kładą większy nacisk na bezpieczeństwo obrotu, oraz te, które pozostawiają testatorom szerszy katalog możliwości, przyczyniając się tym samym w większym stopniu do realizacji zasady swobody testowania. Analiza porównawcza pozwala ustawić poszczególne ustawodawstwa na symbolicznej osi – począwszy od tych, które rozpoznają niemal wyłącznie testamenty urzędowe, a skończywszy na tych, które w ogóle nie znają takich instytucji. Spojrzenie na tę oś pozwala również na poczynienie obserwacji na nieco mniej oczywistym poziomie, do czego warto będzie wrócić w podsumowaniu. Centralnym punktem tej analizy siłą rzeczy najłatwiej jest uczynić właśnie testamenty urzędowe, w tym przede wszystkim testament notarialny, który jest obecnie na kontynencie europejskim podstawową formą testamentu sformalizowanego. Rola, jaką testamenty urzędowe pełnią w danym systemie, niejako wyznacza miejsce pozostałym formom testamentu. Przegląd poszczególnych tradycji europejskiego prawa prywatnego, widzianych przez pryzmat nakreślonego zagadnienia, warto zatem rozpocząć od rozwiązań rosyjskich, bez wątpienia najbardziej restrykcyjnie ograniczających formalny aspekt swobody testowania.

Bardziej liberalne formy testamentu będą w większym stopniu gwarantowały możliwość testowania do ostatnich chwil życia spadkodawcy, a jednocześnie, z uwagi na większą łatwość sfałszowania testamentu lub zniekształcenia jego treści, stanowić będą zagrożenie dla pewności obrotu prawnego.

2 Ten aspekt zasady swobody testowania był podkreślany od jej zarania w prawie rzymskim. Zob. D. 34.4.4: „Ambulatoria est enim voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum".

Wyłączność formy urzędowej w tradycji rosyjskiej

Bardzo ważnym, a z punktu widzenia tego tematu wręcz kluczowym, wyróżnikiem testamentowego prawa rosyjskiego jest to, że co do zasady dozwala ono na sporządzenie testamentu tylko w formie notarialnej. Mianem testamentów szczególnych określa się w tej tradycji takie, które mogą być poświadczone przez inną osobę niż notariusz – zawsze jednak pełniącą jakąś rolę urzędową lub quasi-urzędową. Również testament holograficzny w systemie rosyjskim jest rodzajem formy szczególnej. Zarówno współczesny kodeks rosyjski, jak i dawne regulacje prawa prywatnego zawierają rozbudowane katalogi sytuacji szczególnych, a testamenty, które mogą być wtedy sporządzone, pełnią rolę surogatów testamentu notarialnego. Opisany schemat był w pełni realizowany przez prawo okresu carskiego. Pewne zmiany zaszły dopiero w okresie panowania bolszewików. W pierwszych latach ich rządów prawo spadkowe było jedną z dziedzin poddanych rewolucyjnym eksperymentom prawnym. Dekret z 1918 r. zlikwidował nawet dziedziczenie testamentowe całkowicie. Później wydawane kodeksy dla poszczególnych republik sowieckich nie zawierały żadnych uregulowań dotyczących testamentów szczególnych, ograniczając się tylko i wyłącznie do testamentu notarialnego[3]. Pierwszy wyłom w tej zasadzie uczynił kodeks morski z 1929 r., pozwalający kapitanom statków na poświadczanie testamentów członków załogi i pasażerów. Podczas II wojny światowej powrócił znany prawu carskiemu testament wojskowy i tym samym droga do unormowania kolejnych sytuacji umożliwiających odstępstwo od zasady testowania przed notariuszem została na powrót otwarta.

Obecny rosyjski kodeks cywilny był uchwalany częściami, w latach 1994–2006. Prawo spadkowe zostało zawarte w ustawie z dnia 26 listopada 2001 r. W zakresie regulacji form testamentu nowy kodeks nie odbiega od rosyjskiej tradycji – nadal jedyną dopuszczalną formą jest testament notarialny. W art. 1127 kodeksu wylicza się ponadto szereg przypadków, kiedy testament poświadczony przez inną osobę niż notariusz ma moc równą notarialnemu. Są to tzw. testamenty szpitalne, ekspedycyjne, morskie, więzienne oraz wojskowe. Art. 1129 stanowi z kolei o testamencie holograficznym, który – jak już była mowa – jest również rodzajem wyjątku. Może zostać sporządzony jedynie wtedy, gdy zagrożone jest życie testatora, a skorzystanie z podstawowej formy testamentu nie jest możliwe. Niemal identycznie brzmiące regulacje zawiera kodeks cywilny Ukrainy z dnia 16 stycznia 2003 r.[4], co jest jedną z przesłanek potwierdzających tezę, że prawo tego państwa pozostaje cały czas w ramach rosyjskiej tradycji. Tradycja ta zakłada zatem restrykcyjne ograniczenie formalnego aspektu swobody testowania, dozwalając na dokonanie rozrządzenia – co do zasady – tylko w bezpiecznej formie notarialnej.

Prymat testamentów urzędowych w tradycji romańskiej

Nieco dalej na wspomnianej na wstępie osi należy umieścić systemy prawa prywatnego zaliczane do tradycji romańskiej, tj. oparte na wzorcach francuskich. Rodzina systemów wzorujących się na Kodeksie Napoleona jest bez wątpienia najliczniejsza w całej zachodniej cywilizacji prawnej. Na potrzeby tej analizy warto odwołać się do kilku najbardziej znamiennych przykładów, zaczynając – rzecz jasna – od samego prawa francuskiego.

Francuski kodeks cywilny jest w kwestii form testamentu dość restryktywny. W art. 969 wymienione zostały trzy formy testamentu zwykłego: holograficzny (*olographe*), sporządzony w formie aktu urzędowego (*fait par acte public*) oraz mistyczny (*dans la forme mystique*). Spośród tych form dwie wymagają udziału notariusza, z czego testament mistyczny (tajemny) jest charakterystyczną instytucją prawa francuskiego, adoptowaną później przez inne, choć nie tylko romańskie, systemy prawa prywatnego. Pierwotnie jego sporządzenie wymagało udziału co najmniej sześciu świadków; obecnie wymaganych jest jedynie dwóch. Testament notarialny dla swojej ważności wymaga obecności dwóch notariuszy lub jednego notariusza i dwóch świadków (pierwotnie czterech). Wśród form zwykłych dominują więc formy bardzo restrykcyjne, wymagające jednoczesnego

3 J. Turłukowski, *Testamenty szczególne w ukraińskim prawie cywilnym*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego" 2006 (V), nr 1, s. 146.

4 Tamże, s. 148.

udziału funkcjonariuszy publicznych oraz świadków. Testament holograficzny, wymagający tradycyjnie odręcznego pisma, daty i podpisu testatora, jest zdecydowanie najbardziej liberalną formą testamentu prawa francuskiego. Testamenty szczególne w prawie francuskim trudno bowiem uznać za testamenty odformalizowane. Przede wszystkim bardzo widoczny jest brak szczególnego testamentu ustnego. *Code Civile* zna co prawda aż cztery formy szczególne testamentu: wojskowy (art. 981–984), sporządzony w czasie epidemii (art. 985), podróżny (art. 988–989) i sporządzony za granicą (art. 986) – ale testowanie w tych formach wymaga zawsze udziału osoby urzędowej lub quasi-urzędowej, jak np. kapitan statku. Bez wątpienia wszystkie te testamenty należy uznać za urzędowe. Jasny jest też cel takiego, a nie innego ich ukształtowania – mają one służyć tym testatorom, którzy w danym momencie nie mają dostępu do notariusza. Urzędowy charakter tych rozrządzeń podkreślają unormowania nakazujące przekazanie testamentów sporządzonych w formach szczególnych odpowiednim francuskim czynnikom oficjalnym.

Regulacja form testamentu w prawie hiszpańskim, choć na pierwszy rzut oka bardzo podobna do francuskiej, różni się od niej jednak dopuszczeniem w wyjątkowych przypadkach możliwości testowania ustnego. Co do zasady przepisy hiszpańskiego *Código Civil* odnośnie do form testamentów zwykłych nie różnią się od kodeksu francuskiego. Pod nazwą testament otwarty (*abierto*) kodeks zna podstawową formę testamentu notarialnego, sporządzanego przed notariuszem w obecności dwóch świadków. Testament zamknięty (*cerrado*) odpowiada zaś konstrukcyjnie testamentowi mistycznemu. W kodeksie znajdujemy również testamenty szczególne (*especiales*), zaliczając do nich wojskowy, morski oraz sporządzony za granicą (art. 677). Wszystkie one, podobnie jak testamenty szczególne prawa francuskiego, mają co do zasady formę urzędową. W przypadku testowania wojskowego oraz morskiego możliwe jest, przy zaistnieniu dodatkowych przesłanek, testowanie ustne w obecności świadków (art. 720 i 731). Testowanie ustne przewidują również przepisy art. 700–704, jako przesłanki wskazując bezpośrednie zagrożenia życia testatora oraz epidemię.

Na tle pozostałych porządków tradycji romańskiej wyróżnia się również prawo niderlandzkie. W *Burgerlijk Wetboek* właściwa wszystkim kodeksom romańskim zasada traktowania testamentów szczególnych jako surogatów testamentu notarialnego została wyrażona *expressis verbis* poprzez ustanowienie specjalnej formy testamentu allograficznego na wypadek „braku normalnego kontaktu z notariuszem lub właściwym urzędnikiem konsularnym" oraz ograniczenie możliwości testowania szczególnego do sytuacji, gdy wymienione osoby są niedostępne. Kodeks ten jest zarazem bodaj najbardziej restrykcyjnym spośród wszystkich kodeksów z rodziny romańskiej, jeśli chodzi o formy testamentu. Regulacje dotyczące form testamentu zawierają art. 93–110 księgi 4 kodeksu[5]. Jak wynika z art. 94, prawo holenderskie zna dwie ogólne formy testamentów: sporządzony przez notariusza oraz holograficzny, który został następnie u notariusza złożony. Ta druga forma testamentu wyraźnie zbliża się do formy pochodzącego z prawa francuskiego testamentu mistycznego. Kodeks normuje także kilka form szczególnych. Pierwszą z nich jest testament holograficzny, który nie musi być złożony u notariusza (art. 97). Podstawą do takiego rozróżnienia jest ograniczenie możliwości testowania za pomocą tego „szczególnego" testamentu własnoręcznego tylko do określonych składników majątku, a mianowicie do ściśle wyliczonych rodzajów rzeczy ruchomych. Kolejne formy znane prawu holenderskiemu należy uznać za szczególne we właściwym tego słowa znaczeniu, tzn. takie, które można sporządzić jedynie w ściśle określonych okolicznościach. Jak łatwo się domyślić, wszystkie te formy wymagają udziału osoby urzędowej lub quasi-urzędowej. W porównaniu z innymi kodeksami romańskimi, które znają przecież testament holograficzny jako formę zwykłą, kodeks holenderski zakłada zdecydowanie najdalej idący formalizm testamentów.

Podsumowując ten krótki przegląd romańskich praw testamentowych, należy podkreślić, że formy testamentów, dla których sporządzenia konieczny jest udział notariuszy, stanowią tu bez wątpienia formy absolutnie podstawowe. Najlepiej świadczy o tym zasadniczy brak możliwości testowania ustnego oraz urzędowy charakter form szczególnych, wyraźnie po-

5 Treść przepisów holenderskich przytoczona za tłumaczeniem angielskim: H. Warendorf, R. Thomas, I. Curry-Summer, *The Civil Code of the Netherlands*, Wolters Kluwer, 2009.

traktowanych jako surogaty formy notarialnej. Od modelu rosyjskiego tradycję romańską odróżnia jednak w sposób zasadniczy obecność formy holograficznej jako jednej z form ogólnych, dzięki której testowanie z udziałem notariusza nie ma tu charakteru wyłącznego. Ustawodawca francuski oraz inni pozostający w ramach tej tradycji bez wątpienia kładą więc nacisk na bezpieczeństwo obrotu *mortis causa*, czyniąc zarazem wyraźny krok w stronę swobody testowania w postaci dopuszczenia testamentu własnoręcznego.

Wielość form testamentu w tradycji germańskiej

Germańska tradycja prawa prywatnego podchodzi do zagadnienia form testamentu w zasadniczo inny sposób niż zaprezentowane powyżej tradycje rosyjska i romańska. Zarówno prawo austriackie, jak i niemieckie znają wiele różnorodnych form testamentu, dając tym samym jednostce szerokie spektrum możliwości i w dalece większym zakresie realizując zasadę swobody testowania. Austriacki kodeks cywilny (*Österreich Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, ABGB) nazywa formę testamentu „formą zewnętrzną" (*äußere Form der Erklärungen des letzten Willens*). W § 577 stanowi niezmiennie od 1811 r., że można testować prywatnie lub urzędowo, pisemnie lub ustnie; pisemnie zaś ze świadkami lub bez nich. Należy wskazać, że austriackie prawo testamentowe było w 2004 r. przedmiotem gruntownej reformy, która dotknęła również przepisów dotyczących formy testamentu[6]. Warto jednakże przedstawić postać tych regulacji zarówno przed tą reformą, jak i obowiązujących obecnie. Testament pisemny mógł w prawie austriackim przybrać zarówno formę testamentu holograficznego (§ 578), jak i testamentu „dyktowanego", spisanego według dyspozycji spadkodawcy przez osobę trzecią w obecności trzech świadków, w tym co najmniej dwóch równocześnie (§ 579). Prawo austriackie znało także formę testamentu ustnego – pozasądową, sporządzaną poprzez oświadczenie ostatniej woli trzem świadkom (§ 585–586). Warto podkreślić, że była to forma zwykła, gdyż użycie jej nie jest obwarowane żadnymi przesłankami. W tym miejscu najlepiej widać różnicę z formami testamentu w prawach romańskich, które co do zasady nie dopuszczają testamentu ustnego, nawet jako testamentu szczególnego. W myśl przepisów ABGB można również testować „sądowo". Sądowy testament pisemny, polegający na złożeniu w sądzie własnoręcznego pisma (§ 587), jest podobny do francuskiego testamentu mistycznego. Sądowy testament ustny jest natomiast typowym testamentem allograficznym – ostatnia wola testatora jest protokołowana przez dwóch urzędników sądowych (§ 588–589). W razie nagłej potrzeby (*im Notfalle*) urzędnicy ci mogą się udać do domu testatora i tam zaprotokołować jego oświadczenie (§ 590). Testament notarialny przybiera w Austrii bodaj najwięcej wariantów. Co warte podkreślenia, nie są one normowane w ABGB – wprowadziła je dopiero reforma notariatu z 1850 r. i do dziś unormowania ich dotyczące znajdują się w ustawie

Od modelu rosyjskiego tradycję romańską odróżnia jednak w sposób zasadniczy obecność formy holograficznej jako jednej z form ogólnych, dzięki której testowanie z udziałem notariusza nie ma tu charakteru wyłącznego.

6 *Bundesgesetz: Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetz 2004 – FamErbRÄG* 2004; „Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich" z 21 czerwca 2004 r., nr 58. Ustawa ta weszła w życie z dniem 1 stycznia 2005 r.

notarialnej (*Notariatsordnung*). Ustawa ta normuje testament przed dwoma notariuszami lub jednym notariuszem i dwoma świadkami, testament mistyczny, testament w formie aktu notarialnego, jak również testament holograficzny potwierdzony następnie aktem notarialnym. W praktyce testamenty sądowe nie odgrywają w Austrii niemal żadnej roli, także funkcję testamentu publicznego pełnią wskazane formy notarialne[7]. W wyniku wspomnianej reformy prawa spadkowego z 2004 r. zniesiony został ustny testament zwykły, a wszystkie formy testamentów szczególnych zastąpiono jedną nową formą[8]. Ustawodawca austriacki uczynił więc duży krok w stronę ograniczenia formalnego aspektu swobody testowania, stawiając najwyraźniej na zapewnienie większego bezpieczeństwa obrotu.

Kodeks niemiecki (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB) przewiduje dwie formy zwykłe oraz trzy formy szczególne testowania. W myśl pierwotnego brzmienia § 2231 BGB testament w formie zwyczajnej można było sporządzić przed sędzią lub notariuszem bądź przez oświadczenie – własnoręcznie napisane i podpisane przez spadkobiercę, z wymienieniem miejsca i dnia sporządzenia. W myśl dawnego § 2233 można było testować przed sędzią w obecności sekretarza sądowego lub dwóch świadków albo przed dwoma notariuszami, albo notariuszem w obecności dwóch świadków. Testowanie notarialne albo sądowe odbywać się mogło poprzez podyktowanie ostatniej woli ustnie albo poprzez zdeponowanie u notariuszy albo w sądzie dokumentu, co odpowiada konstrukcji francuskiego testamentu mistycznego. Kodeks niemiecki w obecnym brzmieniu nie zna już testamentu sporządzanego przed sędzią, a tryb sporządzania testamentu notarialnego uległ znacznym zmianom[9]. Rezygnacja z testamentów sądowych stała się możliwa dzięki nadaniu jednolitych ram organizacyjnych niemieckiemu notariatowi i – jak to ujął R. Zimmerman – dzisiaj nikt za testamentem sądowym nie tęskni[10]. Obok takiego kilkuwariantowego testamentu publicznego zwykłym testamentem był również testament holograficzny (*Eigenhändiges Testament*). Jego forma była zresztą w prawie niemieckim przedmiotem wielkiej dyskusji już na etapie opracowywania projektu BGB, a także licznych kontrowersji i reform już po wejściu kodeksu w życie. Ostateczny kształt testamentowi własnoręcznemu nadała dopiero nowelizacja BGB z 1938 r.[11]

Niemiecki kodeks cywilny zna również, w postaci zasadniczo niezmienionej od początku obowiązywania, trzy testamenty szczególne: testament na statku (§ 2251: *während einer Seereise an Bord eines deutschen Schiffes*), będący w zasadzie wariantem omawianego niżej testamentu ustnego, oraz dwa testamenty, których przesłanką sporządzenia jest utrudniony dostęp do notariusza (czy niegdyś: sędziego lub notariusza). Pierwszym z nich jest testament allograficzny sporządzany przed burmistrzem (§ 2249: *Nottestament von dem Bürgermeister*), z którego można skorzystać jedynie wówczas, gdy istnieje obawa, że spadkodawca umrze, zanim możliwe będzie sporządzenie testamentu przed sędzią lub notariuszem. Testament allograficzny w prawie niemieckim jest więc surogatem testamentu notarialnego. Podobna przesłanka uzasadnia sporządzenie testamentu ustnego (§ 2250: *Nottestament vor drei Zeugen*). Sporządzenie testamentu ustnego jest więc także uwarunkowane utrudnionym dostępem do notariusza, lecz z racji braku udziału osoby urzędowej trudno nazwać go surogatem formy notarialnej.

Różnicę w ujęciu zagadnienia formy testamentu między prawami romańskimi i germańskimi najlepiej podkreśla fakt obecności w tych ostatnich testamentu ustnego. Istnienie tej formy nawet jako szczególnej, tj. obwarowanej określonymi przesłankami, zdecydowanie ułatwia sytuację jednostki, umożliwiając jej testowanie także w sytuacjach nagłych. W ten sposób tradycja germańska idzie zdecydowanie w kierunku realizacji zasady swobody testowania, co oczywiście musi odbyć się kosztem zmniejszenia ochrony bezpieczeństwa ob-

7 Ch.C. Wenderhorst, *Testamentary Formalities in Austria* (w:) *Comparative Succession Law*, t. I, *Testamentary Formalities*, eds. K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, Oxford 2011, s. 227.

8 Odnośnie do obecnych form testamentu w Austrii oraz reformy z 2004 r. zob. Ch.C. Wenderhorst, tamże.

9 Chodzi tu przede wszystkim o wykreślenie z BGB § 2234–2246, dokonane z dniem 1 stycznia 1970 r., *Beurkundungsgesetz* z 28 sierpnia 1969 r. (BGBl. I, s. 1513).

10 R. Zimmermann, *Testamentary Formalities in Germany* (w:) *Comparative Succession Law*…, dz. cyt., s. 220.

11 *Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen* z 31 lipca 1938 r.

rotu. Mimo to warto zauważyć, że w prawie niemieckim testament notarialny nadal zajmuje szczególną pozycję, czego najlepszym potwierdzeniem jest to, że zarówno testament allograficzny, jak i ustny są formami szczególnymi i zarazem surogatami formy notarialnej. W ten sposób ustawodawca podkreśla, że testament notarialny jest niejako formą preferowaną, starając się zminimalizować ryzyko dla bezpieczeństwa obrotu, który niesie z sobą dozwolenie na testowanie ustne.

Różnicę w ujęciu zagadnienia formy testamentu między prawami romańskimi i germańskimi najlepiej podkreśla fakt obecności w tych ostatnich testamentu ustnego.

Prawo polskie w ramach tradycji germańskiej

Jak wiadomo, zunifikowane, a następnie skodyfikowane polskie prawo cywilne czerpie sporo z rozwiązań Kodeksu Napoleona, ale zarówno pandektowa systematyka, jak i kształt większości instytucji wywodzą się z prawa niemieckiego. Nie inaczej jest z formami testamentu, które w swoim zasadniczym kształcie odpowiadają tym znanym z BGB. Testament notarialny zyskał w prawie polskim szczególną pozycję jeszcze przed unifikacją prawa spadkowego. Testamenty sądowe w byłych dzielnicach austriackiej i niemieckiej zostały bowiem zniesione mocą unormowań rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. – Prawo o notariacie[12], przez co testament notarialny stał się jedyną formą urzędową znaną prawom dzielnicowym.

Tym tropem poszedł dekret z dnia 8 października 1946 r. – Prawo spadkowe[13]. Jak już była mowa, co do zasady przepisy polskie o formach testamentu opierały się na prawie niemieckim. Do form zwykłych w dekrecie zaliczono testament holograficzny, notarialny oraz allograficzny (który w BGB jest testamentem szczególnym); formami szczególnymi były zaś testament ustny, testament na statku oraz testamenty wojskowe. Bodaj najwyraźniej na wzorze niemieckim opierał się testament notarialny – można go było sporządzić, podając swoją wolę do wiadomości notariusza ustnie (art. 81 § 1) albo wręczając mu przygotowane już pismo (art. 81 § 2 – testament mistyczny). Także wymóg obecności dwóch notariuszy albo jednego notariusza i dwóch świadków zdaje się pochodzić z BGB, choć nie można zapominać, że identyczne uregulowanie zawiera kodeks francuski. Całokształt unormowań form testamentu w dekrecie wskazuje jednak, że wzorem dla polskiego prawodawcy było w tej materii przede wszystkim prawo niemieckie. Potwierdza to zwłaszcza obecność testamentu ustnego, możliwego do sporządzenia, „jeżeli wskutek szczególnych okoliczności, jako to: przerwania komunikacji, epidemii, działań wojennych, choroby spadkodawcy albo jego nieszczęśliwego wypadku, uzasadniających obawę rychłej jego śmierci, sporządzenie testamentu zwykłego byłoby niemożliwe lub bardzo utrudnione" (art. 82 zdanie pierwsze). Wymogiem ważności takiego rozrządzenia była obecność trzech świadków. W art. 83 wyraźnie podkreślono allograficzny charakter testamentu sporządzanego podczas podróży na statku morskim lub powietrznym, odsyłając do szczegółów zawartych w art. 80. Dodatkowo art. 83 w § 2 dozwalał na skorzystanie podczas podróży statkiem z testamentu ustnego, jeżeli sporządzenie testamentu przed kapitanem lub jego zastępcą byłoby niemożliwe. Paragraf ten również nawiązuje do testamentu na statku w kształ-

12 Dz.U. z 1933 r. Nr 84, poz. 609. Zob. art. 142, dotyczący byłego zaboru austriackiego, oraz art. 146 § 1, dotyczący byłego zaboru pruskiego, stanowiące o ustaniu właściwości sądów tych dzielnic do dokonywania czynności, które może sporządzać notariusz.

13 Dz.U. z 1946 r. Nr 60, poz. 328 z późn. zm.

cie znanym BGB. Warto zauważyć, że mimo pójścia śladem kodeksu niemieckiego prawo spadkowe nie przejęło z niego braku dostępu do notariusza jako przesłanki sporządzenia testamentu ustnego.

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny[14], choć z oczywistych przyczyn była wielokrotnie nowelizowana, nie doczekała się dotychczas żadnej szerszej zmiany w zakresie przepisów normujących formy testamentu. Jedynie art. 951 § 1 był trzykrotnie nowelizowany, ale zmiany te ograniczały się za każdym razem do dostosowania katalogu podmiotów, przed którymi można testować allograficznie, do kolejnych zmian w strukturze administracji publicznej[15]. Poza tym formy testamentu pozostają w prawie polskim niezmienione od czasu wejścia w życie kodeksu cywilnego oraz rozporządzenia w sprawie testamentów wojskowych. Co do zasady polskie prawo o formach testamentu cały czas – tak jak i pod rządami dekretu z 1946 r. – pozostaje oparte przede wszystkim na wzorcu niemieckim. Poszczególne formy nie różnią się zresztą zasadniczo od tych znanych dekretowi. Testament holograficzny, będący bez wątpienia podstawową formą zwykłą, oparty jest na tych samych założeniach, a obecny art. 949 k.c. brzmi niemal identycznie jak art. 79 dekretu.

Istotną różnicą jest brak w kodeksie szczegółowych wytycznych dotyczących sporządzania testamentu notarialnego. Art. 950 k.c. stanowi jedynie, że testament może być sporządzony w formie aktu notarialnego, odsyłając tym samym *de facto* do przepisów prawa notarialnego. Rozwiązanie to jest w doktrynie krytykowane[16], jednak warto pamiętać, że jest ono bardzo podobne do austriackiego. Także w prawie niemieckim przepisy dotyczące testamentu notarialnego zostały przejściowo wykreślone z BGB i przeniesione do osobnej ustawy; współcześnie szczegółowe regulacje odnoszące się do procedury sporządzania tych testamentów zawiera ustawa notarialna[17]. Obecne rozwiązanie polskie, polegające na faktycznym przeniesieniu przepisów dotyczących testamentu notarialnego poza kodeks cywilny, jest więc – co nie dziwi, zważywszy na ogólną inspirację prawami germańskimi – bliskie rozwiązaniom austriackim i niemieckim. Niezależnie od tego obowiązujące przepisy polskie, dotyczące sporządzania aktów notarialnych i czynności notarialnych w ogólności[18], nie wspominają ani słowem o świadkach ani o udziale więcej niż jednego notariusza. Tym samym obecne jeszcze w dekrecie z 1946 r. wymogi tej treści, wywodzące się z kodeksu niemieckiego, zostały przez polskiego ustawodawcę zarzucone. Testament notarialny jest więc współcześnie mniej sformalizowany i łatwiejszy do sporządzenia niż w prawie niemieckim czy też pod rządami dekretu z 1946 r. Należy również podkreślić, że obecnie obowiązujące przepisy, podobnie zresztą jak przepisy dekretu, w żaden sposób nie podkreślają szczególnej roli testamentu notarialnego, tak jak to ma miejsce w prawie niemieckim, zwłaszcza poprzez uczynienie braku dostępu do notariusza przesłanką uprawniającą do skorzystania z form szczególnych. W polskim prawie testamentowym brak jest jakichkolwiek porównywalnych unormowań. Ta różnica uprawnia do stwierdzenia, że w prawie polskim testament notarialny nie ma tej szczególnej pozycji, jaką zajmuje w BGB. Z drugiej strony różnica ta jest jednak na tyle niewielka, że trudno byłoby utrzymywać,

14 Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.

15 Ustawa z dnia 23 sierpnia 1996 r. (Dz.U. Nr 114, poz. 542); ustawa z dnia 24 lipca 1998 r. (Dz.U. Nr 106, poz. 668); ustawa z dnia 20 czerwca 2002 r. (Dz.U. Nr 113, poz. 984).

16 Zob. S. Wójcik, *O niektórych uregulowaniach w prawie spadkowym. Uwagi de lege ferenda* (w:) *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005, s. 1496–1497. Autor podkreśla, że odsyłając do uregulowań prawa o notariacie „ustawodawca odsyła do czegoś niejako »w ciemno«, co może ulec zmianie nawet w sposób nieodpowiadający regulacji właściwej dla testamentu. Inaczej mówiąc, przy takiej regulacji testamentu notarialnego ustawodawca – w pewnym sensie – traci kontrolę nad uregulowaniem formy testamentu notarialnego; które z czasem może stać się diametralnie różne od tego, jakie istniało w chwili wydania kodeksu cywilnego i które ustawodawca miał na względzie".

17 Mowa tu o uchwalonej w czasach III Rzeszy i powoływanej uprzednio ustawie o testamentach (*Testamentsgesetz*) z 1938 r., której przepisy przeniesiono na powrót do BGB w 1953 r. Następnie przepisy proceduralne dotyczące testamentów notarialnych przeniesiono do ustawy notarialnej (*Beurkundungsgesetz*) z 1969 r., co połączono ze wspomnianym wcześniej zniesieniem testamentów sądowych. Szerzej R. Zimmermann, *Testamentary Formalities…*, dz. cyt., s. 207–212.

18 Art. 79–95 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (tekst jedn. Dz.U. z 2008 r. Nr 189, poz. 1158 z późn. zm.).

jakoby prawo polskie wypracowało jakiś odrębny od niemieckiego model unormowania form testamentu. Niektóre poglądy doktryny wskazują ponadto, że testament notarialny również w Polsce pozostaje – z uwagi na jego oczywiste walory – formą preferowaną[19]. Bez wątpienia również główne założenie stojące za odpowiednimi przepisami kodeksu niemieckiego i kodeksu polskiego jest bardzo podobne i wyraża się w dozwoleniu na dokonywanie rozrządzeń ostatniej woli w wielu formach. Fundamentalne znaczenie ma również, tak odmienna od modelu romańskiego, obecność testamentu ustnego, który jest w praktyce jedyną formą możliwą do wykorzystania w naprawdę nagłych przypadkach. Nie ulega zatem wątpliwości, że w zakresie form testamentu polskie prawo cywilne zaliczyć należy do modelu germańskiego.

Brak testamentów urzędowych w prawie angielskim

W *common law* podejście do problematyki formy testamentu jest bardzo odmienne od kontynentalnego, co zresztą nie może dziwić, zważywszy na inne fundamentalne różnice między prawem anglosaskim a *civil law*. Na kontynencie praktycznie „od zawsze" (a więc począwszy od prawa rzymskiego) było oczywiste, że rozrządzenie ostatniej woli musi zostać sporządzone w ściśle określonej formie. Tymczasem w Anglii i Walii wymóg testowania w formie określonej w przepisach prawa pojawił się ostatecznie dopiero wraz z przyjęciem w 1677 r. *Statute of Frauds*. Drugą wielką różnicą, kluczową z punktu widzenia tej analizy, jest całkowity brak w prawie angielskim jakiejkolwiek urzędowej formy testamentu. Obecnie obowiązujący *Wills Act* z 1837 r. zna tylko jedną formę rozrządzenia ostatniej woli, która nie przypomina żadnej z podstawowych form testamentu znanych kodeksom kontynentalnym. Dość powiedzieć, że dla ważnego sporządzenia testamentu potrzebne jest zarówno pismo podpisane przez testatora, jak i jednoczesna z jego sporządzeniem obecność i podpisy świadków. Testament taki nie jest więc specjalnie łatwy do sporządzenia, zwłaszcza w porównaniu z kontynentalnym testamentem własnoręcznym. Jedynym wyjątkiem od tych wymogów jest w prawie angielskim możliwość całkowicie nieformalnego testowania przez żołnierzy podczas służby wojskowej oraz przez marynarzy podczas przebywania na morzu, a więc przypominająca instytucję wywodzącą się z prawa rzymskiego i wykazująca pewne podobieństwo do kontynentalnych testamentów wojskowych.

> **Angielski prawodawca opowiada się zdecydowanie za zapewnieniem bezpieczeństwa obrotu prawnego, jednak czyni to w sposób dalece odmienny od przyjętego tradycyjnie na kontynencie.**

Testament angielski jest zatem – podobnie jak testament w klasycznym prawie rzymskim – zawsze czynnością całkowicie prywatną. W aspekcie konfliktu dwóch wartości, o których była mowa na wstępie, testament ten nie realizuje jednak zbyt szeroko zasady swobody testowania. Angielski prawodawca opowiada się zdecydowanie za zapewnieniem bezpieczeństwa obrotu prawnego, jednak czyni to w sposób dalece odmienny od przyjętego tradycyjnie na kontynencie, gdzie za testament bezpieczny uchodzi przede wszystkim testament urzędowy, a w szczególności notarialny.

19 Zob. S. Wójcik, *Rola notariusza w sprawach spadkowych (na przykładzie testamentu notarialnego)*, „Rejent" 1996, nr 4–5 (60–61), s. 152.

Podsumowanie i drugie dno

Podsumowując, warto rozwinąć zasygnalizowaną na wstępie myśl, że z analizy uregulowań dotyczących form testamentu w poszczególnych porządkach prawnych wypływać może także wniosek dotyczący problematyki pozornie z prawem testamentowym mało związanej. Z samej analizy komparatystycznej wynika, że europejskie systemy prawa prywatnego można w ramach badanego aspektu ustawić na swego rodzaju osi. Na jednym jej skraju znajduje się prawo rosyjskie, w którym testament notarialny jest jedyną formą zwykłą testowania, a niemal wszystkie testamenty szczególne mają formę urzędową. Dalej miejsce zajmuje prawo francuskie i wzorowane na nim inne systemy romańskie, gdzie testamenty urzędowe wyraźnie dominują, a co do zasady jedyną formą prywatną rozrządzenia ostatniej woli jest testament holograficzny. Następna na osi jest tradycja germańska, w której testament notarialny pełni szczególną rolę, ale gdzie dopuszczone jest też korzystanie z szeregu form o charakterze prywatnym. Na drugim końcu osi znajduje się wreszcie prawo angielskie, które w ogóle nie zna testamentu urzędowego. Oś ta wyznacza szerokie spektrum rozwiązań i możliwych sposobów rozstrzygnięcia konfliktu pomiędzy swobodą testowania a bezpieczeństwem obrotu prawnego. Znajomość tych rozwiązań nie jest bez znaczenia przy dokonywaniu wykładni przepisów o formach testamentu i ich stosowaniu w praktyce. W kontekście polskim należy wyraźnie podkreślić, że nasze przepisy o formach testamentu należą bez wątpienia do najbardziej liberalnych w Europie. Dając testatorowi możliwość korzystania z tak wielu form oświadczenia ostatniej woli, w tym zwłaszcza z formy ustnej, polski ustawodawca wyraźnie podkreśla wagę formalnego aspektu zasady swobody testowania. W tym miejscu warto przypomnieć, że w *Zielonej Księdze* Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości wskazano na przykład, że należy usunąć z kodeksu cywilnego testament ustny oraz podróżny, jak również zastanowić się, czy podobny los nie powinien spotkać testamentu allograficznego[20]. Dokonanie takich zmian, polegających *de facto* na znaczącym ograniczeniu formalnego aspektu swobody testowania, oznaczałoby zerwanie z dotychczasową tradycją polskiego prawa testamentowego, a przede wszystkim jego radykalne przewartościowanie. Tym bardziej więc ewentualne reformowanie prawa testamentowego poprzedzić powinny gruntowne studia problematyki formy testamentu nie tylko na polu praktycznym, ale także aksjologicznym, wynikającym z kontekstu porównawczego.

Zarysowaną powyżej oś można również odnieść do problematyki systemów społeczno-politycznych panujących w odpowiednich państwach. Nietrudno zauważyć, że oba kraje umieszczone na końcach osi reprezentują również biegunowe odmienne podejście do kwestii obywatelskiej wolności oraz skrajnie różne koncepcje roli władzy publicznej. Nasuwa się pytanie, czy owe różnice nie przekładają się również na podejście do kwestii prawnoprywatnych, w tym właśnie do testowania, które w Rosji jest czynnością niemal tylko i wyłącznie urzędową, natomiast w Anglii w stu procentach prywatną. Środek osi zajmują natomiast obie wielkie tradycje prawa kontynentalnego, co również pokrywa się z faktem, że co do zasady francuska czy niemiecka wizja roli państwa zawsze była gdzieś pomiędzy rosyjskim despotyzmem a angielskim klasycznym liberalizmem (choć oczywiście zdecydowanie bliżej tego ostatniego).

Powyższe pozwala zaryzykować wstępną tezę, z pewnością wymagającą dalszego zbadania, że oprócz dwóch przeciwstawnych wartości, jakimi są bezpieczeństwo obrotu prawnego i zasada swobody testowania, prawo testamentowe determinują również czynniki bezpośrednio niezwiązane z problematyką dziedziczenia ani jego aksjologią. Kształt konkretnych instytucji być może w równie dużym stopniu zależy od ogólnego podejścia określonej tradycji prawnej i politycznej do fundamentalnych kwestii społecznych. To samo w sobie nie jest być może specjalnie odkrywcze, ale problem wart jest zapewne podobnej analizy na gruncie pozostałych dziedzin prawa prywatnego, w tym zwłaszcza poszczególnych jego zagadnień i problemów, których sposób ujęcia normatywnego wykazuje równie daleko idące różnice co kwestia form testamentu.

20 Z. Radwański (red.), *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006, s. 194.

Błażej Kmieciak

Instytucje ochrony praw pacjenta w Polsce[1]

Błażej Kmieciak

Magister, absolwent Resocjalizacji (2005, UŁ), doktorant w Katedrze Socjologii Prawa i Praw Człowieka, Instytutu Socjologii KUL. Absolwent Szkoły Praw Człowieka organizowanej przez Helsińską Fundację Praw Człowieka. Od ośmiu lat rzecznik praw pacjenta szpitala psychiatrycznego, redaktor prowadzący dział Bioetyka *portalu: biotechnologia.pl; członek Instytutu Karola Wojtyły oraz Polskiego Towarzystwa Psychiatrycznego, autor licznych publikacji naukowych oraz popularnonaukowych dotyczących zagadnień: praw człowieka, bioetyki, socjologii prawa i medycyny, pedagogiki prawa oraz psychiatrii.*

Patient Ombudsman's Institutions in Poland

In November 2013 there we will celebrated the fifth anniversary of the Polish Patients' Rights and the Patient Ombudsman Act. In the literature it is noted that the recalled Act is the first Polish code of patients' rights. It is also underlined that due to this code patients are able to get familiar quickly with information on their rights. The fifth anniversary of the adoption of the Act invites us to reflect on the functioning of the Polish Office of the Patient Ombudsman. After five years since its establishment there are positive as well as negative opinions on the part of: politicians, scientists, medical professionals as well as patients. As it turns out the existence of this office did not result in elimination of other institutions acting for patients' rights. In Poland, for example there are other statutory bodies and non-governmental organizations whose main task is to take care of people using for example hospital services. Some of these institutions also use the title: Patient Ombudsman. There should be made a more thorough analysis of these "medical stage actors". It is also worth to consider whether this visible multitude of the Patient Ombudsman institutions is necessary in Poland.

Ukazanie zagadnienia

Na przełomie lat 2011 i 2012 doszło w Polsce do publicznego sporu związanego z wejściem w życie tzw. ustawy refundacyjnej[2]. Jednym z głównych wątków dominujących w licznych debatach medialnych okazał się temat praw pacjenta. W dyskusjach zwracano uwagę, iż od 1 stycznia 2012 r. liczni pacjenci mogą mieć problem z dostępem do leków refundowanych z budżetu państwa. Na pewnym etapie owego zamieszania pojawiło się pytanie:

1 Artykuł jest fragmentem pracy doktorskiej pisanej w Katedrze Socjologii Prawa i Praw Człowieka KUL pod opieką prof. K. Motyki.

2 Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz.U. Nr 122, poz. 686).

kto w Polsce odpowiada za ochronę praw pacjenta?[3] Analizując choćby doniesienia medialne dotyczące przywołanej sytuacji, dojść możemy do wniosku, iż głównym obrońcą praw pacjenta w Polsce jest Rzecznik Praw Pacjenta (RPP).

Rzecznik jest centralnym organem administracji rządowej powołanym na mocy ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta[4] (dalej: ustawa o prawach pacjenta i RPP). Ustawa ta wyposaża go w istotne uprawnienia: kontrolne, edukacyjne, promocyjne oraz procesowe. Rzecznik, stojąc na straży indywidualnych oraz zbiorowych praw pacjenta, ma możliwość nakładania kar pieniężnych na świadczeniodawców usług medycznych. Organ ten może podjąć takie działanie np. w sytuacji, gdy uzna, iż dany zakład opieki zdrowotnej nie podejmuje jakichkolwiek działań mających na celu poprawę udowodnionej, negatywnej sytuacji pacjentów, których prawa są przez to regularnie łamane. Warto dodać, że zgodnie z oficjalnymi statystykami w drugiej połowie 2009 r. do RPP wpłynęło 8980 spraw, a przez cały rok 2010 już 28 735[5].

Gdy spojrzymy jednak szerzej na proponowany temat, dojść możemy do wniosku, że w polskiej rzeczywistości prawno-społecznej mamy także inne instytucje, które w sposób aktywny włączają się w działania zmierzające do poprawy sytuacji pacjentów. Już przykład „refundacyjnego sporu" pokazuje, iż sytuacje takie nie są obojętne również dla Rzecznika Praw Obywatelskich (RPO), który w dniu 30 grudnia 2011 r. wystąpił do Ministra Zdrowia, zwracając uwagę na istotne błędy w sposobie wprowadzania w życie konkretnych ustawowych zapisów[6]. Co ciekawe, gdy przeanalizujemy podstawy ustawowe, dojść możemy do wniosku, iż temat wsparcia pacjentów mających problem z dostępem do odpowiednich leków spotkać się może także z zainteresowaniem Rzecznika Praw Dziecka (RPD). To bowiem do jego zadań należy m.in. działanie na rzecz „ochrony praw dziecka, w szczególności: 1) prawa do życia i ochrony zdrowia"[7]. Co istotne, odnosząc się do powyższego casusu, warto odnotować, że RPD w dniu 4 stycznia 2012 r. wydał oświadczenie, w którym zwrócił uwagę, iż bez względu na spory związane z wdrażaniem tzw. ustawy refundacyjnej wszystkie dzieci posiadające obywatelstwo Polskie i mieszkające na terenie Rzeczypospolitej Polskiej mają prawo do darmowej opieki medycznej, finansowanej ze środków publicznych[8].

Warto zwrócić uwagę, że omawiany temat może spotkać się z odzewem również innych organów, które, co ciekawe, także określane są – lub też do niedawna określane były – mianem rzecznika praw pacjenta. Na pierwszym miejscu warto wspomnieć o Rzeczniku Praw Pacjenta Szpitala Psychiatrycznego (dalej: RPPSP), który zgodnie z zapisami ustawy o ochronie zdrowia psychicznego (dalej: u.o.z.p.) udziela wsparcia w aspekcie „dochodzeniu praw w sprawach związanych z przyjęciem, leczeniem, warunkami pobytu i wypisaniem ze szpitala psychiatrycznego"[9]. Do owego ombudsmana zatem może zgłosić się np. pacjent mający problemy z wykupieniem leku na schizofrenię. Co istotne, na terenie konkretnej placówki ochrony zdrowia często nadal działają, powoływani przez władze zakładu opieki zdrowotnej, szpitalni rzecznicy praw pacjenta. Choć osoby te w chwili obecnej powinny używać tytułu „pełnomocnik ds. praw pacjenta", to jednak *de facto* w licznych sytuacjach pełnią nadal

3 Szerzej zob. J. Watoła, *Lista leków wciąż dziurawa*, „Gazeta Wyborcza" z 4 stycznia 2012 r., s. 3; *„Szukajcie ludzkiego aptekarza, a jak nie…"*, wywiad M. Olejnik z B. Piechą w Radiu ZET, 3 stycznia 2012 r., http://wiadomosci.wp.pl/kat,1342,title,Szukajcie-ludzkiego-aptekarza-a-jak-nie,wid,14133176,wiadomosc.html?ticaid=110a4b (dostęp: 24 maja 2013).

4 Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. Nr 52, poz. 417 z późn. zm.).

5 Dane za: *Ulotka informacyjna Biura Rzecznika Praw Pacjenta*, Warszawa 2011, http://www.bpp.gov.pl/ulotka2011.pdf (dostęp: 25 maja 2013), s. 2.

6 Zob. zespół wPolityce.pl, *RPO do ministra: dlaczego lista leków została ogłoszona bez zachowania 14-dniowej vacatio legis?*, http://wpolityce.pl/wydarzenia/20681-rpo-do-ministra-dlaczego-lista-lekow-zostala-ogloszona-bez-zachowania-14-dniowej-vacatio-legis (dostęp: 24 maja 2013).

7 Art. 3. ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka (Dz.U. Nr 6, poz. 69).

8 M. Michalak, Rzecznik Praw Dziecka IV kadencji, *Wystąpienie ws. realizacji praw dziecka do bezpłatnej opieki zdrowotnej*, Warszawa, 4 stycznia 2012 r., s. 1, http://brpd.gov.pl/wystapienia/wyst_2012_01_04_mz.pdf (dostęp: 24 maja 2013).

9 Art. 10b ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. Nr 111, poz. 535 z późn. zm.).

funkcję rzecznika interesu konkretnego chorego[10]. Podobnie sytuacja wygląda w wypadku działów skarg i wniosków w oddziałach oraz centrali Narodowego Funduszu Zdrowia (NFZ). Do początku lipca 2010 r. w miejscach tych przyjmowali lokalni rzecznicy praw pacjenta, monitorujący działania konkretnych placówek pod kątem zgodności z normami ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej[11]. W chwili obecnej pacjenci mogą szukać wsparcia w powyższym zakresie na terenie wspomnianych działów skarg i wniosków[12]. W całej zatem sprawie związanej z problemami w dostępie do refundowanych leków pacjenci mogą uzyskać wsparcie nie tylko w Urzędzie RPP, ale pomoc taka może przyjść również od szpitalnego rzecznika lub pełnomocnika, czy też ze strony działu skarg lokalnego NFZ. Co więcej, wielu świadczeniobiorców usług medycznych, rozczarowanych kontaktem z instytucjami państwowymi, może szukać wsparcia w licznych organizacjach pozarządowych, w których, co ciekawe, także funkcjonują specjaliści, którzy określają się mianem rzeczników praw pacjenta. Jako przykład można podać tutaj Stowarzyszenie „Braterstwo serc", Suwalskie Stowarzyszenie Rodzin i Przyjaciół Osób Chorych Psychicznie „Nadzieja", czy też Polskie Towarzystwo Stwardnienia Rozsianego[13].

Przedstawiona powyżej krótka charakterystyka polskich organów ochrony praw pacjenta pokazuje, iż funkcjonujące w mediach wyrażenie „rzecznik praw pacjenta" wcale nie musi wywoływać u potencjalnych świadczeniodawców usług medycznych skojarzenia z jedną tylko instytucją. Warto zatem opisać charakter, specyfikę oraz kompetencję podmiotów zajmujących się w Polsce ochroną praw pacjenta. Główna część rozważań poświęcona zostanie instytucji Rzecznika Praw Pacjenta. Dokonana analiza pokaże różnice, jakie istnieją pomiędzy Urzędem RPP a funkcją RPP. W celu ukazania pełnego obrazu zjawiska, jakim jest ochrona praw pacjenta, przedstawione zostaną przykładowe działania wybranych organizacji pozarządowych, których inicjatywy – bezpośrednio lub też pośrednio – często przypominają aktywność klasycznego ombudsmana.

Kim jest ombudsman?

By w pełni wyrazić specyficzną rolę oraz zadania współczesnych polskich specjalistów działających na rzecz praw pacjenta, należy wpierw wyjaśnić znaczenie terminu „ombudsman".

Według Władysława Kopalińskiego jest to „pełnomocnik, mandatariusz ludności; rzecznik praw obywatelskich, strażnik ogólnych i specjalnych interesów wszystkich obywateli; rzecznik skarg i zażaleń; etatowy obrońca obywateli przed niewłaściwym działaniem administracji"[14]. Jak przypomina Jolanta Arcimowicz, słowo „ombudsman" zaczerpnięte zostało z języka szwedzkiego i już od początku XIX w., a więc od chwili powołania pierwszego tego typu urzędu na terenie Szwecji, oznaczało ono: agenta, delegata, prawnika lub opiekuna upoważnionego do działania w czyimś imieniu. Autorka zwraca uwagę, iż cechy omawianego urzędu w zasadnie nie uległy zmianie od ponad dwustu lat. Do cech tych zaliczamy: 1) niezależność (powołany jest przez zewnętrzny organ, najczęściej

10 Zob. np. informacje o tych pełnomocnikach na terenie Szpitala Klinicznego im. Dzieciątka Jezus, http://www.dzieciatkajezus.pl/index.php?option=com_content&task=view&id=51&Itemid=69 (dostęp: 24 maja 2013).

11 Ustawa o z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U. Nr 210, poz. 2135 z późn. zm.).

12 Zob. szerzej na ten temat: komunikat Biura RPP z 21 marca 2011 r., *Pełnomocnicy ds. praw pacjenta w zakładach opieki zdrowotnej*, http://bpp.gov.pl/index.php?id=a16#kom17 (dostęp: 24 maja 2013).

13 Zob. http://www.money.pl/archiwum/wiadomosci_agencyjne/pap/artykul/rzecznik;praw;pacjenta;coraz;wiecej;sygnalow;ws;problemow;z;receptami,150,0,1001622.html (dostęp: 24 maja 2013).

14 W. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych z almanachem*, Warszawa 2002, hasło *ombudsman*, s. 360. Warto w tym miejscu odnotować nieprecyzyjną niestety definicję hasła *ombudsman* w internetowej encyklopedii *Wikipedia* jako „niezależnego urzędnika, do którego można się odwoływać w sprawie naruszenia praw i wolności jednostki po wyczerpaniu samodzielnych możliwości prawnych", http://pl.wikipedia.org/wiki/Ombudsman (dostęp: 24 maja 2013). Wypada odnotować, iż rzecznik nie jest instytucją, do której odwołujemy się w sytuacji wyczerpania dostępnych możliwości prawnych. Taki stan rzeczy mamy w wypadku zgłoszenia sprawy np. do rozpatrzenia przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. Ombudsman jest *de facto* jedną z owych „możliwości prawnych". Szerzej na ten temat zob. K. Motyka, *Prawa człowieka – wybór źródeł*, Lublin 2004, s. 83.

parlament), 2) działanie na rzecz poszanowania praw i wolności obywateli w ich relacji z aparatem państwowym (administracją i sądownictwem), 3) dostępność dla każdego obywatela. Obecnie znaczna większość państw europejskich posiada organ, który podejmuje działania charakterystyczne dla niezależnego rzecznika praw obywatelskich. Warto w tym miejscu odnotować, że instytucja ombudsmana zaczęła być wprowadzana po II wojnie światowej nie tylko na terenie Europy Zachodniej, ale również w obrębie państw bloku komunistycznego. Jako przykład można tu podać Jugosławię, która już w 1974 r. ustanowiła urząd Rzecznika Powszechnej Samorządności. Polska, powołując w 1987 r. urząd RPO, była drugim krajem z grona państw socjalistycznych, które zdecydowało się na utworzenie niezależnego organu ochrony praw człowieka[15].

Gdy podejmujemy się choćby pobieżnej analizy działań tego organu, natychmiast dostrzegamy, iż trudno uznać, by obecnie funkcjonował jednolity model działań rzeczników praw człowieka. W debacie na temat instytucji ochrony praw człowieka zwraca się uwagę, że w poszczególnych krajach rzecznicy często różnią się od siebie: zakresem kompetencji oraz działania, trybem powoływania, długością trwania kadencji, a także stopniem dostępności. Uznaje się, iż możemy mówić o istnieniu współcześnie trzech modeli tego organu. Pierwszy z nich nazwany został modelem skandynawskim i określa typ rzecznika powoływanego przez parlament; jest on dostępny dla „przeciętnego obywatela" i ma prawo kontrolować zarówno administrację państwową, jak i wymiar sprawiedliwości. Drugi z modeli określony został jako brytyjsko-francuski. W ujęciu tym rzecznik powoływany jest przez głowę państwa, a dostęp do niego jest jedynie pośredni; obywatele mogą składać skargi, ale tylko za pośrednictwem deputowanego do parlamentu[16]. W ostatnim z kolei, tzw. modelu duńskim, wybierany przez parlament ombudsman pozbawiony został możliwości podejmowania działań kontrolnych wobec wymiaru sprawiedliwości[17].

Gdy patrzymy na konkretny już tytuł zawodowy poszczególnych ombudsmanów, dostrzec możemy, że dzielą się oni na „rzeczników praw" oraz – rzadziej reprezentowanych –„rzeczników interesów".

W literaturze dostrzec można również inną propozycję podziału omawianych instytucji. Gdy patrzymy na konkretny już tytuł zawodowy poszczególnych ombudsmanów, dostrzec możemy, że dzielą się oni na „rzeczników praw" oraz – rzadziej reprezentowa-

15 J. Arcimowicz, *Rzecznik Praw Obywatelskich – aktor sceny publicznej*, Warszawa 2003, s. 36.

16 Warto w tym miejscu odnotować, że we Francji ombudsman nosi nazwę Mediatora Republiki Francuskiej – jest to jedyny taki przypadek. W pewien sposób pokazuje to jedną z istotnych ról, jaką pełnią dziś ombudsmani. Na ten temat zob. Projekt współpracy ombudsmanów Polski, Mołdowy oraz Mediatora Republiki Francuskiej „Partnerstwo dla praw człowieka", realizowany w ramach programu współpracy ombudsmanów państw Partnerstwa Wschodniego UE 2009–2013, seminarium w Kiszyniowie, 9–15 maja 2010 r., http://www.brpo.gov.pl/sites/default/files/Program_seminarium_w_ramach_realizacji_projektu_Partnerstwo_dla_praw_cz%C5%82owieka_Polska_Gruzja_Moldowa.pdf (dostęp: 24 maja 2013). Zob. także B. Kmieciak, *Rzecznik Praw Pacjenta Szpitala Psychiatrycznego jako strażnik ładu społecznego* (w:) E. Moczuk, B. Sagan (red.) *III Forum Socjologów Prawa „Prawo i ład społeczny"*, „Ius et Administratio" 2010, zeszyt specjalny, s. 211–231.

17 J. Arcimowicz, *Rzecznik Praw Obywatelskich*…, dz. cyt., s. 39–40.

nych –„rzeczników interesów”[18]. Do pierwszej grupy zaliczyć możemy, co oczywiste, konstytucyjnych rzeczników, a więc RPO i RPD. W grupie tej znajdzie się oczywiście również RPP oraz RPPSP. Rzecznicy ci nie tylko działają na podstawie określonych zapisów prawa pozytywnego, ale, co w tym ujęciu istotne, podejmują działanie jedynie w chwili, gdy dostrzegą naruszenie np. ustawowego zapisu. Co więcej, pomagając danej osobie, organy te zawsze mają na uwadze jej konkretne prawo.

Przywołani powyżej rzecznicy interesów to np. miejscy rzecznicy osób niepełnosprawnych oraz w pewnym zakresie Rzecznik Ubezpieczonych (RU). W pierwszym przypadku mowa tutaj przede wszystkim o działaniach lokalnych ombudsmanów dążących do poprawy sytuacji osób niepełnosprawnych zamieszkujących dany teren. Organ ten nie posiada charakteru skargowego ani *de facto* interwencyjnego. W zakresie jego działań odnaleźć możemy np. współpracę z organizacjami pozarządowymi, organizację konkursów grantowych, udzielanie wsparcia w poszukiwaniu mieszkania chronionego, pomoc w wydawaniu kart parkingowych, udział w lokalnych pracach legislacyjnych dotyczących osób niepełnosprawnych[19]. Podobnie „interesowną” funkcję ujrzeć możemy w aktywności Rzecznika Ubezpieczonych. Choć urząd ten, powołany w 1995 r. jako drugi w Polsce urząd ombudsmana, posiada prawo do przyjmowania indywidualnych skarg obywateli, związanych np. z nieuczciwą działalnością instytucji ubezpieczeniowych, to jednak szczególnym jego uprawnieniem – oraz zadaniem – jest podejmowanie inicjatyw zmierzających do polubownego rozwiązania sporu[20]. Działania Rzecznika Ubezpieczonych, w sposób wyraźny przypominające filozofię aktywności Mediatora Republiki Francuskiej, objawiają się w sposób szczególny w pracy powołanego przy omawianym urzędzie Sądu Polubownego. Przykładowo w 2007 r. przed wspomnianym sądem toczyło się 29 postępowań, w których arbitrami byli powołani przez omawianego rzecznika niezależni eksperci[21]. Choć, co zrozumiałe, zadaniem sądu jest troska o sprawiedliwe rozstrzygnięcie sporu, to jednak nie można tutaj nie zwrócić uwagi, iż tego typu inicjatywy wyraźnie dążą do wsparcia jednostki mogącej w klasycznym konflikcie prawnym znajdować się w gorszym położeniu niż np. potężna korporacja ubezpieczeniowa. Zgodnie bowiem z regulaminem tego sądu do jego kompetencji należy rozstrzyganie sporów pomiędzy „ubezpieczającymi, ubezpieczonymi, uposażonymi lub uprawnionymi z umowy ubezpieczenia a zakładem ubezpieczeń”[22].

Przechodząc do konkluzji w zakresie rozważań na temat instytucji ombudsmana, należy zwrócić uwagę na kilka dodatkowych aspektów, które łączą się z rozwojem nie tylko owego urzędu, ale dotyczą również nowych zjawisk, jakie obserwujemy w dziedzinie ochrony praw i wolności człowieka.

Po pierwsze, odnosząc się m.in. do interesującego nas tematu praw pacjenta, dostrzegamy coraz wyraźniejszą specjalizację rzeczników. Obok rzeczników przypisanych do oddziałów psychiatrycznych mamy rzecznika pomagającego osobom chorującym na stwardnienie rozsiane, czy też rzecznika chorych na autyzm[23]. Do grona owych „medycznych ombudsmanów” zaliczyć możemy też Rzecznika Praw Osób Uzależnionych, powołanego w 2009 r. z inicjatywy Stowarzyszenia JUMP ’93 oraz Polskiej Sieci ds. Polity-

18 Choć wypada w tym momencie zaznaczyć, że bardzo często podejmowanie działań mających na celu realizację określonych praw jednocześnie wspomaga działania służące zrealizowaniu konkretnego interesu.

19 E. Ściborska, *Rzecznik Osób Niepełnosprawnych przy Urzędach Miejskich* (w:) D. Podgórska-Jachnik (red.), *Problemy rzecznictwa i reprezentacji osób niepełnosprawnych*, t. I, Łódź 2009, s. 141–143.

20 Rzecznik Ubezpieczonych powołany został na mocy ustawy z dnia 8 czerwca 1995 r. o zmianie ustawy o działalności ubezpieczeniowej, o zmianie rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej – Kodeks handlowy oraz o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. Nr 96, poz. 478). Obecnie organ ten działa na podstawie zapisów ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o nadzorze ubezpieczeniowym i emerytalnym oraz Rzeczniku Ubezpieczonych (Dz.U. Nr 124, poz. 1153 z późn. zm.).

21 K. Krawczyk, *Rola Rzecznika Ubezpieczonych w kontaktach z konsumentami usług ubezpieczeniowych w latach 1995–2006*, „Monitor Ubezpieczeniowy” 2007, nr 31, s. 10.

22 Par. 3 pkt 4 regulaminu Sądu Polubownego przy Rzeczniku Ubezpieczonych.

23 Szerzej zob. J. Wygnańska, *Rzecznik Osób z Autyzmem Porozumienia Autyzm Polska przy Fundacji Synapsis* (w:) A. Rojner, J. Wygnańska (red.) *Rzecznictwo – jak skutecznie zabiegać o realizację praw osób z autyzmem i innymi całościowymi zaburzeniami rozwojowymi*, Warszawa 2004, s. 61.

ki Narkotykowej[24]. Podobną, postępującą specjalizację obserwujemy także w innych sferach życia społecznego. Przykładowo na terenie Polski mamy nie tylko wymienionych powyżej: Rzecznika Praw Obywatelskich, Rzecznika Praw Dziecka czy Rzecznika Ubezpieczonych. Do ich grona zaliczyć możemy rzeczników praw: klienta, ucznia, konsumenta, studenta[25]. Co więcej, co jakiś czas pojawiają się pomysły powoływania kolejnych wyspecjalizowanych rzeczników. Jako przykład można tutaj podać projekty poselskie dotyczące powołania rzecznika ds. dyskryminacji czy rzecznika praw podatnika[26]. Sytuacja ta z jednej strony z pewnością jest pozytywna dla obywateli, gdyż mają szerszy dostęp do określonych ekspertów. Z drugiej jednak strony dostrzec ostatnio możemy swoistą dewaluację pojęcia „rzecznik praw" w znaczeniu ombudsman. Mianem tym powoli, najczęściej politycy oraz organizacje społeczne, chcą obdarowywać kolejne osoby, organy lub też instytucje, które często nie posiadają jakichkolwiek ustawowych uprawnień[27]. Mnogość rzeczników powoduje ponadto, iż coraz częściej pojawia się pytanie o możliwość ich współdziałania, o realność istnienia rzeczniczego systemu.

Abstrahując od faktycznych uprawnień poszczególnych rzeczników praw, bezspornie należy uznać, iż omawiane instytucje stanowią część rozbudowanego krajowego oraz międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka. Rozwój owego systemu doprowadził do pojawienie się nie tylko wielu aktów prawnych, ale nade wszystko licznych instytucji, które zajmują się ochroną praw oraz interesów poszczególnych osób. Część z owych działań zaczęła jednak w ostatnich czasach wzbudzać pewien niepokój. Dla przykładu – zdaniem A. Scalii – poszukując odpowiedzi na fundamentalne pytania dotyczące ochrony praw człowieka, uznaliśmy, iż najlepszym rozwiązaniem jest próba rozstrzygnięcia określonych sporów przez instytucję eksperta. Działanie to doprowadziło do stanu, w którym to np. sędziowie sądów powszechnych coraz częściej wydają werdykty dotyczące nie tyle prawa, ile moralności. Scalia, sam będąc sędzią Sądu Najwyższego USA, określa coraz częściej swoich kolegów mianem „sędziów moralistów" lub też „mułłów zachodu"[28]. Co więcej, pozytywne zjawisko rozwoju oraz swoistej „popularności" omawianej idei sprawiło, iż w ostatnich czasach zaobserwować możemy stan tzw. „sakralizacji praw człowieka". Wspomniany termin,

Mnogość rzeczników powoduje ponadto, iż coraz częściej pojawia się pytanie o możliwość ich współdziałania, o realność istnienia rzeczniczego systemu.

24 A. Sieniawska, J. Charmata, *Raport Rzecznika Praw Osób Uzależnionych 2010/2011*, Warszawa 2012, s. 5.

25 B. Kmieciak, *Rzecznikowski system ochrony praw człowieka – rozproszenie w działaniu, czy też różnorodność w dążeniu do wspólnego celu?* (w:) D. Podgórska-Jachnik (red.) *Problemy rzecznictwa…*, dz. cyt., s. 105–106.

26 Zob. http://rzecznikpodatnikow.pl/projekt-ustawy/ oraz http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/355595,sld_zlozy_projekt_ws_rzecznika_ds_dyskryminacji_kobiet.html (dostęp: 24 maja 2013).

27 Doskonałym przykładem tego jest Rzecznik Praw Kibica powołany przez Fundację Republikańską, zob. http://kibicezabezpieczenstwem.pl/rzecznik-praw-kibica/ (dostęp: 24 maja 2013).

28 A. Scalia, *Mullahs of the West: Judges as Moral Arbiters*, *Mułłowie Zachodu: sędziowie jako arbitrzy moralni*, przeł. A. Legutko-Dybowska, Warszawa 2009, s. 28. Mułła według internetowej *Encyklopedii PWN* oznacza „tytuł nadawany w krajach muzułm. teologom, prawnikom, używany gł. w Iranie i Azji Środkowej w odniesieniu do niższych rangą urzędników przy meczetach", http://encyklopedia.pwn.pl/haslo.php?id=3944348.

skonstruowany przez M. Gaucheta, zwraca uwagę, iż na przełomie wieków coraz liczniejsze społeczeństwa doświadczają szeroko rozumianego kryzysu wartości. Prawa człowieka w tym ujęciu stały się nie tyle uniwersalną wartością, do której należy dążyć, ile raczej zaczęły przypominać fundament, będący bazą interpretacyjną wszelkich istotnych zjawisk[29]. Bazując na powyższych filozoficzno-prawnych spostrzeżeniach, można sformułować tezę, że każdy rzecznik jest swoistym kapłanem nowej religii – religii praw człowieka. W przeciwieństwie bowiem do sędziego mułły nie zajmuje się on wydawaniem istotnych prawnomoralnych werdyktów, lecz stoi na straży konkretnych zasad określonych w prawnych dokumentach, zasad, które w pewnym sensie definiują wspomnianą nową uniwersalną religię[30].

Rzecznicy, pełnomocnicy, organizacje

Po wstępnym ukazaniu idei ombudsmana zasadnym jest, by szerzej przedstawić charakter działań „społeczno-prawnych aktorów", których określamy mianem rzeczników praw pacjenta.

Jednym z najstarszych tego typu organów był do niedawna Rzecznik Praw Pacjenta powołany przy oddziałach oraz centrali Narodowego Funduszu Zdrowia.

Jako początek istnienia wspomnianej funkcji uznaje się 1999 r. To bowiem wówczas rząd zadecydował o utworzeniu czasowej funkcji RPP przy kasach chorych. Wprowadzenie reform zdrowotnych doprowadziło do umocowania rzeczników w strukturach utworzonego następnie Narodowego Funduszu Zdrowia. Zdaniem A. Turek, pełnomocnika rządu ds. wprowadzenia powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego, do głównych zadań rzeczników pracujących w oddziałach NFZ należało „czuwanie nad przestrzeganiem praw pacjenta przez świadczeniodawców związanych z NFZ kontraktem i podejmowanie u nich interwencji, przyjmowanie skarg pacjentów, wskazywanie im trybu postępowania w przypadku naruszenia ich praw (…) kontakt z Rzecznikiem Odpowiedzialności Zawodowej przy Izbie Lekarskiej"[31]. Z kolei A. Jezierska, ukazując rolę RPP przy centrali NFZ, dodaje, że do jego uprawnień należy „kontrola przestrzegania praw pacjenta, podejmowanie działań interwencyjnych w przypadku naruszenia praw pacjenta, wskazanie trybu skargowego w przypadku naruszenia praw pacjenta". Co więcej, centralne ustrukturalizowanie owego rzecznika wyposażyło go w możliwości współpracy z „rzecznikiem praw obywatelskich jako organem konstytucyjnym w zakresie przestrzegania praw pacjenta, (…) Biurem Praw Pacjenta Ministerstwa Zdrowia (…), świadczeniodawcami w zakresie przestrzegania praw pacjenta, (…) rzecznikiem odpowiedzialności zawodowej w Izbie Lekarskiej i Izbie Pielęgniarek i Położnych, (…) organizacjami rządowymi i pozarządowymi działającymi na rzecz praw pacjenta, (…) organizacjami skupiającymi pacjentów (ubezpieczonych) w zakresie praw pacjenta". Ponadto do zadań tego ombudsmana do lipca 2010 r. należało: koordynowanie prac rzeczników w oddziałach wojewódzkich, przyjmowanie skarg świadczeniobiorców oraz tworzenie szczegółowych wykazów statystycznych wspomnianych skarg. Co istotne, RPP nie posiadał żadnego formalnego narzędzia, które pozwalałoby mu bezpośrednio doprowadzić do poprawy sytuacji konkretnego pacjenta. Świadczeniodawcy nie byli zobowiązani do podporządkowywania się prośbom lub żądaniom owego organu. Jedyna forma nacisku, jaką dysponował, sprowadzała się do uprawnienia umożliwiającego „wnioskowanie do zastępcy prezesa NFZ do spraw medycznych o przeprowadzenie kontroli kontraktu ze świadczeniodawcą w związku z rażącym naruszeniem praw pacjenta"[32]. Tylko to uprawnienie posiadało charakter działania mogącego realnie wpłynąć na zmianę sytuacji pacjentów, którzy doznali szkody w działaniach konkretnego świadczeniobiorcy, który zawarł uprzednio umowę z NFZ. W tej jednak sytuacji dojść mogło do swoistego paradoksu

29 E. Roccella, L. Scaraffia, *Wojna z chrześcijaństwem. ONZ i Unia Europejska jako nowa ideologia*, tłum. K. Klauza, Częstochowa 2006, s. 38–40.

30 B. Kmieciak, *Religia praw człowieka*, http://www.fronda.pl/a/religia-praw-czlowieka,27970.html (dostęp: 24 maja 2013).

31 A. Turek, *Rola Rzecznika Pacjenta w świetle konstytucyjnej ochrony praw człowieka*, „Prawo i Medycyna", 2005, nr 4(21), vol. 7, http://www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&id=150 (dostęp: 24 maja 2013).

32 Za: A. Jezierska, hasło *Rzecznik Praw Pacjenta* (w:) *Praktyczna encyklopedia prawa*, Warszawa 2006 (Infor S.A., wydanie elektroniczne).

prawnego. Część bowiem skarg dotyczących naruszeń praw pacjenta była np. związana nie tyle z negatywną postawą etyczną pracownika medycznego, ile z brakiem możliwości realizacji przez szpital danej usługi medycznej z racji na wyczerpanie się otrzymanych środków finansowych przewidzianych w zawartym uprzednio kontrakcie. Rzecznicy praw pacjenta działający w strukturach NFZ spotykali się zatem również z sytuacją, kiedy to – chcąc w pełni ukazać źródła naruszeń praw pacjenta – musieli uznać, iż w pewnej części naruszenia te wynikają z braku środków, które przyznaje ich pracodawca. Słusznie dostrzega A. Turek, iż stan ten, podważający zasadę bezstronności, kieruje nas do stwierdzenia *nemo iudex in causa sua*[33]. Opisany stan zakończył się, jak już wspomniano, w lipcu 2010 r. To bowiem wówczas działania RPP przejęte zostały przez działy skarg i wniosków znajdujące się zarówno w centrali, jak i w oddziałach NFZ. W tym miejscu warto zauważyć, iż działy te zobowiązane zostały do przyjmowania skarg obejmujących „w szczególności: 1) naruszenie praw świadczeniobiorców w zakresie udzielania świadczeń opieki zdrowotnej przez świadczeniodawców, z którymi Fundusz zawarł umowę o ich udzielanie; 2) przewlekłe lub biurokratyczne załatwianie spraw przez Fundusz; 3) zaniedbanie lub nienależyte wykonywanie zadań przez pracowników Funduszu"[34]. Tym samym działy skarg i wniosków zobowiązane zostały do przejęcia przyjmowania skarg bezpośrednio związanych z naruszeniem konkretnych praw pacjenta. Z drugiej jednak strony działy te zobligowano do przyjmowania zażaleń na niewłaściwą postawę prezentowaną przez pracowników Funduszu. W takiej sytuacji organem rozpatrującym skargę jest Prezes NFZ lub też dyrektor właściwego oddziału Funduszu[35].

Poruszając się dalej w analizach funkcjonowania rzeczniczych organów działających w obszarze ochrony zdrowia, warto wspomnieć o instytucji tzw. pełnomocników ds. praw pacjenta. Do niedawna osoby te również powszechnie używały tytułu „rzecznik praw pacjenta". Zmiana nazwy została jednak zmodyfikowana z racji wejścia w życie ustawy o prawach pacjenta i RPP[36]. Bez względu na powyższą modyfikację wciąż

Część bowiem skarg dotyczących naruszeń praw pacjenta była np. związana nie tyle z negatywną postawą etyczną pracownika medycznego, ile z brakiem możliwości realizacji przez szpital danej usługi medycznej.

33 A. Turek, *Rola Rzecznika Pacjenta…*, dz. cyt.

34 Zob. § 4 ust. 1 zarządzenia nr 31/2010/DSS Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 1 lipca 2010 r. w sprawie rozpatrywania skarg i wniosków w Narodowym Funduszu Zdrowia, http://www.nfz.gov.pl/new/index.php?katnr=3&dzialnr=12&artnr=4124 (dostęp: 24 maja 2013).

35 Tamże, § 5 pkt 2. Zasadnym jest, by w tym miejscu zwrócić uwagę, iż działania NFZ zmieniające sposób składania skarg wynikały z potrzeby dostosowania warunków pracy do zadań wynikających z ustawy o prawach pacjenta i RPP. Należy również podkreślić, iż w tym stanie rzeczy, patrząc z perspektywy społeczno-prawnej, pacjenci utracili (zwłaszcza w poszczególnych częściach Polski) możliwość kontaktu z konkretną osobą mogącą reprezentować ich w sporze z danym świadczeniodawcą. Choć omawiani rzecznicy nie posiadali „twardych kompetencji", to jednak już od początku faktycznie współpracowali z najistotniejszymi organami ochrony praw człowieka w Polsce, czego doniosłym przykładem jest udział omawianych ombudsmanów w konferencji zorganizowanej przez RPO w maju 2001 r., zob. http://www.mp.pl/kurier/?aid=7967 (dostęp: 24 maja 2013).

36 Apel w powyższej sprawie RPP wystosował do władz zakładów opieki zdrowotnej już w marcu 2011 r., zob. http://www.bpp.

w licznych placówkach ochrony zdrowia spotkać możemy osoby, które jako reprezentanci, np. władz danego szpitala, służą pacjentom pomocą w złożeniu skargi. Krótkie poszukiwanie informacji o wspomnianych specjalistach uświadamia nam, że nadal liczne ośrodki ochrony zdrowia zatrudniają omawianą grupę ekspertów. Pełnomocnicy funkcjonują zarówno w dużych aglomeracjach, takich jak Warszawa (np. w Centrum Onkologii, Szpitalu Klinicznym im. Dzieciątka Jezus) czy też Łódź (w Instytucie Medycyny Pracy), jak też – i to z dużym powodzeniem – w mniejszych miastach. Doskonałym przykładem może tutaj być Szpital Powiatowy w Rawiczu czy też Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Czerwonej Górze. To właśnie w tej ostatniej placówce pacjenci mogą uzyskać informację, że do zadań owego pełnomocnika należą: „1. Czynne monitorowanie przestrzegania praw pacjenta w szpitalu, 2.Prowadzenie działań mających na celu upowszechnienie praw pacjenta, 3. Rozwiązywanie bieżących problemów, zgłaszanych przez pacjentów oraz ich rodziny, 4. Przyjmowanie, ewidencjonowanie i analiza skarg, wniosków, pochwał zgłaszanych przez pacjentów, 5. Współpraca z Radą Społeczną Zakładu w zakresie dotyczącym: a. skarg i wniosków zgłaszanych przez pacjentów, b. realizacji praw pacjenta, c. poziomu satysfakcji pacjenta z usług świadczonych przez szpital"[37]. Na uwagę zasługuje w tym miejscu działanie władz szpitala w Staszowie, które już w 2008 r. powołały do istnienia funkcję rzecznika praw pacjenta. Co ciekawe, zarządzenie wprowadzające omawianą lokalną instytucję zwracało uwagę, iż rzecznik wyposażony został nie tylko w kompetencje *stricte* edukacyjno-doradczo-monitorujące. W dokumencie wyczytać można, iż „Rzecznik posiada wszelkie kompetencje do działania w imieniu Dyrektora Szpitala we wszystkich sprawach odnoszących się do praw pacjenta". Co więcej, dokument ten daje wspomnianej osobie prawo: żądania, by personel złożył wyjaśnienia co do okoliczności sprawy; wglądu do dokumentacji medycznej; wnioskowania do władz szpitala o podjęcie stosownych inicjatyw dotyczących praw pacjenta. Rzecznik został zobowiązany do udzielenia pacjentowi odpowiedzi na jego skargę w ciągu 14 dni[38]. Przywoływana już powyżej A. Turek słusznie zwraca uwagę, iż omawiani pełnomocnicy (wcześniej rzecznicy) posiadają ten atut pracy, iż znajdują się blisko pacjenta, znają realia szpitala oraz mogą podejmować szybką interwencję. Z drugiej jednak strony pełnomocnicy owi podlegają dyrektorowi szpitala, przez co nie mają możliwości w pełni obiektywnie spojrzeć na dany problem. Sytuacja ta oraz fakt powiązania pełnomocnika z personelem placówki powodują, iż trudno mówić tutaj o możliwości zdobycia pełnego zaufania pacjentów[39]. W tym jednak miejscu należy wspomnieć, iż w polskim porządku prawnym odnaleźć można instytucję ombudsmana, który wykonując swoje obowiązki na terenie konkretnego szpitala, lub nawet oddziału, jednocześnie ma możliwość zachowania całkowitej niezależności od władz danego zakładu opieki zdrowotnej. Mowa tutaj o Rzeczniku Praw Pacjenta Szpitala Psychiatrycznego.

Do polskiego systemu prawnego wspomnianą instytucję wprowadziła znowelizowana w 2005 r. u.o.z.p. Bezpośrednią przyczyną powołania rzeczników były niepokojące, coroczne dane statystyczne, które mówiły o licznej grupie pacjentów, którzy trafiają do szpitali psychiatrycznych bez własnej zgody. Z danych, na które powoływała się w „Gazecie Prawnej" D. Sikora, wynikało, iż pod koniec grudnia 2005 r. w polskich szpitalach psychiatrycznych leczonych było ponad 58 000 pacjentów. Zgodnie z przywołanymi badaniami 10% z nich przebywało w szpitalu bez swojej zgody, a 5% doświadczało stosowania wobec nich przymusu bezpośredniego[40]. Juliusz Duda, uzupełniając przedstawione dane, dodaje, że 25% osób leczonych w szpitalach psychiatrycznych nie jest w stanie samodzielnie wyrazić zgody. Autor zwraca

gov.pl/index.php?id=a11 (dostęp: 24 maja 2013).

37 Źródło: http://czerwonagora.pl/index.php?option=com_content&view=article&id=128&Itemid=128 (dostęp: 20 maja 2013).

38 Zarządzenie nr 25/8 z dnia 18 sierpnia 2008 r. Dyrektora Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Staszowie ws. powołania Rzecznika Praw Pacjenta, http://www.szpitalstaszow.pl/sites/default/files/pdf/prawa_pacjenta/zarzadzenie25_08.pdf (dostęp: 20 maja 2013); zarządzenie nr 26/09 z dnia 22 września 2009 r. Dyrektora Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Staszowie ws. zmiany zarządzenia nr 25/8 z dnia 18 sierpnia 2008 r.

39 A. Turek, *Rola Rzecznika Pacjenta…*, dz. cyt.

40 D. Sikora, *Prawa pacjentów w szpitalach psychiatrycznych*, „Gazeta Prawna" z 20 grudnia 2005 r., http://www.dps.pl/radar/psychiatria/prawa.php (dostęp: 16 sierpnia 2011).

uwagę, iż ogólne dane dotyczące pacjentów wymuszają stworzenie niezależnej instytucji, która na bieżąco analizowałaby problem, a w pewnych sytuacjach podejmowałaby konkretne działania kontrolne. Jego zdaniem działań takich nie spełnia RPO, który choć posiada silne ustawowe prerogatywy, to jednak bardzo często nie jest w stanie dotrzeć do konkretnej osoby, przeżywającej np. dramat unieruchomienia czy odosobnienia. Możliwość tę posiada jedynie rzecznik stale obecny w szpitalu[41]. Optykę taka potwierdzić można w opinii wyrażonej przez T. Gellerta tuż po decyzji o powołaniu RPPSP. Zdaniem ówczesnego dyrektora departamentu zdrowia w Biurze RPO do urzędu tego przed 2005 r. nie trafiało „dużo skarg pisemnych od pacjentów szpitali psychiatrycznych. Jednak ich liczba nie jest wskaźnikiem odzwierciedlającym rzeczywistą skalę problemu. Osoby chore psychiczne nie zdają sobie sprawy z istnienia takich praw oraz możliwości ich egzekwowania. Zdarza się, że skargi są oceniane przez urzędników innych instytucji przez pryzmat choroby psychicznej pacjenta i po prostu ignorowane”[42]. Pozytywne doświadczenia innych państw w zakresie funkcjonowania rzeczników praw pacjenta (np. w Anglii) lub rad ds. skarg pacjenta (w Danii) czy fundacji adwokatów pacjenta (w Holandii) udowodniły, że powołanie niezależnego rzecznika jest niezbędne[43] oraz wprost wynika ze zobowiązań, jakim na mocy umów międzynarodowych podlega Polska[44].

Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego mówi o RPPSP w art. 10a–10d. Akt prawny podkreśla, iż pacjent ma prawo „przekazania ustnych i pisemnych skarg”, spotkania z RPPSP „w warunkach zapewniających swobodę wypowiedzi”. Z kolei RPPSP obdarzony został przez ustawodawcę zadaniami takimi, jak: „pomoc w dochodzeniu praw” pacjentów, „wyjaśnianie lub pomoc w wyjaśnianiu ustnych i pisemnych skarg tych osób” współpraca z rodziną, przedstawicielem ustawowym, opiekunem prawnym lub faktycznym” pacjenta, „inicjowanie i prowadzenie działalności edukacyjno-informacyjnej w zakresie praw osób korzystających ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez szpital psychiatryczny”.

Z danych, na które powoływała się w „Gazecie Prawnej” D. Sikora, wynikało, iż pod koniec grudnia 2005 r. w polskich szpitalach psychiatrycznych leczonych było ponad 58 000 pacjentów.

Ponadto, zgodnie z aktem wykonawczym do ustawy, RPPSP został zobligowany do pomocy pacjentowi w sporządzaniu pism, ma też obowiązek umożliwić mu dostęp do informacji prawnej oraz pomóc w sporządzeniu skargi. Może również – na mocy rozporządzenia ministra – z własnej inicjatywy dokonać analizy sytuacji, w szczególności pacjentów: „1) przyjętych do szpitala psychiatrycznego bez zgody, 2) wobec których zastosowano przymus bezpośredni, 3) niezdolnych do wyrażenia zgody lub stosunku do przyjęcia albo leczenia, 4) przebywających w szpitalu psychiatrycznym na mocy orzeczenia sądowego o zastosowaniu środka zabezpieczającego”[45].

41 J. Duda, *Komentarz do ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, Warszawa 2006. s. 51–52.

42 D. Sikora, *Prawa pacjentów…*, dz. cyt.

43 D. Karkowska, *Prawa Pacjenta*, Warszawa 2004. s. 396,

44 Mowa tu o rezolucji 46/119 – Zasady ochrony osób psychicznie chorych i poprawa opieki psychiatrycznej, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 17 grudnia 1991 r. (zasada 17); zob. K. Kurowski, *Ewolucja regulacji prawnych Organizacji Narodów Zjednoczonych w zakresie problematyki praw osób niepełnosprawnych* (w:) D. Podgórska-Jachnik (red.) *Problemy rzecznictwa i reprezentacji osób niepełnosprawnych*, t. 2, *Ruch na rzecz lepszej przyszłości osób niepełnosprawnych*, Łódź 2010, s. 62.

45 Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 13 stycznia 2006 r. w sprawie szczegółowego trybu i sposobu działania Rzecznika Praw Pacjenta Szpitala Psychiatrycznego (Dz.U. Nr 16, poz. 126).

W realizacji swoich działań RPPSP ma prawo do współpracy z RPD i RPO oraz, co szczególnie istotne, z konsultantem krajowym oraz konsultantami wojewódzkimi w dziedzinie psychiatrii i psychiatrii dzieci i młodzieży[46], choć o tym ostatnim przepisy ustawy nie wspominają. Niestety, ustawa nic nie mówi także o współpracy z bliźniaczymi konsultantami – specjalizującymi się w pielęgniarstwie psychiatrycznym. Jest to wyraźna luka, zwłaszcza że liczne skargi dotykać mogą właśnie personelu pielęgniarskiego, który, co podkreślał już A. Kępiński, spędza z pacjentem znacznie więcej czasu niż leczący go lekarz[47].

Dominika Sikora w przywoływanym już tekście z „Gazety Prawnej" zwraca uwagę na dwa dodatkowe istotne elementy. Po pierwsze, powołując się na wypowiedź K.B. Kozłowskiej (obecnego RPP), ówczesnej dyrektor Biura Praw Pacjenta przy Ministrze Zdrowia, zwraca uwagę, że RPPSP będą niezależnymi urzędnikami w żaden sposób niepodlegającymi władzy konkretnego szpitala. Organem zatrudniającym omawiane osoby zostało wówczas wymienione Biuro, a od 6 listopada 2008 r.[48] Biuro Rzecznika Praw Pacjenta w Warszawie. Widać zatem, że założenie, iż w szpitalach swoją funkcję będą pełnić niezależni ombudsmani, w pełni zostało zrealizowane. Niestety nie doszło do wypełnienia istotnych założeń mówiących o przyznaniu tym osobom prawa wglądu do dokumentacji medycznej pacjenta, także w sytuacji, w której nie wyraził na to zgody. Podkreślenia wymaga przy tej okazji, iż rzeczone uprawnienie stanowi warunek konieczny skutecznej ochrony praw pacjenta, zwłaszcza w sytuacji, gdy „[l]ekarze nie odnotowują np. zastosowania takich środków jak przytrzymanie chorego czy przymusowe podanie leku bez zgody pacjenta"[49]. Co istotne, ostatnia nowelizacja ustawy o ochronie zdrowia psychicznego z dnia 3 grudnia 2010 r. nie wprowadziła niestety omawianego uprawnienia. W odniesieniu do RPPSP uszczegółowiono jedynie przepis mówiący o możliwości wejścia nie tylko na ogólny teren szpitala, ale również do wszystkich pomieszczeń, gdzie świadczy się usługi medyczne. Ponadto ma on prawo żądać, by rozmowa z pacjentem odbywała się w warunkach zapewniających poufność. Brak możliwości wglądu do dokumentacji medycznej skutkuje jednak wyraźnym utrudnieniem w obronie praw: małoletnich pacjentów, osób ubezwłasnowolnionych, pacjentów unieruchomionych oraz innych osób, które z racji na chorobę lub zaburzenie nie posiadają zdolności do wyrażenia zgody na jakiekolwiek działanie[50]. W chwili obecnej RPPSP może uzyskać wgląd do historii choroby pacjenta jedynie za jego zgodą lub zgodą jego przedstawiciela ustawowego. Interesujące jest, iż RPPSP dostęp do dokumentacji uzyskać może również na podstawie upoważnienia wydanego przez opiekuna faktycznego. Tym samym dojść może do paradoksalnej sytuacji, w której to omawiany urzędnik uzyskać może prawo wglądu do historii choroby pacjenta na podstawie dyspozycji wydanej przez osobę, która sama może nie posiadać w danej chwili podobnego uprawnienia[51].

Na powyższy problem kierownictwo Biura RPP zwracało uwagę w sprawozdaniu za okres od maja do grudnia 2009 r. W tym samym sprawozdaniu podkreślono, iż do pracujących wówczas w 14 województwach RPPSP wpłynęło 4657 spraw. Z kolei w okresie od początku 2006 r. do końca 2008 r. wpłynęło do wszystkich omawianych osób łącznie 28 842 spraw. W większości zgłoszenia dotyczyły: prawa pacjenta do informacji o jego stanie zdrowia oraz przysługujących mu prawach, poszanowania intymności oraz godności, przepustki oraz zagadnień dotyczących przymusu bezpośredniego, a także nieetycznego zachowania się personelu medycznego[52].

46 Zob. art. 10a ust. 4, art. 10b ust. 2, 3, 4, 5 u.o.z.p.; warto odnotować, że władze szpitali psychiatrycznych zostały zobowiązane do udostępnienia rzecznikowi pomieszczenia do nieskrępowanych rozmów z pacjentami. Co więcej, osoby te posiadają ustawowo nadane prawo wejścia na teren zakładu opieki zdrowotnej.

47 A. Kępiński, *Rytm życia*, Kraków 2001, s. 311–312.

48 Tj. uchwalenia przepisów ustawy o prawach pacjenta i RPP.

49 D. Sikora, *Prawa pacjentów*…, dz. cyt.

50 B. Kmieciak, *Nowelizacja ustawy o ochronie zdrowia psychicznego z dnia 3 grudnia 2010 r. – analiza socjologiczno-prawna*, „Psychiatria i Psychologia Kliniczna" 2011, nr 2 s. 33–35.

51 Dokładna treść art. 10b ust 4 pkt 3 u.o.z.p. stanowi, że RPPSP ma prawo „wglądu w dokumentację medyczną za zgodą osoby, o której mowa w art. 10a ust. 1, jej przedstawiciela ustawowego, opiekuna prawnego lub faktycznego".

52 Zob. Rzecznik Praw Pacjenta, *Sprawozdanie z realizacji zadań wynikających z ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2009 r. Nr 52, poz. 417,*

Na koniec tej części rozważań warto odnotować, że ombudsmanami, którzy z całą pewnością mogą cieszyć się również pełnią niezależności, są rzecznicy praw pacjenta powoływani przez organizacje pozarządowe. Co ciekawe, również we wspomnianym gronie dostrzec możemy, iż dominującą rolę odgrywa psychiatryczna specjalizacja. Pomimo istnienia od sześciu lat funkcji RPPSP organizacje pozarządowe, takie jak wspomniane we wstępie Stowarzyszenie „Braterstwo serc" oraz Suwalskie Stowarzyszenie Rodzin i Przyjaciół Osób Chorych Psychicznie „Nadzieja", nadal w środkach społecznego przekazu informują, iż w ramach ich działalności pacjenci mają prawo skonsultowania się z rzecznikiem działającym z ramienia danej organizacji. Dla przykładu: pierwsze z wymienionych stowarzyszeń jedynie ogólnie informuje, że rzecznik ów „chroni prawa i interesy jednostek wchodzących w relacje ze służbami ochrony zdrowia psychicznego". Zadaniem wspomnianego rzecznika jest udzielenie wsparcia osobom, które nie tylko znajdują się w szpitalu, ale nade wszystko opuściły placówkę psychiatryczną[53]. Co ciekawe, przywołane powyżej Stowarzyszenie „Nadzieja" powołało do istnienia własną rzeczniczą instytucję głownie w celu udzielania wsparcia byłym pacjentom szpitali psychiatrycznych[54]. Zadanie to ma fundamentalne znaczenie dla tematu naszych rozważań. Opisane działania RPPSP w sposób jasny ukazują, iż nie ma on możliwości podjąć działań poza terenem konkretnego szpitala. Istnienie w pewnych rejonach naszego kraju rzeczników służących pomocą prawną dla byłych pacjentów w pewnym minimalnym zakresie może wypełnić swoistą lukę legislacyjną. Powołanie bowiem „psychiatrycznych rzeczników" miało na celu m.in. walkę ze stygmatyzacją grupy pacjentów chorych psychicznie. Faktem jest jednak, iż choć owi rzecznicy mogą z zaangażowaniem wypełniać swoją rolę wewnątrz placówki, to jednak nie posiadają żadnych narzędzi prawnych do podjęcia inicjatywy poza szpitalem. Podobną pozaszpitalną rolę pełni rzecznik osób z autyzmem, podejmujący głównie działania lobbingowe w polskim parlamencie, czy też Rzecznik Praw Pacjenta z SM – udzielający głównie porad związanych z możliwością leczenia, rehabilitacji, a także wsparcia psychologicznego oraz prawnego chorych na stwardnienie rozsiane (SM)[55].

Tym samym dojść może do paradoksalnej sytuacji, w której to omawiany urzędnik uzyskać może prawo wglądu do historii choroby pacjenta na podstawie dyspozycji wydanej przez osobę, która sama może nie posiadać w danej chwili podobnego uprawnienia.

z późn. zm.) oraz przestrzegania praw pacjenta na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Obejmuje okres od dnia 21 maja 2009 r. do dnia 31 grudnia 2009 r.), s. 9–10, 131–143; *Praktyczny aspekt funkcjonowania Biura Praw Pacjenta przy Ministrze Zdrowia*, prezentacja PDF: *luszczyca.org.pl/stowarzyszenie/files/publikacje/ppp.pdf*, s. 12 (dostęp: 16 sierpnia 2011).

53 Ulotka informacyjna Stowarzyszenia na rzecz ochrony zdrowia psychicznego „Braterstwo serc".

54 Zob. http://bazy.ngo.pl/search/info.asp?id=37301 (dostęp: 20 maja 2013).

55 J. Wygnańska, *Rzecznik Osób z Autyzmem…*, dz. cyt., s. 61–61; *Coraz więcej zgłoszeń do Rzecznika Praw Pacjenta z SM*, http://www.money.pl/archiwum/wiadomosci_agencyjne/pap/artykul/coraz;wiecej;zgloszen;do;rzecznika;praw;pacjenta;z;sm,2,0,247810.html (dostęp: 20 maja 2013).

Urząd Rzecznika Praw Pacjenta

Już ogólna analiza zapisów rozdz. 12 ustawy o prawach pacjenta i RPP zwraca uwagę, iż nowo powołany urząd ma za zadanie połączenie kompetencji wszystkich powyżej wymienionych organów specjalizujących się w udzieleniu pomocy osobom korzystającym z usług oferowanych przez ośrodki ochrony zdrowia. Z poszczególnych artykułów bowiem wynika, iż nowy ombudsman został obdarzony uprawnieniami pozwalającymi mu na przyjmowanie skarg oraz prowadzenie spraw dotyczących pacjentów, którzy: są hospitalizowani, byli hospitalizowani, korzystali z usług medycznych oferowanych przez komercyjne podmioty, posiadają trudności z dostępem do świadczeń, doznali szkody w wyniku działań określonego świadczeniodawcy itd. Ukażmy zatem poniżej charakter owych uprawnień, a ponadto postarajmy się przedstawić pierwsze opinie, jakie pojawiły się w literaturze przedmiotu odnośnie do działań omawianego urzędu.

Przepisy ustawy o prawach pacjenta i RPP stanowią, że Rzecznik Praw Pacjenta jest centralnym organem administracji rządowej (art. 42) i został powołany w celu ochrony praw pacjenta (art. 41), o których mówi powyższy akt prawny. Jak podkreśla D. Karkowska, „[p]rzez wiele lat źródłem normatywnym praw pacjenta były różne akty prawne. Brak całościowego, jednolitego ujęcia tego problemu był powodem znacznych utrudnień przy ustalaniu rzeczywistych uprawnień pacjenta”[56]. Ustawa zatem jest swoistym „kodeksem praw pacjenta”.

Już początek przywoływanego rozdziału zaznacza, że nadzór nad RPP sprawuje Prezes Rady Ministrów. To także premier, zgodnie z art. 46 ust. 2 ustawy, posiada prawo do powołania oraz odwołania RPP. Fakt ten ma fundamentalne znaczenie dla realnych możliwości działania omawianego ombudsmana i zostanie omówiony w sposób dokładniejszy w dalszym fragmencie pracy. W tym miejscu ukażmy konkretne zadania oraz uprawnienia nowego organu.

Na wstępie zasadnym jest, by zwrócić uwagę, że RPP usytuowany został w grupie najistotniejszych państwowych instytucji. Świadczy o tym po pierwsze to, że podlega bezpośrednio Prezesowi Rady Ministrów, a po drugie, że został wyposażony w ustawową możliwość podejmowania działań w kooperacji z innymi, tym razem konstytucyjnymi ombudsmanami. Rzecznik sam nie posiada inicjatywy ustawodawczej, ale ma możliwość kierowania do odpowiednich ministerstw wniosków o podjęcie stosownych legislacyjnych działań. Ważne jest także, iż ustawa zobowiązuje m.in. organy ministerialne oraz medyczne samorządy zawodowe do udzielenia odpowiedzi Rzecznikowi w terminie 30 dni. Jest to istotne uprawnienie, które z całą pewnością dodaje powagi działaniom urzędu, a zarazem stanowi kontynuację podobnej praktyki znanej już z zapisów ustawy o RPO i RPD[57]. Co więcej, wspomniana prerogatywa pozwala RPP w pełniejszy sposób realizować jego fundamentalne zadanie, jakim jest ochrona indywidualnych oraz zbiorowych praw pacjenta[58].

Rzecznik na etapie postępowania wyjaśniającego wyposażony został w uprawnienia takie, jak: zbadania każdej sprawy na miejscu (również bez uprzedzenia danej instytucji), żądania na każdym etapie sprawy złożenia wyjaśnień przez „centralne organy administracji państwowej, organy administracji rządowej, organy organizacji pozarządowych, społecznych i zawodowych, oraz organy jednostek organizacyjnych posiadających osobowość prawną, a także organy jednostek samorządu terytorialnego i samorządowych jednostek organizacyjnych oraz samorządów zawodów medycznych”. Co istotne, RPP, podejmując się wyjaśnienia sprawy, w której podejrzewa naruszenia praw pacjenta, ma możliwość żądania złożenia przez prokuraturę lub sądy informacji o stanie danej sprawy, co powiązane zostało z uprawnieniem do dokonania wglądu do akt sprawy po jej zakończeniu. W wyniku opisanego postępowania wyjaśniającego RPP, stwierdzając naruszenia praw pacjenta, może: skierować sprawę do organu, w którym zostały dostrzeżone

56 D. Karkowska, *Komentarz do ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*, Warszawa 2010, s. 18.

57 Art. 47 ustawy o prawach pacjenta i RPP; zob. także art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka (Dz.U. Nr 6, poz. 69 z późn. zm.) oraz art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz.U. Nr 21, poz. 123 z późn. zm.).

58 Jedna z pierwszych wersji projektu ustawy o prawach pacjenta i RPP nosiła nazwę: projekt ustawy o ochronie indywidualnych i zbiorowych praw pacjenta oraz o Rzeczniku Praw Pacjenta.

naruszenia lub też do instytucji nadzorującej ów organ, z żądaniem natychmiastowego podjęcia działań naprawczych. W swoim wystąpieniu RPP ma prawo wskazać propozycję owych korygujących działań. Z kolei wspomniane organy mają obowiązek w ciągu 30 dni ustosunkować się do powyższego stanowiska.

Jeśli żądania RPP co do zaprzestania podejmowania działań naruszających zbiorowe prawa pacjenta nie zostaną spełnione, wówczas ma on prawo nałożyć na świadczeniodawcę karę do 500 000 zł.

Na koniec tej części rozważań warto dodać, że RPP w sprawach cywilnych dotyczących naruszenia praw pacjenta określonych w omawianej ustawie uprawniony został do żądania wszczęcia postępowania oraz do uczestniczenia w nim na prawach przysługujących prokuratorowi[59]. Zdaniem M. Paszkowskiej uprawnienie to posiada zbyt wąski charakter. RPP w odróżnieniu od RPO „nie może natomiast żądać wszczęcia przez uprawnionego oskarżyciela postępowania przygotowawczego w sprawach o przestępstwa ścigane z urzędu, a także zwrócić się o wszczęcie postępowania administracyjnego, wnosić skargi do sądu administracyjnego, a także uczestniczyć w tych postępowaniach na prawach przysługujących prokuratorowi"[60].

W tym momencie warto zatrzymać się nad wymienionym już powyżej pojęciem zbiorowych praw pacjenta, pojęciem, które zostało wprowadzone do polskiego systemy prawnego na mocy ustawy o prawach pacjenta i RPP. Co ciekawe, ustawa nie definiuje, czym są owe zbiorowe prawa, ale charakteryzuje, co stanowi o ich naruszeniu. Tekst ustawy zaznacza, że przez naruszenie zbiorowych praw pacjenta rozumieć należy „1) bezprawne zorganizowane działania lub zaniechania podmiotów udzielających świadczeń zdrowotnych, 2) stwierdzone prawomocnym orzeczeniem sądu zorganizowanie wbrew przepisom o rozwiązywaniu sporów zbiorowych akcji protestacyjnej lub strajku przez organizatora strajku – mające na celu pozbawienie pacjentów praw lub ograniczenie tych praw, w szczególności podejmowane celem osiągnięcia korzyści majątkowej. Nie jest zbiorowym prawem pacjentów suma praw indywidualnych"[61] (np. bezprawne pobieranie opłat w danym szpitalu, brak oczekiwania od pacjentów pisemnej zgody na określone zabiegi medyczne). Co istotne, to właśnie uprawnienia związane z wyjaśnianiem spraw dotyczących powyższej materii powodują, iż RPP wyróżnia się na tle innych rzeczników istotnymi kompetencjami. W sytuacji bowiem, w której to RPP uzna w toku wszczętego postępowania wyjaśniającego, iż doszło do naruszenia zbiorowych praw pacjenta, ma prawo żądać od świadczeniodawcy natychmiastowego zaprzestania uprawiania stwierdzonych negatywnych praktyk lub też natychmiastowego podjęcia działań naprawczych. Na tym etapie RPP ma prawo żądać również przedkładania informacji o stopniu realizacji przywołanych działań, może także wyznaczyć termin, do którego świadczeniodawca zobowiązany jest przedłożyć istotne w sprawie dokumenty oraz podjąć działania naprawcze. Jeśli żądania RPP co do zaprzestania podejmowania działań naruszających zbiorowe prawa pacjenta nie zostaną spełnione, wówczas

59 Art. 53 i 56 ustawy o prawach pacjenta i RPP.

60 M. Paszkowska, *Rzecznik Praw Pacjenta jako nowa instytucja systemu ochrony zdrowia*, „Przegląd Medyczny Uniwersytetu Rzeszowskiego i Narodowego Instytutu Leków w Warszawie" 2010, nr 4, s. 478.

61 Art. 59 ust. 1 ustawy o prawach pacjenta i RPP.

ma on prawo nałożyć na świadczeniodawcę karę do 500 000 zł. Ponadto nieprzekazanie RPP dokumentów lub istotnych w sprawie informacji uprawnia go do nałożenia kary w wysokości 50 000 zł. To powyższe uprawnienie zdaniem komentatorów powoduje, iż RPP należy oceniać w sposób odrębny od pozostałych ombudsmanów.

W literaturze przedmiotu można się spotkać z opinią, iż podległość RPP w stosunku do Prezesa Rady Ministrów powoduje, że nie może on w pełni realizować zadań związanych z ochroną praw pacjenta. Część bowiem działań mających na celu np. systemową poprawę sytuacji pacjentów mogłaby wywoływać konflikty na linii RPP – minister zdrowia, lub RPP – premier (przypomnijmy, ze premier może w każdej chwili odwołać rzecznika)[62].

Z kolei w opinii U. Drozdowskiej obecny model RPP określić można mianem hybrydowego. Z jednej strony jest to ombudsman przyjmujący skargi, pytania oraz wnioski od konkretnych poszkodowanych osób. Z drugiej zaś strony jest to urząd będący częścią administracji rządowej, a jednym z fundamentalnych jego zadań jest właśnie wykonywanie funkcji owej administracji. Co więcej, kompetencje RPP w zakresie działań dotyczących naruszenia zbiorowych praw pacjenta są zbieżne z prerogatywami Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta, uprawnionego do prowadzenia postępowań dotyczących naruszenia zbiorowych praw konsumenta[63]. Fakt ten powoduje, iż usytuowanie RPP jako organu podległego rządowi znajduje pewne uzasadnienie. Co więcej, zdaniem L. Boska sytuacja ta ukazuje, iż zasadnym jest, by rozważyć zmianę nazwy omawianego urzędu[64]. Co ciekawe, w kontekście poruszonego wątku fakt nadania RPP prawa do żądania zaniechania danej praktyki, kontrolowania prowadzonych w tym zakresie działań oraz pieniężnego karania za ich niewykonanie powoduje zdaniem K. Skotnickiego, iż RPP jest całkowicie odmiennym modelem instytucji niż RPO, czy też RPD[65]. Owa odmienność ujawnia się także w działającej przy RPP (w obrębie Biura RPP) Komisji Lekarskiej, do której zgodnie z art. 31 ustawy o prawach pacjenta i RPP pacjent może wnieść „sprzeciw wobec opinii albo orzeczenia (…) lekarza i lekarza dentysty, jeżeli opinia albo orzeczenie ma wpływ na prawa lub obowiązki pacjenta wynikające z przepisów prawa". Część komentatorów uznaje, iż usytuowanie komisji w strukturach Biura RPP jest zjawiskiem niezwykle pozytywnym. To bowiem RPP „jest szczególnie predestynowany do tworzenia infrastruktury instytucjonalnej zapewniającej funkcjonowanie tego istotnego mechanizmu ochrony praw pacjenta"[66]. Usytuowanie to ułatwia pacjentowi podjęcie odpowiednich aktywnych działań.

Ostatnim zjawiskiem, które z pewnością odróżnia RPP od innych ombudsmanów jest prawo do powołania przedstawicieli do wojewódzkich komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych[67]. Od dnia 1 stycznia 2012 r. komisje te posiadają prawo do wydawania orzeczeń w sprawie tzw. zdarzeń medycznych, a więc w sytuacji, jaką jest „zakażenie pacjenta biologicznym czynnikiem chorobotwórczym, uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia pacjenta albo jego śmierć będące następstwem niezgodnych z aktualną wiedzą medyczną: 1. Diagnozy (…); 2. Leczenia (…); 3. Zastosowania produktu leczniczego lub wyrobu medycznego"[68].

62 M. Paszkowska, *Rzecznik Praw Pacjenta…*, dz. cyt., s. 479–481.

63 U. Drozdowska, *Rzecznik Praw Pacjenta – nowy sposób ochrony praw pacjenta?*, „Administracja Publiczna – Studia krajowe i międzynarodowe" 2009, nr 1 (13), s. 10.

64 L. Bosek *Opinia o projekcie ustawy o ochronie indywidualnych i zbiorowych praw pacjenta oraz o Rzeczniku Praw Pacjenta* (w:) *Zmiany w systemie ochrony zdrowia w procesie legislacyjnym – druki sejmowe nr 283, 284, 286*, „Przed Pierwszym Czytaniem" 2008, nr 4, s. 21.

65 K. Woźniak, *Kompetencje RPP w sprawach praktyk naruszających zbiorowe prawa pacjentów*, http://akademia.e-prawnik.pl/porady/artykuly-3/kompetencje-rpp-w-sprawach-praktyk-naruszajacych-zbiorowe-prawa-pacjentow.html (dostęp: 24 maja 2013).

66 A. Budziszewska-Makulska, A. Augustynowicz, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 185–187.

67 Art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 28 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczeń Komunikacyjnych (Dz.U. Nr 113, poz. 660).

68 Biuro Rzecznika Praw Pacjenta, *Poradnik dla pacjenta, jego przedstawiciela ustawowego lub spadkobierców. Zdarzenia medyczne – odszkodowania i zadośćuczynienia*, Warszawa 2012, s. 1.

Podsumowanie

Choć w Polsce od listopada 2008 r., a ostatecznie od lipca 2010 r. istnieją jedynie dwa organy noszące na mocy ustawy tytuł Rzecznika Praw Pacjenta, to jednak szersza analiza „świata praw pacjenta" zwraca uwagę, iż w dalszym ciągu spotkać możemy liczne osoby, które na mocy np. zarządzenia dyrektora szpitala lub też decyzji organizacji pozarządowej wykonują funkcję rzecznika praw pacjenta.

polityki zdrowotnej rządu, a więc również pośrednią podległość Ministrowi Zdrowia, który notabene odpowiada za powołanie komicji wybierającej RPP. Zaznacza się, iż w takiej optyce należy rozważyć zmianę nazwy urzędu – z racji na fakt, iż część kompetencji RPP w sposób wyraźny oddala go od filozofii działań konstytucyjnego ombudsmana. Pozostawiając na boku powyższe rozważania, zastanówmy się na koniec: czy przedstawiona powyżej mnogość organów powinna dalej ist-

Ostatnim zjawiskiem, które z pewnością odróżnia RPP od innych ombudsmanów jest prawo do powołania przedstawicieli do wojewódzkich komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych.

Koloryt instytucji rzeczniczych udzielających wsparcia świadczeniodawcom usług medycznych sugeruje, iż z jednej strony w naszym kraju wyraźnie dostrzec możemy aktywne działania „mikrorzeczników", którzy z pewnością często w sposób skuteczny reagować mogą na zaistniały w danym momencie problem. Nierzadko ci rzecznicy podejmują działania w ramach swoistej specjalizacji. Z drugiej strony od wspomnianego 2008 r., a więc od momentu uchwalenia ustawy o prawach pacjenta i RPP, widzimy dynamiczny rozwój urzędu RPP, który – co powyżej podkreślono – wyposażony został w kompetencje nieznane innym, nawet konstytucyjnym ombudsmanom. Powołanie wymienionego urzędu jest przez większość komentatorów uznawane za istotny krok mający na celu realną poprawę sytuacji pacjentów. W większości publikacji zwraca się jednak uwagę, iż obecny model działania RPP wymaga zmian. Podkreśla się jego bezpośrednią zależność wobec premiera oraz nieć, czy owa mnogość powoduje, iż pacjent może czuć się bezpieczny w zakresie dochodzenia swoich praw?

Opisane powyżej zjawisko ocenić należy pozytywnie. Zagadnienie praw pacjenta jest bardzo często kwestią niezwykle złożoną. Dlatego słuszne jest, iż w Polsce istnieją organy, do których pacjent może zwrócić się z daną sprawą, np. w sytuacji, w której doświadcza naruszenia jego godności w konkretnym ośrodku zdrowia. Z drugiej jednak strony pozytywne jest także i to, iż powołano w Polsce obdarzony dużymi kompetencjami organ centralny, który posiada realne prawo, by wpływać na zmianę negatywnej rzeczywistości. Konkludując, warto jednak pamiętać, by tworząc realia działań omawianych ombudsmanów, jednocześnie zapewniać im jak największą przestrzeń niezależności, która umożliwi podejmowanie działań z pozycji w pełni obiektywnej, niekrzywdzącej ani słusznych potrzeb pacjentów, ani dóbr osobistych personelu medycznego.

Joanna Haberko

Trudny wybór pacjenta

Recenzja książki Marii Boratyńskiej *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*

Joanna Haberko

Doktor habilitowany nauk prawnych, profesor nadzwyczajny w Katedrze Prawa Cywilnego, Handlowego i Ubezpieczeniowego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Autorka ponad 70 publikacji z zakresu prawa cywilnego, rodzinnego oraz medycznego. Głównym obszarem zainteresowań badawczych autorki są zagadnienia prawa rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa medycznego; członek Krajowej Rady Transplantacyjnej przy Ministrze Zdrowia, członek Komisji Bioetycznej przy Wielkopolskiej Izbie Lekarskiej w Poznaniu.

I. Książka[1] ukazała się nakładem Instytutu Problemów Ochrony Zdrowia. Składa się z sześciu rozdziałów poprzedzonych wstępem i zakończenia, opatrzona została bibliografią. Sięgnęłam po nią z zainteresowaniem, choć i z zawodowego obowiązku, jest to bowiem kolejne pokaźne dzieło odnoszące się, jak sugeruje tytuł, do sytuacji prawnej pacjenta. W pierwszym odruchu zainteresowanie spotęgowała pojawiająca się wątpliwość, czy o prawach pacjenta można napisać jeszcze jedną, oryginalną i to tak obszerną monografię? Moje uwagi po lekturze przedstawiam w niniejszej recenzji.

II. Recenzje dzieła naukowego zwykło się rozpoczynać od omówienia wyboru tematu, zakreślenia pola badawczego i przyjętej przez autora konstrukcji. Charakter pracy M. Boratyńskiej zdaje się jednak usprawiedliwiać odstąpienie od tego zwyczaju i zwrócenie uwagi czytelnika na inne, znacznie istotniejsze kwestie. By jednak utrwalonemu zwyczajowi uczynić – choćby po części – zadość, w zakresie tematu należy zauważyć, że został wybrany trafnie i da się obronić. Można, rzecz jasna, spierać się o konieczność tak daleko posuniętej oryginalności tytułu. Zapewne do dyskusji pozostaje zasadność odstąpienia od utrwalonej w cywilistyce konstrukcji samostanowienia – na rzecz samodecydowania. Można również polemizować z „wolnym" wyborem, niemniej jednak da się odkodować intencję autorki, iż stawia ona w tytule prowokacyjną tezę, którą będzie w pracy uzasadniała, dowodząc, że wybór ten jest wolny, ale w granicach zakreślonych przez prawo.

Przyjęty układ pracy również należy zaakceptować. Można zastanawiać się tylko, dlaczego tak istotna determinanta zgody pacjenta, jaką jest informacja, nie została w spisie treści ujęta jako niezbędna przesłanka skuteczności (ważności) oświadczenia pacjenta (s. 92 i punkt „Treść udzielonej informacji"). Po drugie,

1 M. Boratyńska, *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012, 733 s.

dlaczego lekarskie standardy i przywileje rozdzielają „zgodę pacjenta" (stanowiącą przecież najpełniejszy przejaw jego autonomii) od „poszanowania autonomii w ramach poszczególnych praw pacjenta", gdzie zresztą autorka podsumowuje prawo do informacji i zgody pacjenta. Są to zapewne sprawy o marginalnym znaczeniu. Znacznie więcej wątpliwości budzi rozdział o prawnomedycznych dylematach i wyzwaniach, w którym autorka gromadzi różne, niedające się sprowadzić do wspólnego mianownika kwestie – jakoś wiążące się z zagadnieniem praw pacjenta. Rozdział ten liczy aż 183 strony, ale jego treść niewiele do rozważań wnosi, przynajmniej merytorycznie (bo emocjonalnie i ideologicznie – wnosi sporo).

III. Sprawą niewątpliwie wartą poruszenia w recenzji, zaraz po temacie i konstrukcji, jest tzw. ogólne wrażenie, jakie czytelnik odnosi po przeczytaniu pracy M. Boratyńskiej. Pojęcie „ogólnego wrażenia" jest używane przez różne gremia oceniające i w sumie niewiele wyjaśnia; wydaje się jednak, że w tym przypadku jest ono adekwatne. Chodzi nie tyle o kwestie merytoryczne, te będą przedmiotem oceny w dalszej części recenzji, ile o sposób prezentacji tez, styl i odniesienie autorki do stanowisk już prezentowanych w doktrynie, a czasem nawet jej stosunek do niektórych autorów.

Podejmując rozważania w tym zakresie, należy zauważyć, że autorka wyjaśnia na początku, iż praca stanowi rozprawę z „prawa medycznego". To robi niewątpliwie dobre wrażenie na czytelniku. Można to zapewnienie przyjąć jako punkt wyjścia i nadzieję, że tak w istocie będzie. W trakcie lektury okazuje się jednak, że wrażenie pozytywne słabnie, a praca, choć wykazuje wprawdzie związek z szeroko pojętym „prawem medycznym", to jednak w niektórych momentach nie broni się jako rozprawa naukowa (przynajmniej w takim sensie, w jakim czytelnik jest przyzwyczajony rozumieć pojęcie rozprawy naukowej). Książka M. Boratyńskiej jest bowiem fragmentami lekką, niepozbawioną emocji, okraszoną rubasznościami (s. 395 – jakie znaczenie ma w pracy prawniczej, czy majtki, i to brudne, są damskie czy męskie?), a czasem i wulgaryzmami (s. 422) publicystyką prawniczą. Wywody tego typu szybko się czyta. Są jednak obszerne fragmenty, w których problemy badawcze pojawiają się sporadycznie, a tekst zdominowany jest przez personalne odniesienia do innych autorów i światopoglądowe tyrady. Autorka często poprzestaje na zrelacjonowaniu tego, co jest: chodzi o stan prawny i orzecznictwo, gdyż do dotychczasowego dorobku nauki prawa sięga powściągliwie. Niekiedy ma się wrażenie, że znalazła się na intelektualnej pustyni, na której nikogo z cywilistów przed nią nie było. Czytając tę pracę, wielokrotnie można zadać pytanie: czy rzeczywiście nikt wcześniej na ten temat nic nie pisał i się nie wypowiadał? Dlaczego autorka, mając wielokrotnie taką możliwość, nie zdecydowała się sięgnąć do licznych prac innych autorów (i to prac – zdawałoby się – „sztandarowych"), pozostaje bez odpowiedzi. Maria Boratyńska zresztą w sposób dość swoisty posługuje się dorobkiem doktryny. Swoisty, to znaczy: wybiórczy. Nie jest oczywiście zadaniem recenzenta wyjaśnianie, czego autorka nie zrozumiała w pracach wcześniej opublikowanych, jeśli już zechciała je zacytować, i z autorami, z którymi zgodziła się podjąć polemikę bądź poddać ich druzgocącej (przede wszystkim emocjonalnej) krytyce, opatrując komentarzami: „absurdalnych koncepcji doktrynalnych" (s. 567), „tendencyjnie spreparowanego zabobonu" (s. 630) czy „przydługiego i łzawego wywodu" (s. 601). Może gdyby autorka zadała sobie trud zapoznania się z całością literatury przedmiotu i podjęcia merytorycznej, a nie emocjonalnej i przesiąkniętej ideologią dyskusji, która nie sprowadzałaby się do wyrywania z kontekstu zdań, przypisywania autorom złych intencji i manipulowania ich wypowiedziami, sytuacja byłaby zgoła inna, a i tezy prezentowane w pracy znalazłyby oparcie. Maria Boratyńska jest jednak na tyle przekonana do własnych racji, że nawet posuwa się do stwierdzenia, iż „polemika z takimi poglądami jest coraz bardziej męcząca, ponieważ polega na dowodzeniu, że duchy nie istnieją" (s. 609). Można by nawet przyjąć ten osobliwy sposób komentarza w dyskursie prawniczym, gdyby nie fakt, że interpretacja M. Boratyńskiej wiąże się ze skrajnie nierzetelnym przypisaniem autorowi złych intencji, których zresztą nikt poza nią nie dostrzega. Stanowisko Kongregacji Nauki Wiary opatruje autorka określeniem „tendencyjnie spreparowanego zabobonu" (s. 630), wskazując autorowi, iż nie licuje to z powagą opracowania naukowego. Kilka wierszy wcześniej pogląd wywiedziony przez autora, oparty na stanowisku Kongregacji Nauki Wiary, reprezentowany przez Kościół Katolicki, został uznany przez M. Boratyńską za „bzdurę i demagogię".

Nie sposób silić się na oryginalność przypuszczeń, dlaczego autorka nie zadała sobie trudu choćby próby polemiki z ogromną tradycją moralną ugruntowaną w określonych założeniach ontycznych i antropologicznych[2]. Przekonania moralne w tej kwestii autorka żywić może oczywiście, jakie tylko zechce; zbywanie przekonań cudzych epitetem „bzdura i demagogia" nie licuje z powagą opracowania naukowego.

Nie tylko stosunek autorki do pewnych tez jest swoisty, co sprawia, że jej praca w zakresie odbioru wiele traci; swoisty nade wszystko jest styl i język. Autorka wypowiada się niekiedy w sposób, najogłędniej mówiąc, daleki od przyjętego w dyskursie naukowym; może nawet pojawić się pytanie, czy nie narusza to dobrych obyczajów akademickich, zwyczajowo w tym dyskursie obecnych. Maria Boratyńska formułuje zarzuty nie przeciwko tezom (wykazując ich merytoryczną nietrafność), ale także przeciwko poszczególnym autorom, zwracając się do nich w sposób – najdelikatniej to nazywając – niegrzeczny. To samo dotyczy innych podmiotów obecnych w życiu publicznym (w szczególności Kościoła Katolickiego, księży, rodziców, lekarzy). Pomijając już fakt, że rażą w pracy prawnika określenia kolokwialne czy rubaszne, jak „ciemnogrodzka zasada" w odniesieniu do „porządnej kobiety" (s. 85), „sąd uznał, że delikwent" (s. 91), „lekarz gmerał w ranie" (s. 180), „widzimisię lekarza" (s. 334), „na badanie nie ma rady" (s. 560), „klapa przy tyłku przylać" (s. 422), razi także sposób prowadzenia wywodu, nacechowany zjadliwością i zgryźliwością w stosunku do autorów poglądów innych niż własne poglądy M. Boratyńskiej. Wywód naszpikowany jest perswazyjną terminologią okraszoną gdzieniegdzie infantylizmami, co podaje w wątpliwość inteligencję czytelnika. Wydaje się, że jeśli nawet jakiś argument (któregoś z autorów) jest istotnie „żałośnie pozbawiony uzasadnienia", a „koncepcja doktrynalna absurdalna", to sprawą odbiorcy przekazu, czyli czytelnika – a nie nadawcy komunikatu, czyli autorki – jest dokonanie takiej oceny.

Praca traci też na tym, że autorka chwilami przestaje analizować tekst aktu prawnego i uznaje za stosowne poinstruować czytelnika o jedynie słusznej racji, to jest o własnej racji i własnym światopoglądzie. Sposób, w jaki autorka prowadzi wywód, zwłaszcza w zakresie problematyki prokreacji, przerywania ciąży i innych kwestii wiążących się z płodnością i rozrodczością człowieka, napełniony jest osobistymi odniesieniami do autorów, lekarzy, Kościoła Katolickiego, przesycony perswazyjną terminologią i przesiąknięty ideologią. W tym zakresie takie określenia, jak „świadomie wykoncypowane brednie" i „prawnicze matactwo" należą do łagodniejszych (s. 593, 601).

Czytając książkę, chwilami ma się wrażenie, że tytuł odnosi się do wolności wyboru pacjentki ciężarnej (ewentualnie pacjentki domagającej się antykoncepcji) i dotyczy jej praw, gdyż procedury ginekologiczno-położnicze zajmują w pracy poczesne miejsce. Czasem jest to nawet taka opowieść z „izby przyjęć" – „opowiedziana mi przez pewną kobietę autentyczna historia" (s. 120); „w kontekście dostępu do antykoncepcji pacjentki skarżą się" (s. 559) – komu? chyba autorce, gdyż źródła nie podano – czasem opowieść, jaki to zły jest świat, w szczególności ten, w którym prezentowane są wartości katolickie (s. 363, 561, 575). Rzadko autorka zgłasza postulaty *de lege ferenda*, gdy je zaś zgłasza, nie uzasadnia i nie zadaje sobie trudu dostrzeżenia konsekwencji prawnych swoich propozycji. Świetnie natomiast posługuje się ludowymi rymowankami, wierszykami i cudownymi myślami, które choć niespotykane w pracach prawniczych, mają chyba ilustrować analizę prawną (np. s. 436, 450, 536, 560, 573, 603, 652).

IV. W recenzjach zwykło się poruszać także zagadnienia merytoryczne – te kwestie są w sumie najważniejsze. Poniżej prezentuję kilka uwag w tym zakresie; odniesienie się do wszystkich tez szczegółowych nie jest – rzecz jasna – możliwe, nie tylko dlatego, że praca stanowi nader obszerne studium. Recenzja nie jest też miejscem na prowadzenie rozbudowanych polemik z autorką pracy. Co do istoty sprawy: podzielam troskę o sytuację prawną pacjenta, której to troski nie sposób autorce odmówić. Nie podlega dyskusji potrzeba podejmowania problematyki praw pacjenta i interpretacji aktów prawnych w tym zakresie, zwłaszcza że prawa pacjenta stanowią od kilku lat niezmiennie przedmiot zainteresowania ustawodawcy. W kwestii ochrony słabszego uczestnika procesu udzielania świadczeń zdrowotnych zgadzam się z autorką. Nie podzielam jednak wszystkich przyjętych założeń, także niektóre tezy i metody badawcze ze względu na swą

2 Podobnie M. Boratyńska, *Umowa w sprawie zapłodnienia pozaustrojowego*, „Prawo i Medycyna" 2008, nr 30, s. 81–96.

wagę bądź merytoryczną niepoprawność wymagają zajęcia odrębnego stanowiska, i te będą przedmiotem poniższego wywodu.

Autorka twierdzi, że „godność nabywa się z chwilą urodzenia w rodzinie człowieczej" (s. 52), a w innym miejscu cytuje, że „płód nie jest jeszcze dzieckiem (…) człowiekiem, samodzielną osobą, niezależną fizycznie od matki" (s. 648). Każdy może wypowiadać, rzecz jasna, dowolne poglądy, przydałoby się je jednak osadzić w dotychczasowym dorobku nauki prawa w tym zakresie. Może prześledzenie całkiem pokaźnego dorobku przedstawicieli nauki prawa cywilnego pozwoliłoby autorce dostrzec pewne sytuacje prawne dostępne dziecku poczętemu – gdyby samo dziecko poczęte postrzegane było przez autorkę nie jako płód czy część ciała kobiety ciężarnej, ale właśnie jako człowiek, który zostanie „zrodzony w rodzinie człowieczej". Prezentowane w pracy stanowisko autorki tym bardziej razi, że jest ona cywilistką. Ograniczę się jedynie do wyrażenia zdziwienia wobec faktu, iż M. Boratyńska (cywilista właśnie) pisze, że „uznanie za człowieka płodu w łonie matki jest uwarunkowane światopoglądowo" (s. 593). Wydaje się, że również nieuznanie za człowieka płodu w łonie matki jest uwarunkowane światopoglądowo; tyle że dla ludzi o innym światopoglądzie. Jeżeli jednak tak w istocie by było, to światopoglądowo uwarunkowane by też było uznanie ojcostwa dziecka poczętego (art. 75 k.r.o.), możliwość wyrządzenia szkody prenatalnej (art. 446[1] k.c.), ustanowienie kuratora dla dziecka poczętego (art. 182 k.r.o.) czy wreszcie możliwość powołania dziecka poczętego do dziedziczenia (art. 927 § 2 k.c.). Może podjęcie dyskusji z przedstawicielami doktryny pozwoliłoby dostrzec instytucje od dawna osadzone w prawie cywilnym, z których da się wywieść nie tylko człowieczeństwo, ale i podmiotowość *nasciturusa*. Może pozwoliłoby to M. Boratyńskiej właściwie interpretować także przepisy kodeksu etyki lekarskiej, w szczególności jego art. 39 (s. 366), jak i zdecydować, czy istnieje, czy nie istnieje prawo do leczenia wad i schorzeń w okresie płodowym (s. 388, gdzie autorka wyraźnie akcentuje stanowisko SN, opatrując je własnymi inicjałami). Jeśli prawo to istnieje, a załóżmy, że autorka właśnie z tym poglądem się zgadza, pojawia się pytanie, komu ono przysługuje. Kobieta ciężarna w okresie płodowym raczej nie pozostaje, więc chyba dziecku poczętemu, które musiałoby być wobec tego podmiotem prawa. To zaiste trudne, gdyż autorka twierdzi, że dziecko poczęte nie jest człowiekiem.

Z podmiotowością dziecka poczętego i jego relacją rodzinnoprawną ma autorka spory problem, i to z kilku powodów. Po pierwsze, twierdzi ona, że „mężczyzna staje się rzeczywistym ojcem dopiero po przyjściu dziecka na świat, ponieważ dopiero wówczas możliwe jest ustalenie ojcostwa" (s. 566) i przezornie pomija milczeniem w tym kontekście instytucję uznania ojcostwa dziecka poczętego (art. 75 k.r.o.). *Nota bene* nie wiadomo, co oznacza bycie „rzeczywistym ojcem"? Po drugie, trudno pogląd o „rzeczywistym ojcostwie" zmieścić w zaaprobowanym (chyba) przez autorkę (można to wnioskować wyłącznie z wytłuszczeń tekstu) stanowisku SN, jakoby rodzicom przysługiwało „prawo do świadomego podjęcia decyzji, czy chcą i mogą obciążyć siebie i swoją rodzinę skutkami urodzenia dziecka upośledzonego" (s. 602). Tu bowiem pojawia się już „przyszły ojciec", któremu autorka przyznaje prawo do informacji o wadach płodu, mimo że jakieś 40 stron wcześniej stanowczo tego prawa ojcu odmówiła, czyniąc jedyną uprawnioną do wyrażenia zgody na badania prenatalne i do odbioru ich wyniku – kobietę (s. 566). Można twierdzić, że ojciec dziecka poczętego nie jest „rzeczywistym ojcem", można twierdzić, że obowiązki wobec płodu mają jedynie charakter moralny (s. 648), można wreszcie opatrywać koncepcje doktrynalne uznające prawa ojca dziecka poczętego mianem absurdalnych (s. 567), ale niestety nie obejdzie się w tym zakresie bez analizy aktualnej literatury poświęconej temu zagadnieniu. Lepiej byłoby także oszczędzić czytelnikowi rewelacji typu: „dowodem na przyszłe ojcostwo może być tylko albo małżeństwo z przyszłą matką dziecka albo jej deklaracja" (chyba co do ojcostwa, nie małżeństwa?).

Wrażliwość autorki w zakresie regulacji i wykonywania prawa w procedurach ginekologiczno-położniczych widoczna jest w kwestiach dotyczących wizyty nastolatki u ginekologa (s. 85) czy zapewnienia dostępu do antykoncepcji (s. 559). W pierwszej kwestii M. Boratyńska zgłasza postulat *de lege ferenda*, by jako „przesłankę samodzielnej skutecznej zgody (w sprawach ginekologicznych) przyjąć kryterium fizjologiczne wespół z materialnym: pierwsza menstruacja oraz dostateczne rozeznanie". Jest to z pewnością

rewolucyjna koncepcja[3]. Proponowane rozwiązanie można tłumaczyć wrażliwością autorki, chcącej chronić prywatność i intymność nastoletniej dziewczynki, która do lekarza ginekologa nie miałaby iść z mamą czy tatą. Trudno mi jednak zrozumieć, dlaczego autorka odbiera rodzicom (przedstawicielom ustawowym) atrybut sprawowania pieczy nad dzieckiem. Pojawia się także kilka dalszych ważkich pytań. Po pierwsze: dlaczego zgoda samodzielna miałaby być ograniczona do procedur ginekologicznych? Po wtóre: jak osadzić ten pomysł w kontekście prawa do prywatności małoletniej? I wreszcie, co wydaje się najważniejsze: czy należałoby zmienić dotychczasowy zakres władzy rodzicielskiej? Jeśli rozumieć intencję autorki, to miesiączkująca jedenastoletnia dziewczynka, działająca z rozeznaniem, w procedurach ginekologicznych zyskiwałaby pełną zdolność i samodzielność do wyrażenia zgody, w innych zaś procedurach medycznych decyzję podejmowałby samodzielnie przedstawiciel ustawowy. Trudno wyobrazić sobie urzeczywistnienie tego postulatu, zwłaszcza że autorka nie wyjaśnia, jak pomysł ten chciałaby realizować; pisze tylko, że byłby kosztowny. Może warto byłoby przywołać w tym kontekście pracę T. Sokołowskiego, *Władza rodzicielska nad dorastającym dzieckiem* (Poznań 1987)?

Maria Boratyńska analizuje standardy i określa granice autonomii pacjenta, chroniąc jego prawo do samodecydowania. I dobrze, że to robi. Nie wydaje się jednak celowe mówienie tu o sprzeczności, jak czyni to autorka, kodeksu etyki lekarskiej z prawem powszechnie obowiązującym tylko dlatego, że zgodnie z art. 6 tego kodeksu „lekarz ma swobodę wyboru w zakresie metod postępowania, które uzna za najskuteczniejsze". Przecież nie chodzi tu, jak chce M. Boratyńska (s. 292), o to, że lekarz może wybrać co mu się żywnie podoba, nie bacząc na zgodę pacjenta, ale o to, że wybrana metoda, środek, sposób postępowania jako najskuteczniejsze zostają przedstawione pacjentowi, który – wyrażając zgodę – akceptuje je lub nie. Lekarz przedstawia pacjentowi dostępne metody. Jaki sens miałoby jednak przedstawianie metod, których nie uznaje za skuteczne, bądź uznaje za skuteczne w mniejszym stopniu niż inne dostępne? Oczywiście, należy brać pod uwagę nie tylko korzyści, które pacjent może odnieść przy wyborze konkretnej metody, ale i koszty (nie chodzi wyłącznie o koszty finansowe) poszczególnych procedur, ich ryzyko itp. Jeżeli pacjent odrzuca proponowaną przez lekarza metodę, którą ten uznaje za najskuteczniejszą, na rzecz mniej skutecznej, ale z jakichś powodów korzystniejszej dla pacjenta, lekarz nie uchybia standardowi zawodowemu postępowania zgodnie z aktualną wiedzą medyczną.

Szkoda, że przy okazji niejako załatwia autorka problem kompensacji szkód powstałych w związku ze zdarzeniem medycznym (s. 376). Dlaczego zdarzenie medyczne utożsamia się w monografii z błędem medycznym? W omówieniu (zaiste skrótowym) tego zagadnienia pojawiają się sformułowania, że „podnoszono", „padały postulaty", „krytykowano"… Gdzie i kto podnosił i krytykował, niestety autorka nie zdradza. By te wątpliwości wyjaśnić, czytelnik sięgnie sobie zapewne do pracy *Kompensacja szkód wynikłych ze zdarzeń medycznych. Problematyka cywilnoprawna i ubezpieczeniowa* pod red. E. Kowalewskiego (Toruń 2011), tyle tylko, że po jej lekturze już nie będzie tak pewien stanowiska autorki, choćby w zakresie przesłanek odpowiedzialności ubezpieczyciela (s. 376). Inna sprawa, czy omawiana regulacja jest dobra czy wadliwa, ale o tym też czytelnik może wyrobić sobie zdanie raczej na podstawie pracy z Torunia.

Autorka, na co warto zwrócić uwagę, ze szczególnym zamiłowaniem tropi wszelkie nieprawidłowości w zakresie przestrzegania (bądź nieprzestrzegania) przez lekarzy prawa pacjentki do uzyskania świadczenia zdrowotnego w postaci przerwania ciąży. Swoje wcześniejsze prace w tym zakresie cytuje w monografii, powołuje też wygłoszone referaty, które nie doczekały się publikacji. Szczególną uwagę zwraca przy tej okazji na instytucję klauzuli sumienia. Dostrzega w niej „instytucję dysfunkcyjną, służącą do maskowania paternalistycznych nadużyć i wadliwie pojmowaną" (s. 368), którą *de lege ferenda* postuluje znieść. Co proponuje w zamian? Nie wiadomo.

Maria Boratyńska wielokrotnie wypowiadała się do tej pory na temat dopuszczalności przerywania ciąży w sytuacjach wskazanych w ustawie o planowaniu rodziny. Podkreślała też z mocą istnienie prawa podmiotowego do przerwania ciąży w sytuacji, gdy zachodzą przesłanki wskazane w art. 4a ustawy. Można spierać

3 Fakt, iż w pracy „małoletnia" występuje w tym zakresie jako „młodociana pacjentka", zostanie pominięty.

się, rzecz jasna, co do trafności tezy o istnieniu prawa podmiotowego do przerwania ciąży, można analizować charakter tego „prawa" czy „uprawnienia", ale zajmując tak twarde stanowisko jak autorka, wypadałoby jednak rzetelnie cytować w tym zakresie niepomiernie większy niż wskazano w pracy dorobek doktryny (także własne stanowisko[4]), a w dyskusji powołać nie tylko pogląd wyrażony w glosie T. Justyńskiego[5] (s. 579), ale także nieaprobujący, np. W. Borysiaka[6].

Wywody autorki sięgają apogeum, gdy – mówiąc o transgresji płci – wykazuje troskę o małżeństwo transseksualisty. Twierdzi, iż „wprawdzie to oczywiste, że współmałżonek i dzieci transseksualisty, zwłaszcza małoletnie, ucierpią na zmianie płci przez rodzica. Jednakże po ich stronie da się stwierdzić szok, stres i dysonans poznawczy, natomiast po stronie wnioskodawcy – silne i długotrwałe cierpienie psychiczne oraz bardzo realną groźbę odebrania sobie życia. Współmałżonek i dzieci pacjenta powinni mieć zagwarantowaną pomoc psychologiczną. Rozwody też odbijają się na dzieciach, a jednak nie są zakazane" (s. 552). Z poglądem tym trudno polemizować, nie ośmielę się także podjąć naukowego dyskursu w obliczu argumentów zupełnie oderwanych od zasad rządzących prawem rodzinnym.

Zamykając merytoryczne naszkicowanie pewnych tez – wątpliwych czy dyskusyjnych – w poniższej recenzji zwrócę tylko uwagę, iż nie będę się w niej odnosiła do rozdziału poświęconego wspomaganej medycznie prokreacji, wobec (niemal dosłownego) powtórzenia przez M. Boratyńską jej stanowiska, z którym już podjęłam (wespół z K. Olszewskim) polemikę na łamach „Prawa i Medycyny"[7]. Nie sposób jednak na koniec pominąć dość swoistego poglądu wyrażonego przez M. Boratyńską, która pisze, że „pacjentka ma PRAWO bać się porodu fizjologicznego" (s. 646). Nie wiem, o jakim prawie mowa, i dlaczego autorka używa wielkich liter. Z pewnością nie dla podkreślenia wagi i znaczenia prawa. Może jest to takie samo prawo jak „prawo do szczęścia"?

V. Przejdźmy do uwag na temat metodologii i warsztatu pracy. Jak przyznano we wstępie *Wolnego wyboru*… (s. 9), jest to uzupełnienie, zmodyfikowanie i uporządkowanie wcześniejszych przemyśleń poczynionych wespół z P. Konieczniakiem w pracy *Prawa pacjenta*[8]. Modyfikacja i uzupełnienie były konieczne, jak stwierdza autorka, wobec wielości literatury. Trudno przyjąć, po lekturze pierwszego rozdziału, iż praca w zakresie autonomii pacjenta miałaby wnosić coś nowego do nauki prawa. Jest to wartościowe zestawienie, jednak o charakterze kompilacyjnym – dzieł M. Nowackiej[9], M. Wichrowskiego[10], T.L. Beauchampa, J.F. Childressa[11] P. Łukowa[12]. Pomijając nawet to, że cytowania następują niekiedy z „drugiej ręki" (np. s. 15, 16, 19, 21, 32, 33, 38), trzeba odnotować dużą uciążliwość w tym zakresie, że wywód często składa się z długich dosłownych cytatów, których autorka bądź nie opatruje żadnym komentarzem, bądź czyni to nader oszczędnie (np. s. 16, 17 ponad pół strony; także s. 24, 26, 29, 30, 31). Nie sposób odgadnąć, dlaczego autorka nie uznała za celowe posłużyć się przy analizie pojęcia i zakresu autonomii pracami np. M. Safjana[13], J. Bujnego[14], M. Machinka[15] czy A. Michałek-Janiczek[16].

4 M. Boratyńska, *O łamaniu przepisów dopuszczających przerywanie ciąży*, „Prawo i Medycyna" 2008, nr 2/31.

5 T. Justyński, *Glosa do wyroku SN z dnia 13 października 2005 r.* (IV CK 161/05), „Państwo i Prawo" 2006, z. 7.

6 W. Borysiak, *Glosa do wyroku SN z dnia 13 października 2005 r.* (IV CK 161/05), „Państwo i Prawo" 2006, z. 7.

7 J. Haberko, K. Olszewski, *Jeszcze o moralnych i prawnych aspektach dopuszczalności in vitro – polemika*, „Prawo i Medycyna" 2008, nr 2/31.

8 M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001.

9 M. Nowacka, *Autonomia pacjenta jako problem moralny*, Białystok 2005.

10 M. Wichrowski, *Jodie i Mary – analiza etyczna*, „Prawo i Medycyna" 2000, nr 2.

11 T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, Warszawa 1994.

12 P. Łukowa, *Granice zgody. Autonomia zasad i dobro pacjenta*, Warszawa 2005.

13 M. Safjan, *Granice autonomii człowieka w prawie współczesnym* (w:) tenże, *Wyzwania dla państwa prawa*, Warszawa 2007.

14 J. Bujny, *Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem*, Warszawa 2007.

15 M. Machinek, *Autonomia pacjenta versus autonomia lekarza. Dylematy moralne w kontekście roszczeń pacjenta w sytuacji zagrożenia życia*, „Prawo i Medycyna" on line 2008, http://prawoimedycyna.pl/?str=artykul&id=111 (dostęp: 23 maja 2013).

16 A. Michałek-Janiczek, *Autonomia małoletniego w zakresie leczenia*, „Państwo i Prawo" 2009, z. 10.

Autorka wielokrotnie powołuje się na opracowania z prasy codziennej. W pewnym miejscu przyjętą metodologię uznać należy chyba za żart. Otóż autorka opisuje sprawę, którą zakończył wyrok Okręgowego Sądu Lekarskiego w Warszawie (s. 562–565). Jaki to był wyrok i jakie były ustalenia sądu, trudno dociec, gdyż jedynym odniesieniem jest dla autorki „Gazeta Wyborcza", której dziennikarkę pacjentka o swojej sprawie powiadomiła. Boratyńska zapewnia, że cytowane przez nią fragmenty artykułu nie pochodzą od dziennikarza gazety, lecz bezpośrednio z uzasadnienia sądu. Nie sposób tego zweryfikować, gdyż przed Okręgowym Sądem Lekarskim w Warszawie w 1999 roku toczyła się chyba więcej niż jedna sprawa. Czytelnik nie dowie się niestety, czy cytaty na s. 564 i 565 pochodzą z uzasadnienia sądu czy z „Gazety Wyborczej".

Szczególnie trudna pozostaje ocena warsztatu pracy w zakresie źródeł, bibliografii i przypisów. Po pierwsze dlatego, że autorka często posługuje się źródłami, których nie sposób zweryfikować. M. Boratyńska pisze, że „coś zasłyszała", „ktoś opowiedział", „gdzieś się mówi", „powszechnie wiadomo", „jest przyjęte" czy coś „odbiło się szerokim echem" (np. s. 120, 122, 395, 396, 412, 413, 437, 445, 580). Sporo jest w pracy „autentycznych historii" czy „małomiasteczkowych plotek" (np. s. 396, 397). Dalej autorka opiera wywody na źródłach prasowych, takich jak np. wspomniana „Gazeta Wyborcza" (s. 283 i n.), których raczej, przy całej życzliwości dla dziennikarskiego wysiłku i warsztatu, nie sposób traktować jako prace naukowe.

W zakresie uwag warsztatowych należy wskazać, że w podanej bibliografii nie uwzględniono najnowszych prac (nie uwzględniono też tych starszych, o czym była mowa). Trzeba przyznać, że z określeniem aktualności pracy jest pewien problem, gdyż wydawca nie zamieszcza w książce – dość, zdawałoby się, standardowej w pracach prawniczych – informacji „stan prawny na dzień". Przyjmując jednak, że praca została zamknięta po 7–9 kwietnia 2012 roku (autorka powołuje „Gazetę Wyborczą" z tego dnia), trzeba zauważyć, że jedynie nieliczne z pozycji zamieszczonych w bibliografii pochodzą z lat 2010–2012. Wątpliwości budzi też brak wykazu aktów prawnych, zwykle standardowo umieszczanego w pracach naukowych z zakresu nauk prawnych.

Wiele razy czytelnik zmuszony jest do indywidualnej próby odpowiedzi na pytanie, do czego dany przypis się odnosi (np. przypis 249; cytat ze s. 425 czy odnosi się do orzeczenia sądu powołanego w przypisie 694 dwie strony wcześniej; przypis 862). Trudno także domyślać się, jak autorka chciała połączyć cytat ze s. 444 ujęty w punktach od 65 do 74 (wobec wyrwania z kontekstu i braku źródła – trudno o związek z wywodem przed i po cytacie). Podobnie trudno orzec, do czego (kogo?) odnosi się cytat na s. 571.

VI. Ograniczone ramy niniejszego opracowania nie pozwalają odnieść się do wszystkich tez szczegółowych wyrażonych w pracy *Wolny wybór*… Podsumowując, należy jednak w pierwszej mierze docenić wysiłek autorki włożony w przygotowanie tak pokaźnego dzieła. Generalna ocena tego dzieła nie jest łatwa. Poruszany problem jest niezwykle istotny i w książce znajduje się wiele wartościowych tez; zaprezentowane też z pewnością zostało inne spojrzenie na cywilistykę i na problem autonomii i sytuacji pacjenta. Fakt, iż książka przeradza się niekiedy w poradnik dla pacjenta, nie umniejsza powagi problemu, z którym autorka postanowiła się zmierzyć. Zadanie stworzenia wiekopomnego dzieła było niewątpliwie bardzo ambitne, trudno jednak stwierdzić, czy autorka mu sprostała. Niektóre fragmenty ze względu na swą powierzchowność rozczarowują, niektóre rażą przez użyty nazbyt swobodny język czy emocjonalny stosunek do pewnych tez i autorów. Niektóre fragmenty cechuje niedopuszczalny w dyskursie naukowym skrajny brak kultury wypowiedzi. Praca straciła zdecydowanie na przeniesieniu punktu ciężkości z warstwy merytorycznej na światopoglądową. Są w książce fragmenty, których ze względu na zastosowane środki warsztatowe i przyjętą metodologię nie sposób ocenić pozytywnie, nie sposób ich nawet traktować poważnie w kontekście naukowym. Pewnie czytelnik mógłby oczekiwać pełniejszej i nieco bardziej wyważonej dyskusji z przedstawicielami doktryny, czy choćby odnotowania pewnych stanowisk i prac; pewnie rozprawę można by uaktualnić; wreszcie można by pozostawić czytelnikowi możliwość samodzielnej oceny przedstawianych kwestii i nie narzucać nachalnie osądu czy własnego stanowiska. Trzeba przyznać jednak, że tezy prezentowane przez autorkę będą z pewnością stanowiły nadal przedmiot dyskusji i komentarzy przedstawicieli nauki prawa cywilnego.

Maria Boratyńska

Odpowiedź na recenzję

Maria Boratyńska

Doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Cywilnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

W recenzji mojej książki *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*[1] Joanna Haberko próbuje wytworzyć wokół mnie atmosferę skandalu, zarzucając obrażanie innych autorów. Zmuszona jestem zatem już w pierwszych słowach zaprzeczyć: poddaję krytycznej analizie poglądy, nie ich autorów, bez jakichkolwiek odniesień personalnych (z wyjątkiem podania nazwiska), w szczególności bez odwoływania się do właściwości osobistych. Ewentualni łowcy sensacji srodze się zatem zawiodą. Przy okazji zwracam uwagę, że każda moja krytyka ma charakter ściśle merytoryczny i poparta jest szczegółową argumentacją, co zostało przez J. Haberko najwyraźniej zignorowane. Autorka recenzji kręci się w kółko – wokół gołosłownych pomówień o wycieczki osobiste.

I tak „absurdalną koncepcją doktrynalną" pozwoliłam sobie z pełną świadomością, popartą gruntowną argumentacją, określić pomysł, ażeby w sprawie zgody na wykonanie badań prenatalnych oraz dostępu do ich wyników równoległe uprawnienia służyły przyszłemu ojcu. W pracy nie podałam nazwiska pomysłodawcy, ale zrobię to teraz: Joanna Haberko. Autorka recenzji nie rozumie (albo udaje, że nie rozumie), że to, kto jest „przyszłym ojcem" stanowi, w gruncie rzeczy, hipotezę, a dopiero badanie DNA (a w mniejszym stopniu przyjście dziecka na świat w określonym czasie) może ojcostwo należycie uprawdopodobnić.

Jeśli chodzi o następny wyimek: argument „żałośnie pozbawiony uzasadnienia" – to takiego sformułowania w mojej książce po prostu nie ma, więc nic dziwnego, że autorka recenzji odeszła tutaj od zwyczaju podawania numeru strony. Prawdopodobnie pomyliły jej się rozprawy, bo pamiętam, że napisałam tak w innej pracy.

„Świadomie wykoncypowaną brednią" nazwałam (bez wskazywania nazwisk) interpretację art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny, lansowaną przez niechętną przerywaniu ciąży część środowiska lekarskiego – jakoby zabieg mogła uzasadniać tylko wada płodu o charakterze „letalnym". Przepis ustawy posługuje się oczywistą alternatywą. Argumentacji, iż mamy do czynienia z koniunkcją, nie można, w świetle długiego wywodu aksjologicznego i przywołania

1 M. Boratyńska, *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012, 733 s.

nieistniejącej dyrektywy interpretacyjnej, nazwać inaczej niż „prawniczym matactwem" – już w wykonaniu konkretnego autora.

Z kolei „tendencyjnie spreparowanym zabobonem" określiłam powtarzanie przez naukowca nieprawdy w ślad za Kongregacją Nauki Wiary: jakoby zapłodnienie pozaustrojowe polegało na przekształcaniu materiału biologicznego przez lekarza – porównywanego w tym kontekście do inżyniera. Nawet technika mikromanipulacji nie ma nic wspólnego z inżynierią (polega jedynie na ułatwieniu połączenia komórek), o czym można przeczytać nie tylko w literaturze fachowej, ale już nawet w prasie codziennej. Powyższa interpretacja wykorzystuje ludzkie lęki przed eugeniką i inżynierią genetyczną. Teologia zakłada posługiwanie się metodologią innych nauk i korzystanie z ich dorobku, ale równocześnie wyniki badań empirycznych mają być interpretowane w sposób nienaruszający katolickich dogmatów. Z tego rodzaju „tradycją moralną" nie będę podejmować polemiki na poziomie naukowym. Mam natomiast prawo do dozwolonej krytyki, którą rozumiem jako uzasadnioną – poprzez rzetelną argumentację.

W kwestiach merytorycznych autorka recenzji prezentuje podejście powierzchowne, prowadzące do niezrozumienia moich wywodów i w oparciu o to formułuje zarzuty.

1. Rozdział pierwszy monografii referuje zagadnienia bioetyczne, a nie prawnicze i właśnie dlatego nie zajmuję się w nim pracami prawniczymi Safjana, Bujnego czy Machnika – co zarzuca mi autorka recenzji. Zresztą wytyk, iż nie uwzględniłam tej czy innej pracy, ma charakter scholastyczny, wręcz szkolniacki. Moja książka to nie indeks przedmiotowy – gdzie, kto i o czym pisał. Nie mam też na tym etapie obowiązku wyczerpującego przedstawiania stanu badań. Pozwolę sobie przytoczyć trafny moim zdaniem pogląd św. Tomasza z Akwinu, że celem nauki nie jest „dowiadywanie się tego, co myśleli inni, lecz dowiadywanie się, jak się przedstawia prawda o rzeczach". Cytowanie tekstów filozoficznych jest powszechnie przyjęte w opracowaniach o tym charakterze, nie mam więc sobie nic do zarzucenia.

2. Pojęcie „zdarzenia medycznego" (z ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta) jest złożone, ale jego przesłankę (warunek konieczny) stanowi zawsze uchybienie aktualnej wiedzy medycznej. Pozwala to więc sprowadzić zdarzenie medyczne do błędu medycznego; przy założeniu, że sprawca błędu może być w danym momencie niemożliwy do zidentyfikowania (co z kolei odpowiada tradycyjnemu pojęciu winy anonimowej).

3. Z niejaką satysfakcją dostrzegam, że autorka uznaje jednak światopoglądowe uwarunkowanie twierdzenia „płód jest człowiekiem" (chociaż początkowo wyraża zdziwienie) i nie próbuje przynajmniej przekonywać, że człowieczeństwo jest jakimś „obiektywnym", biologicznym faktem, ustalonym przez naukę. Natomiast ogólnie: negacja tezy uwarunkowanej światopoglądowo sama nie musi koniecznie być uwarunkowana światopoglądowo – aby odrzucić dogmat o Trójcy Świętej, nie trzeba być zaraz arianinem; w zupełności wystarczy tu uzasadnienie agnostyckie.

4. *Nasciturus* nie korzysta z ochrony prawnej *in genere*, ale wyłącznie w wypadkach wyraźnie wskazanych w ustawie, z których żaden nie znajduje zastosowania do kwestii przeze mnie rozważanych, więc nie miałam obowiązku ich przytaczać ani omawiać. Są to zresztą ściśle określone wyjątki, których nie wystarczy na stworzenie reguły, jakoby prawo cywilne traktowało *nasciturusa* tak samo jak człowieka. Odmienianie owych wyjątków przez wszystkie przypadki przysparza tylko liczby stron w opracowaniu.

5. Nieporozumienie na tle art. 6 kodeksu etyki lekarskiej polega na tym, że użyto tam niesłychanie mocnego i stanowczego sformułowania o służącej lekarzowi „swobodzie wyboru w zakresie metod postępowania", byle tylko podejmował czynności „rzeczywiście potrzebne choremu" i mieszczące się w aktualnym stanie wiedzy medycznej, a nadto realizował je z należytą starannością (art. 8 kodeksu). Dodatkowo niefortunne jest, że przepis został ujęty subiektywistycznie: lekarz ma swobodę wyboru w zakresie metod postępowania, które „uzna za najskuteczniejsze" (a nie tych, które według aktualnego stanu wiedzy obiektywnie są najskuteczniejsze). Zgodnie z tym lekarz postępuje prawidłowo, jeżeli sądzi, że proponuje pacjentowi metodę najskuteczniejszą z dostępnych. Obok tego kodeks etyki lekarskiej zawiera też przepisy odpowiadające mniej więcej standardom współczesnego prawa medycznego, w postaci art. 13 i 15 (włącznie ze stwierdzeniem, że pacjent ma prawo zapoznać się z „moż-

liwościami zastosowania innego [niż proponowane] postępowania medycznego"). Wynika z tego jednak wewnętrzna niespójność, skoro art. 6 kodeksu daje lekarzowi „swobodę wyboru metody", zaś art. 13 i 15 mu ją odbierają. Ze sprzeczności tej nie sposób wybrnąć bez wykroczenia poza literę art. 6 kodeksu; jedyną akceptowalną wydaje się konkluzja, że kodeks jako całość jest w tym zakresie spójny z ustawą, a „swoboda wyboru metody" ma charakter pozorny (co zresztą *implicite* sama uznaje autorka recenzji). Równocześnie jednak można żywić obawę, że część lekarzy – pierwotnych adresatów kodeksu etyki lekarskiej – będzie powoływać się na art. 6 wybiórczo, ignorując zarówno art. 13 i 15 kodeksu, jak i ogólniejszy, prawny kontekst, w którym dokument ten funkcjonuje.

6. Ilość miejsca poświęconego prawom reprodukcyjnym stanowi pochodną częstości ich łamania. Spostrzeżenie, iż pacjentki często skarżą się, można poczynić już w oparciu o pobieżny przegląd internetowych forów dyskusyjnych i komentarzy pod doniesieniami prasowymi. Jest to obserwacja społeczna, której podstaw faktycznych nie mam obowiązku opatrywać adresami bibliograficznymi. Przywykłam też traktować jako źródło informacji artykuły prasowe, podczas gdy dla autorki recenzji z jakiegoś powodu stanowią one „plotki". Być może po prostu czytamy inne gazety. W każdym razie pewne kategorie zdarzeń (jak drobne, lecz masowe i uciążliwe naruszenia praw pacjenta) trafiają do sądów najwyżej sporadycznie, a nie stają się przedmiotem badań socjologicznych. W takich razach wolę odwoływać się do gazet, niż udawać, że pewne zjawisko nie istnieje. Doniesienia prasowe przekonują też nierzadko rzeczników odpowiedzialności zawodowej lekarzy o potrzebie wszczęcia postępowania z urzędu. Cytaty z gazet, jeśli zostaną uznane za wiarygodne źródło dowodowe, włącza do uzasadnień wyroków Okręgowy Sąd Lekarski w Warszawie, co bardzo wyraźnie zaznaczyłam, więc wystarczyło przeczytać ze zrozumieniem. Autorce recenzji najwyraźniej nie było to dane, skoro utrzymuje, iż jedynym odniesieniem dla pewnej sprawy jest „Gazeta Wyborcza" i wobec tego „jakie były ustalenia sądu, trudno dociec". Uprzejmie zatem wyjaśniam, iż przeinaczona przez nią treść przypisu (nr 924 na s. 563) prawidłowo brzmi: „Cytaty pochodzą bezpośrednio z uzasadnienia wyroku, a nie z gazety" i odnosi się łącznie do czterech dłuższych fragmentów uzasadnienia (a nie artykułu). Sygnatura sprawy rzeczywiście mi umknęła. Na dowód mej kwestionowanej prawdomówności spieszę ją zatem podać: OSL-24/99. Czuję się jednak w obowiązku zwrócić uwagę, że nie jest to powszechnie przyjęte w odniesieniu do rozstrzygnięć wydawanych przez organy samorządu lekarskiego.

7. Podobne niezrozumienie wywodu stwierdzam odnośnie do lekarskiej klauzuli sumienia. Jeżeli podsumowuję regulację jako dysfunkcjonalną i optuję za jej uchyleniem, to znaczy, że nie proponuję i nie zamierzam proponować niczego w zamian.

8. W sprawie postulowanego *de lege ferenda* prawa do samodzielnych wizyt u ginekologa dla małoletnich już miesiączkujących wyraźnie zaznaczyłam, że nie chodzi mi o pieczę rodzicielską, lecz o coś przeciwnego: o bezrozumne zakazy tamujące dostęp do intymnej pomocy medycznej.

9. Miło, że autorka recenzji nazywa apogeum moje wywody na temat praw transseksualistów, jednak trudno mi dociec tego przyczyny. Nie dostrzegam oderwania od zasad rządzących prawem rodzinnym w sytuacji rozwodu pary posiadającej małoletnie dzieci. Powtarzam, że choć rozwód odbija się na dzieciach niemal zawsze niekorzystnie, posiadanie dzieci nie stanowi automatycznie przeszkody rozwodowej w każdym przypadku. Niemniej dosłowne traktowanie przez sądy klauzuli dobra wspólnych małoletnich dzieci prowadziłoby do praktycznej niedopuszczalności rozwodu w takich okolicznościach i udzielania go tylko bezdzietnym lub rodzicom dzieci dorosłych – a przecież tak nie jest.

W sprawie małżeństwa z transseksualistą powtórzę jeszcze tylko, że taki związek stanowi w rzeczywistości małżeństwo osób tej samej płci odczuwanej. Urzędowe ustalenie płci ma charakter deklaratywny. W świetle obowiązującego zaś prawa małżeństwem może być tylko związek kobiety i mężczyzny. Nie znaczy to w żadnym razie, abym miała coś przeciwko formalnym związkom homoseksualnym lub w ogóle partnerskim. Wręcz przeciwnie, z całego serca tę ideę popieram, jednak aktualny stan prawny stoi jej niestety na przeszkodzie.

10. Strona językowa. W swej pasji tropienia wyimaginowanych nieprawidłowości stylistycznych J. Haberko posunęła się do przypisania mi wypowie-

dzi cudzych: zarzucając wulgaryzmy, nie była łaskawa dostrzec cudzysłowu. Zaciekawionym wyjaśniam tylko, że zalecenia: „klapa przy tyłku przylać" oraz „zerżnąć" składały się na treść porady udzielonej przez ginekologa pacjentce zgłaszającej problemy z zajściem w ciążę. Jeśli chodzi o rzekomą rubaszność, to winszuję autorce recenzji osobliwego poczucia humoru. Nie miałam jednak na celu nikogo rozbawiać, przytaczając rażąco nieobyczajne wypowiedzi lekarza kierowane do pacjentki – notabene włączone przez sąd lekarski do uzasadnienia wyroku skazującego, co jednoznacznie wynika z kontekstu. Zgorszenie J. Haberko budzą natomiast użyte przeze mnie rzekome kolokwializmy, jak np. „delikwent". Niezamierzony komizm sytuacyjny wynika tutaj z faktu, iż akurat ten rzeczownik opatrzono w *Słowniku języka polskiego* PWN (pod red. M. Szymczaka) kwalifikacją *prawniczy*. Odnośnie do innego określenia – „ciemnogrodzki" – to jego znaczenie kwalifikowane jest jako *pogardliwe, potoczne* lub *przenośne* – według trzech różnych słowników z różnych lat wydania. To pokazuje, że kwalifikacja może być niejednolita i zmienna w czasie. Tylko „ciemnogród" (pisany małą literą) stanowi określenie potoczne, wyjaśniam jednak, że jest zjawiskiem typowym, iż wyrazy należące do tej samej rodziny słowotwórczej miewają różne zabarwienie semantyczne. Dotyczy to również przymiotników odrzeczownikowych. Z kolei „gmerać" liczy się jako czasownik neutralny i emocjonalnie obojętny, co daje się wywnioskować z braku specjalnej kwalifikacji znaczeniowej. To samo dotyczy słowa „majtki". W razie wątpliwości wystarczy sprawdzić w słowniku. Jedyne, do czego muszę się przyznać, to „widzimisię". Zaiste, ma charakter potoczny, ale nie widzę w tym żadnego problemu. Już w szkole uczono nas, że „do cennych właściwości stylu naukowego zaliczamy zwięzłość i żywość"[2]. Pewne zabiegi stylistyczne stosuję świadomie i celowo, ponieważ nadmierne przywiązanie do maniery przemawiania z piedestału pociąga za sobą skostnienie i zubożenie języka. Język jest w moim ręku plastycznym tworzywem, którym posługuję się według potrzeb i chęci. Sporadycznie wplatając wyrazy potoczne, zmierzam do przekazania w ten sposób określonego sensu. Nie używam ich zresztą w rozważaniach naukowych, lecz przy referowaniu stanów faktycznych.

Nie ma natomiast żadnych podstaw, ażeby przypisać mi „naszpikowanie" tekstu „infantylizmami, co poddaje w wątpliwość inteligencję czytelnika". Jest to zarzut gołosłowny, bez jakiegokolwiek odniesienia. Przy tej okazji zwracam jednak autorce recenzji uwagę, że prawidłowa forma użytego przez nią zwrotu brzmi „podaje w wątpliwość". Również zastosowane w innym fragmencie recenzji wyrażenie „dosłowny cytat" stanowi błąd językowy (pleonazm), ponieważ cytaty są dosłowne z samej definicji. (Być może Redakcja poprawi te błędy, znajdują się one jednak w dostarczonym mi wydruku.) Infantylizującej ekstrapolacji niektórych moich rozważań dokonała natomiast sama J. Haberko, wpierając mi opowieści o tym, „jaki to zły jest świat, w szczególności ten, w którym prezentowane są wartości katolickie".

Na koniec właśnie *à propos* opowieści. Autorka recenzji przypisuje mi posługiwanie się „ludowymi rymowankami, wierszykami i cudownymi myślami". Muszę przyznać, że tutaj jej kompetencja językowa wprawiła mnie w niekłamane zdumienie, połączone jednak z zakłopotaniem, ponieważ zmusza do udzielenia elementarnych wyjaśnień na temat środka stylistycznego, jakim jest motto. Otóż motto – to cytat z innego dzieła lub aforyzm umieszczane przed tekstem utworu lub jego wyodrębnionej części, jako myśl przewodnia. Motta wybrane przeze mnie pochodzą z dzieł Adama Mickiewicza, Kurta Vonneguta, Josifa Brodskiego, popularnonaukowej monografii Kazimierza Imielińskiego i Stanisława Dulko oraz z książek pisarzy mniej znanych: Juli Zeh i Petera Wattsa – co zresztą dokładnie podałam.

Obcowanie z literaturą piękną wzbogaca osobowość i poszerza horyzonty, czego życzę również Joannie Haberko.

2 Napisał to sam prof. Stanisław Skorupka w podręczniku do nauki o języku dla III klasy liceum (wyd. z 1982 r.).

Marcin Stębelski

Przegląd orzecznictwa – prawo konstytucyjne

Wyrok TK z dnia 20 listopada 2012 r., SK 3/12, OTK 2012, nr 10A, poz. 123

Przedłużenie tymczasowego aresztowania

Art. 263 § 7 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego[1] (...) w zakresie, w jakim nie określa jednoznacznie przesłanek przedłużenia tymczasowego aresztowania po wydaniu przez sąd pierwszej instancji pierwszego wyroku w sprawie, jest niezgodny z art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 oraz art. 40 w związku z art. 41 ust. 4 Konstytucji.

Przedmiotem postępowania zainicjowanego skargą konstytucyjną był art. 263 § 7 kodeksu postępowania karnego (k.p.k.), czyli przepis stanowiący podstawę zastosowania tymczasowego aresztowania po wydaniu pierwszego wyroku przez sąd pierwszej instancji. Zarzut sformułowany przez skarżącego dotyczył pominięcia ustawodawczego, polegającego na braku określenia maksymalnego okresu trwania wskazanego środka zapobiegawczego. Skarżący argumentował ponadto, że pozbawienie wolności może nastąpić tylko na podstawie jasnych i precyzyjnych przesłanek, których kwestionowany przepis nie określa. Ogranicza się jedynie do wskazania, że każdorazowe przedłużenie tymczasowego aresztowania nie może przekraczać 6 miesięcy.

Trybunał Konstytucyjny w pierwszej części merytorycznego uzasadnienia (cz. III, pkt 1) stosunkowo dużo miejsca poświęcił na precyzyjne określenie przedmiotu kontroli. Wynikało to zarówno z faktu częściowej odmowy nadania skardze dalszego biegu już na etapie wstępnej kontroli, jak i z rozbieżności sygnalizowanych w stanowiskach uczestników postępowania, którzy w nieco odmienny sposób wyznaczali zakres sugerowanego pominięcia ustawodawczego. Trybunał uznał, iż merytorycznej kontroli mogą podlegać również te zarzuty, które co prawda odnosiły się do przepisów objętych zakresem umorzenia na etapie wstępnego rozpoznania skargi, ale jednocześnie wiążą się logicznie z zakwestionowanym art. 263 § 7 k.p.k. W rezultacie przepis ten stał się przedmiotem oceny zarówno w zakresie, w jakim nie przewiduje maksymalnego okresu stosowania tymczasowego aresztowania, jak i w zakresie, w jakim nie określa precyzyjnie przesłanek uzasadniających jego przedłużenie.

Stosowanie tymczasowego aresztowania po wydaniu przez sąd pierwszej instancji pierwszego wyroku w sprawie charakteryzuje się pewnymi odmiennościami w stosunku do posługiwania się tym środkiem zapobiegawczym we wcześniejszych fazach trwającej procedury. Istnieją przy tym różne sytuacje procesowe, w ramach których sąd może zdecydować o zastosowaniu tego środka. Niemniej jednak te odmienne okoliczności procesowe nie przekładają się na zróżnicowanie przesłanek zastosowania tymczasowego aresztowania. W obecnym stanie prawnym pozostaje ono instytucją jednolitą. Przyczyny długotrwałości tego środka zapobiegawczego nie sprowadzają się przy tym wyłącznie do praktyki jego stosowania oraz wydłużających się postępowań sądowych. Wiążą się również ściśle z problematyką gwarancji poszanowania prawa do wolności osobistej przysługujących oskarżonemu. Niestety uregulowania kodeksowe dotyczące okresu po wydaniu przez sąd pierwszej instancji

1 Dz.U. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.

pierwszego wyroku w sprawie nie zawierają mechanizmów zapobiegających możliwości nadużywania tymczasowego aresztowania, ani zwiększających sprawność postępowania w sytuacji, w której oskarżony jest już osadzony w areszcie.

Ograniczenie lub pozbawienie wolności na zasadach określonych w ustawie (art. 41 ust. 1 zd. 2 Konstytucji) nakłada na ustawodawcę obowiązek ustanowienia kompletnych regulacji w tym zakresie. Chodzi tu o wprowadzenie takich unormowań, które pozwolą na posługiwanie się tymczasowym aresztowaniem w sposób przewidywalny dla oskarżonego. Liczne przypadki przedłużającego się okresu zastosowania wspomnianego środka zapobiegawczego wynikają po części z niewłaściwej praktyki stosowania prawa. Są one również efektem obowiązującego ukształtowania zasad i przesłanek stosowania tymczasowego aresztowania. Trybunał Konstytucyjny zwrócił szczególną uwagę na fakt, iż po wydaniu przez sąd pierwszej instancji pierwszego wyroku w sprawie sąd ma stosunkowo łatwą podstawę do przetrzymywania oskarżonego w areszcie tymczasowym z uwagi na zagrożenie „surową karą". Ustawodawca nie wymaga przy tym dodatkowego wykazania przez sąd, w jaki sposób miałoby w tej sytuacji dojść do utrudniania prawidłowego przebiegu postępowania. W efekcie, w okresie po wydaniu wyroku skazującego na karę nie niższą niż 3 lata pozbawienia wolności, długość trwania tymczasowego aresztowania stawała się dla oskarżonego nieprzewidywalna i niczym nieograniczona. Norma limitująca przedłużenie wspomnianego środka zapobiegawczego każdorazowo na okres nie dłuższy niż 6 miesięcy ma oczywiście charakter gwarancyjny. Jakkolwiek znaczenie tej gwarancji jest wyraźnie osłabione z uwagi na wysoką liczbę postanowień wydanych na tej podstawie, a przez to także łączny czas pozostawania oskarżonego w areszcie.

Trybunał Konstytucyjny rozważał również, czy wprowadzenie maksymalnego okresu trwania tymczasowego aresztowania lub liczby dopuszczalnych postanowień o przedłużaniu tego środka mogłoby rozwiązać problem stwierdzonej niekonstytucyjności kwestionowanego przepisu k.p.k. Uznał jednak, że posłużenie się taką metodą mogłoby w wielu sytuacjach okazać się całkowicie nieuzasadnione, a każdy wypadek przedłużenia się postępowania sądowego oraz tymczasowego aresztowania trzeba rozstrzygać indywidualnie. Konstytucja wymaga odpowiedniego ukształtowania przepisów rangi ustawowej po to, aby wymusić na sądzie dokonywanie wnikliwej oceny, czy w konkretnych okolicznościach istnieje realne zagrożenie dla przebiegu postępowania, praw lub wolności osób czy też bezpieczeństwa publicznego.

Wyrok TK z dnia 19 grudnia 2012 r., K 9/12, OTK 2012, nr 11A, poz. 136

Waloryzacja rent i emerytur

1. Art. 4 ust. 1–8 w odniesieniu do świadczeń wymienionych w art. 5 ust. 1 pkt 1, 2, 4–15 oraz w art. 6 w związku z art. 7 i art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 13 stycznia 2012 r. o zmianie ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych oraz niektórych innych ustaw[2] **(...) są zgodne z art. 67 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, zasadami ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz ochrony praw nabytych wynikającymi z art. 2 Konstytucji, zasadą sprawiedliwości społecznej wyrażoną w art. 2 Konstytucji oraz z art. 32 ust. 1 Konstytucji.**

2. Art. 4 ust. 1–8 w odniesieniu do świadczeń wymienionych w art. 5 ust. 1 pkt 3 oraz w art. 6 w związku z art. 7 i art. 8 ust. 2 ustawy powołanej w punkcie 1 nie są niezgodne z art. 67 ust. 1 Konstytucji oraz są zgodne z zasadami ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz ochrony praw nabytych wynikającymi z art. 2 Konstytucji, zasadą sprawiedliwości społecznej wyrażoną w art. 2 Konstytucji oraz z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

3. Art. 5 ust. 1 ustawy powołanej w punkcie 1 jest zgodny z zasadą określoności prawa wynikającą z art. 2 Konstytucji.

4. Art. 5 ust. 1 pkt 4–6 i 12 ustawy powołanej w punkcie 1 w zakresie, w jakim różnicuje wysokość świadczeń w zależności od daty ich przyznania, jest zgodny z zasadą ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa wynikającą z art. 2 Konstytucji,

2 Dz.U. z 2012 r. poz. 118.

zasadą sprawiedliwości społecznej wyrażoną w art. 2 Konstytucji oraz z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

5. Art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 29 maja 1974 r. o zaopatrzeniu inwalidów wojennych i wojskowych oraz ich rodzin[3] **(...) oraz art. 5 ust. 1 pkt 9 i 10 ustawy powołanej w punkcie 1 są zgodne z art. 19 Konstytucji a w zakresie, w jakim nie dotyczą weteranów walk o niepodległość, nie są niezgodne z art. 19 Konstytucji.**

Trybunał Konstytucyjny rozpatrzył w pełnym składzie połączone wnioski Prezydenta RP oraz Rzecznika Praw Obywatelskich. Wnioskodawcy zakwestionowali niektóre przepisy ustawy zmieniającej ustawę o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, skutkujące zawieszeniem procentowej waloryzacji świadczeń emerytalno-rentowych w 2012 r. kosztem waloryzacji kwotowej, polegającej na podniesieniu każdego świadczenia o jednakową dla wszystkich świadczeniobiorców kwotę 71 zł – bez względu na wysokość pobieranego świadczenia. W swojej argumentacji wnioskodawcy wskazywali m.in., że przyjęte rozwiązanie doprowadzi do faktycznego wyłączenia mechanizmu waloryzacji w odniesieniu do osób uzyskujących wyższe świadczenia. Sam mechanizm waloryzacji kwotowej przybrał cechy dodatku, a przez to narusza podstawową dla ubezpieczeń społecznych zasadę wzajemności. Skutkiem tego mechanizmu jest również zróżnicowanie sytuacji prawnej świadczeniobiorców w zależności od wysokości przysługujących im świadczeń. Nie można przy tym mówić – zdaniem wnioskodawców – o zrealizowaniu celu waloryzacji względem osób o najwyższych świadczeniach, zastosowany mechanizm nie gwarantuje bowiem zachowania realnej wartości emerytur i rent wypłacanych tym osobom.

Problem konstytucyjny zidentyfikowany przez Trybunał Konstytucyjny w badanej sprawie sprowadzono do odpowiedzi na pytanie o zakres swobody, jaką posiada ustawodawca, regulując zasady waloryzacji świadczeń emerytalno-rentowych. W tym celu TK dokonał w pierwszej kolejności dosyć skrupulatnej analizy mechanizmu waloryzacji takich świadczeń, uwzględniając również standardy obowiązujące w innych państwach. W efekcie Trybunał stwierdził, że do chwili obecnej trudno jest mówić o jednym, optymalnym modelu waloryzacji stosowanym przez ustawodawcę. Coroczna potrzeba znacznego dotowania Funduszu Ubezpieczeń Społecznych powoduje natomiast zróżnicowane obciążenie budżetu państwa, powiększając jednocześnie wysokość długu publicznego. W dotychczasowym orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny przesądził, że samo waloryzowanie świadczeń jest jednym z elementów prawa do zabezpieczenia społecznego (art. 67 ust. 1 Konstytucji). To zaś obliguje ustawodawcę do utrzymywania świadczeń emerytalno-rentowych na odpowiednim poziomie ich wartości realnej. Naruszenie standardu konstytucyjnego może mieć miejsce zarówno wówczas, kiedy ustawodawca odstąpi od waloryzowania świadczeń, jak i wtedy, gdy przyjęty sposób ich waloryzacji sprowadzi część świadczeniobiorców poniżej poziomu minimum życiowego.

Oceniając kwestionowane przepisy, Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę na epizodyczny charakter ustawy nowelizującej, a co za tym idzie – ograniczone w czasie odstąpienie od obowiązujących zasad waloryzacji świadczeń. W dalszej kolejności TK uznał, że mimo wprowadzonych zmian sama istota mechanizmu waloryzacji nie została naruszona. Nie podzielił zatem stanowiska wnioskodawców wskazujących na naruszenie istoty prawa do zabezpieczenia społecznego. Waloryzacja, której głównym celem jest zachowanie realnej wartości ekonomicznej wypłacanych świadczeń, nie musi – zdaniem TK – odzwierciedlać w sposób matematyczny zmiany ich siły nabywczej. W efekcie wprowadzenie waloryzacji w określonej kwocie nie stanowi nadmiernej ingerencji w proporcję między wysokością opłacanych składek a wysokością świadczeń. Nie bez znaczenia dla tej oceny jest również fakt wprowadzenia zmienionych zasad waloryzacji w ustawie epizodycznej, mającej znaczenie doraźne. Odnosząc się konkretnie do zarzutu naruszenia przez ustawodawcę zasady wzajemności świadczeń, Trybunał stwierdził, że spora ich część przyznawana jest nieza-

3 Dz.U. z 2010 r. Nr 101, poz. 648 i Nr 113, poz. 745, z 2011 r. Nr 112, poz. 654 oraz z 2012 r. poz. 118.

leżnie od wysokości opłacanych składek. Sprzeciwił się – jak to ujęto – absolutyzowaniu zasady ekwiwalentności, której błędne rozumienie – bez uwzględnienia elementu solidarności międzypokoleniowej – mogłoby zachwiać obowiązującym modelem ubezpieczeń społecznych.

Wprowadzenie nowych zasad waloryzacji doprowadziło do zróżnicowania sytuacji prawnej podmiotów podobnych, jaką stanowią świadczeniobiorcy. Trybunał Konstytucyjny uznał jednak, że odstępstwo od zasady równości jest – w badanym wypadku – dopuszczalne, spełnia bowiem kryteria relewantności i proporcjonalności, a jednocześnie pozostaje w związku z innymi wartościami, zasadami i normami konstytucyjnymi. Po pierwsze, kryterium różnicowania świadczeniobiorców pozostaje w racjonalnym związku z celem i treścią danej regulacji, albowiem stanowi element szerszego programu równoważenia finansów publicznych. Po drugie, ustawodawca przyjął model waloryzacji, który jest najmniej uciążliwy dla tych osób, które pobierają wyższe emerytury i renty (powyżej 1480 zł). Wreszcie – posłużenie się metodą waloryzacji kwotowej jest uzasadnione w perspektywie zasad zachowania równowagi finansów publicznych oraz solidaryzmu społecznego. Szczególnie w tym drugim aspekcie TK pokusił się o dosyć kategoryczne stwierdzenie, zgodnie z którym dostrzegany skutek wprowadzenia nowych zasad waloryzacji – w postaci spowolnienia procesu ekonomicznego rozwarstwiania społeczeństwa – oceniono pozytywnie z uwagi na obowiązywanie zasady dobra wspólnego. Rozbudowany wątek oceny badanych rozwiązań w perspektywie zasady sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji) uwzględniał – w daleko idącym stopniu – fakty społeczne i gospodarcze, w tym przede wszystkim sytuację materialną świadczeniobiorców. Odchodząc przez to od ściśle rozumianego modelu działania sądu konstytucyjnego jako sądu prawa, Trybunał umieścił rozstrzygany problem konstytucyjny głównie w kontekście problematyki ubóstwa w Polsce. W rezultacie tej analizy TK wyraźnie przyznał, że podwyższenie kwoty świadczeń emerytalno-rentowych dla najgorzej sytuowanych świadczeniobiorców, z uwagi na to, iż jest przez te osoby bardziej odczuwalne, rekompensuje – w perspektywie zasady sprawiedliwości społecznej – wyraźnie gorsze traktowanie tych osób, które kwoty waloryzacji „nie zauważają w budżecie domowym". Jeżeli dodamy do tego okoliczność trudnej sytuacji finansów publicznych w dobie kryzysu ekonomicznego, wówczas okaże się, że działania ustawodawcy, wyraźnie różnicującego sytuację prawną świadczeniobiorców, mogą być uznane za konstytucyjnie dopuszczalne.

Taki pogląd nie zyskał pełnej akceptacji w ramach składu orzekającego Trybunału Konstytucyjnego w tej sprawie. Efektem tego było zgłoszenie przez sędziów aż sześciu zdań odrębnych – zarówno do sentencji wyroku, jak i poszczególnych jej punktów oraz samego uzasadnienia.

Wyrok TK z dnia 8 stycznia 2013 r., K 38/12, OTK 2013, nr 1A, poz. 1

Kryteria naboru do szkół i przedszkoli

I. Art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty[4] jest niezgodny z art. 92 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

II. Przepis wymieniony w części I traci moc obowiązującą z upływem 12 (dwunastu) miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej.

Problem konstytucyjny przedstawiony we wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich odnosił się do zagadnienia będącego dosyć często przedmiotem wypowiedzi orzeczniczych Trybunału Konstytucyjnego. Wątpliwości RPO dotyczyły zgodności przepisu upoważniającego do wydania rozporządzenia z wymogami określonymi w art. 92 ust. 1 Konstytucji. Zakwestionowany art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy o systemie oświaty przekazywał ministrowi właściwemu do spraw oświaty i wychowania kompetencję do określenia w rozporządzeniu warunków i trybu przyjmowania uczniów do szkół oraz przechodzenia z jednych typów szkół do innych. Minister mógł również na podstawie tego uregulowania określić maksymalną liczbę szkół

4 Tekst jedn. Dz.U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2572 z późn. zm.

ponadgimnazjalnych, do których można ubiegać się jednocześnie, uwzględniając w szczególności zasadę powszechnej dostępności do szkół wszystkich typów. Zdaniem wnioskodawcy tak sformułowany przepis upoważnienia, mimo wskazania podmiotu i przedmiotu regulacji aktu wykonawczego, nie zawierał żadnych wytycznych treściowych, przez co nie realizował wymogu wynikającego z art. 92 ust. 1 Konstytucji. Wytycznych nie zawierały również – zdaniem RPO – pozostałe przepisy ustawy o systemie oświaty, co oznaczało przyznanie organowi władzy wykonawczej zbyt dużej swobody w ramach przysługującej mu kompetencji prawotwórczej.

W dotychczasowym orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wypowiadał się na temat wymogu wskazania przez ustawodawcę wytycznych dotyczących treści aktu wykonawczego. Szczegółowość wytycznych nie ma charakteru stałego. Zależy zawsze od regulowanej materii i jej związku z sytuacją jednostki. Na tej podstawie Trybunał wyraził pogląd, zgodnie z którym pełniejsza regulacja ustawowa powinna odnosić się do materii o podstawowym znaczeniu dla jednostki. Ustawodawca nie może przez to przekazywać do uregulowania w rozporządzeniu spraw o istotnym znaczeniu dla urzeczywistnienia wolności i praw człowieka zagwarantowanych w Konstytucji. Wytyczne mogą przybierać bardzo różną postać, ponieważ brak jest jednego, uniwersalnego sposobu ich formułowania. Mogą być zatem określone „negatywnie" przez wskazanie w tekście ustawy zagadnień wyłączonych z zakresu regulacji w rozporządzeniu. Mogą także określać – w sposób „pozytywny" – cele, funkcje bądź inne kryteria, którymi ma się kierować podmiot wydający rozporządzenie. Jednocześnie oprócz typowej konstrukcji samodzielnego przepisu upoważniającego do aktu wykonawczego, mogą być one także „rozproszone" w wielu unormowaniach tej samej ustawy.

Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że badany przepis upoważnienia ustawowego nie zawierał wytycznych treściowych, określających sposób normowania materii przekazanej do uregulowania właściwemu ministrowi. Trybunał doszedł przy tym do wniosku, że w obrębie całej ustawy o systemie oświaty brak jest szczegółowych wytycznych, które mogłyby określać kierunek działania ministra wydającego rozporządzenie w zakresie kryteriów rekrutacji do szkół i przedszkoli oraz procedury jej prowadzenia. Ustawodawca posługuje się nakazem uwzględnienia zasady powszechnej dostępności do szkół i przedszkoli. Nie wyjaśnia jednak, czy chodzić ma o prawo do uczęszczania do każdej konkretnej szkoły wybranej przez kandydata lub jego rodziców (rozumienie szerokie), czy jedynie o prawo do ubiegania się o przyjęcie do wybranej placówki na równych zasadach (rozumienie wąskie). Ustawa nie przesądza także tego, w jaki sposób wyniki uzyskane na poszczególnych etapach edukacji miałyby wpływać na procedurę rekrutacji do określonych typów placówek edukacyjnych. W tej sytuacji dopiero na poziomie rozporządzenia wskazano kryteria naboru do szkół, przy czym decyzja o sposobie traktowania określonych grup kandydatów należała do swobodnego uznania ministra wydającego akt wykonawczy. Skutkuje to przyznaniem przywilejów np. dzieciom niepełnosprawnym, mieszczącym się w kategorii „dzieci z problemami zdrowotnymi", przy jednoczesnym braku odrębnych zasad rekrutacji dla dzieci z rodzin wielodzietnych, mimo że Konstytucja nakazuje władzom publicznym uwzględniać sytuację prawną tego rodzaju podmiotów (por. art. 69 oraz art. 71 ust. 1 zd. 2 Konstytucji). Istotnym problemem obowiązujących unormowań ustawowych jest także brak określenia – choćby w ogólnym zakresie – procedury odwoławczej od decyzji o nieprzyjęciu dziecka do wybranej szkoły lub wybranego przedszkola. Zagadnienie to jest w różny sposób regulowane w statutach poszczególnych szkół i przedszkoli. Świadczy to jednocześnie o tym, że istniejący model ustawowy nie tylko nie determinuje precyzyjnie treści rozporządzenia wykonawczego, ale także dopuszcza określanie niektórych elementów – związanych z procedurą rekrutacji uczniów – w aktach wewnętrznych poszczególnych placówek.

Kryteria naboru do szkół i przedszkoli, w tym preferencje dla poszczególnych grup kandydatów, powodują ograniczenie w korzystaniu z konstytucyjnego prawa do edukacji przez osoby nieuprzywilejowane (art. 70 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji). Jest to zatem materia, która

przynajmniej w swych podstawowych założeniach powinna być uregulowana w ustawie. Sytuacja, w której akt wykonawczy staje się podstawowym źródłem prawa we wskazanym zakresie, narusza przewidziane w Konstytucji relacje między ustawą a rozporządzeniem. Przyjmując takie rozstrzygnięcie, TK zastosował odroczenie utraty mocy obowiązującej badanego przepisu. Całkowite usunięcie – nawet wadliwego – przepisu stanowiącego podstawę prawną rekrutacji do placówek edukacyjnych mogłoby bowiem znacznie utrudnić realizację konstytucyjnego prawa do edukacji (art. 70 ust. 1 Konstytucji).

Wyrok TK z dnia 6 marca 2013 r., Kp 1/12, OTK 2013, nr 3A, poz. 25; MP poz. 169

Przygotowanie turnieju finałowego EURO 2012

I. Art. 2 w związku z art. 1 pkt 1 ustawy z dnia 31 sierpnia 2012 r. o zmianie ustawy o przygotowaniu finałowego turnieju Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO 2012[5] są niezgodne z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

II. Przepisy wskazane w części I są nierozerwalnie związane z cała ustawą.

Wniosek Prezydenta RP skierowany do Trybunału Konstytucyjnego w trybie kontroli prewencyjnej dotyczył ustawy o zmianie ustawy o przygotowaniu finałowego turnieju Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO 2012 (dalej: ustawa nowelizująca). Wątpliwości wnioskodawcy dotyczyły dwóch przepisów tej ustawy. Pierwszy (art. 1 pkt 1) przewidywał, że nowelizowana ustawa z 7 września 2007 r. o przygotowaniu finałowego turnieju Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO 2012[6] (dalej: ustawa nowelizowana) ma mieć zastosowanie również do tych przedsięwzięć związanych z turniejem piłkarskim, które nie zostały zrealizowane do momentu jego rozpoczęcia. Drugi natomiast (art. 2) określał 14-dniową *vacatio legis*, wskazując jednocześnie, że obowiązywanie ustawy nowelizującej ma być datowane od 8 czerwca 2012 r. W swoim wniosku Prezydent RP argumentował, że kwestionowane unormowania są niezgodne z zasadą zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa, a jednocześnie naruszają zakaz retroakcji prawa.

Trybunał Konstytucyjny oparł swoje rozstrzygnięcie na dokładnej analizie ustawy nowelizowanej oraz powiązanych z nią unormowań. W ocenie TK ustawa o przygotowaniu turnieju Euro 2012 miała charakter szczególny z uwagi na jej ścisłe powiązanie z konkretnie określonym celem. Zawarte w niej unormowania miały służyć realizacji zadania, jakim było przygotowanie warunków umożliwiających organizację turnieju finałowego Mistrzostw Europy w piłce nożnej. Z tego powodu ustawodawca określił przedsięwzięcia infrastrukturalne, których wykonanie zmierzać miało do osiągnięcia wspomnianego celu. Oprócz tego sama konstrukcja normatywna ustawy wiązała się z wprowadzeniem odstępstw od ogólnych postanowień materialnego i procesowego prawa administracyjnego oraz zastosowaniem ograniczeń niektórych praw podmiotowych, w szczególności praw właścicieli, użytkowników wieczystych nieruchomości objętych wnioskiem o wydanie decyzji ustalającej lokalizację przedsięwzięć określanych normatywnym pojęciem „przedsięwzięcia Euro 2012". Pojęcie to odnosiło się do inwestycji mających status koniecznych do przeprowadzenia turnieju Euro 2012, wymienionych w rozporządzeniu Rady Ministrów wydanym na podstawie ustawy nowelizowanej.

Problem związany z obowiązywaniem i stosowaniem szczególnych reguł przewidzianych w ustawie nowelizowanej dotyczył zróżnicowanej sytuacji faktycznej odnoszącej się do przedsięwzięć Euro 2012. Część z nich została ukończona przed rozpoczęciem turnieju, część była w trakcie realizacji, a niektóre w ogóle nie zostały rozpoczęte. Ustawowe pojęcie „przedsięwzięcia Euro 2012" można odnosić bezspornie do pierwszej kategorii inwestycji. Nie może być ono stosowane do trzeciej grupy przedsięwzięć. Zasadniczy problem dotyczył natomiast statusu prawnego inwestycji w toku. Chęć dookreślenia tej materii, a przede wszystkim umożliwienie sfinalizowania takich inwestycji, stanowiły podstawowy motyw uchwalenia ustawy nowelizującej.

5 Niepublikowana.

6 Dz.U. z 2010 r. Nr 26, poz. 133.

W uzasadnieniu tej ustawy wskazywano m.in., że chociaż wybrane inwestycje nie mogą być dłużej postrzegane jako niezbędne dla przeprowadzenia turnieju piłkarskiego, to ich dokończenie leży w interesie publicznym. Ustawa nowelizująca miała przy tym służyć zachowaniu pewności sytuacji prawnej i ochronie interesów inwestorów realizujących takie inwestycje oraz gwarantować stabilność wydanych decyzji administracyjnych.

Ocena kwestionowanych przepisów ustawy nowelizującej skupiała się głównie wokół zarzutu naruszenia zakazu retroaktywności prawa. Chociaż zakaz ten nie ma charakteru absolutnego, to wprowadzenie przepisów działających wstecz musi być zawsze postrzegane jako wyjątek – uzasadniony m.in. koniecznością realizacji lub ochrony innych, ważniejszych i konkretnie wskazanych wartości konstytucyjnych. Trybunał Konstytucyjny stwierdził w badanym wypadku, że ustawodawca naruszył – i to w sposób kwalifikowany – zasadę *lex retro non agit*. Przytaczając sześć argumentów (zob. pkt III, 7.1. uzasadnienia), Trybunał postawił wyżej ochronę praw jednostek niezaangażowanych w realizowanie przedsięwzięć Euro 2012 – względem korzyści wynikających z ukończenia tych inwestycji. Odrzucił przy tym argument o charakterze pragmatycznym, dotyczący sposobu ich finansowania ze środków Unii Europejskiej, uznając, że obowiązek ukończenia takich inwestycji w oznaczonym czasie jest niezależny od tego, w jakim reżimie prawnym są one realizowane. Trybunał stwierdził, że naruszanie zasady *lex retro non agit* nie może opierać się na argumencie ochrony równowagi budżetowej, jeżeli zagrożenie dla tejże równowagi nie wynika bezpośrednio z korzystania z konstytucyjnych wolności i praw. Oprócz tego TK uznał, że ustawodawca, mając świadomość szczególnego charakteru ustawy nowelizowanej, jak i okoliczności faktycznych, w ramach których podejmował decyzję prawodawczą, powinien posłużyć się odpowiednim do sytuacji rozwiązaniem prawnym – bez konieczności przełamania zakazu retroaktywności. W zmienionym stanie faktycznym brak jest bowiem uzasadnienia dla utrzymywania reżimu prawnego, który obowiązywał przed turniejem finałowym Euro 2012 i był nakierowany na zrealizowanie tego konkretnego zadania.

Anna Michalak

Przegląd orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Wyrok TSUE (trzecia izba) z dnia 21 lutego 2013 r. w sprawie C-46/12 (*L.N. przeciwko Styrelsen for Videregående Uddannelser og Uddannelsesstøtte*) – odmowa przyznania stypendium ze względu na brak statusu pracownika

Stan faktyczny

Wyrok zapadł w trybie prejudycjalnym i dotyczy wykładni art. 7 ust. 1 lit. c) i art. 24 ust. 2 dyrektywy 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, zmieniającej rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylającej dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG[1] (dalej: dyrektywa 2004/38).

Wniosek o wydanie orzeczenia przez TSUE został złożony w związku ze sporem między L.N. (obywatelem Unii) a Styrelsen for Videregående Uddannelser og Uddannelsesstøtte (agencją ds. wyższego wykształcenia i wsparcia edukacyjnego w Danii – dalej: VUS) odnośnie do odmowy przyznania L.N. pomocy na kształcenie.

Obywatel L.N. złożył wniosek o przyjęcie do Copenhagen Business School (dalej: CBS) przed dniem 15 marca 2009 r., to jest przed przybyciem na terytorium Danii w dniu 6 czerwca 2009 r. W dniu 10 czerwca 2009 r. zaproponowano mu pracę w pełnym wymiarze czasu pracy w międzynarodowej spółce handlu hurtowego. W dniu 29 czerwca 2009 r. regionalny organ administracji publicznej wydał mu zaświadczenie potwierdzające zarejestrowanie w charakterze pracownika najemnego. W dniu 10 sierpnia 2009 r. L.N. złożył wniosek o przyznanie mu pomocy na kształcenie od września 2009 r. W dniu 10 września 2009 r. L.N. rozpoczął studia w CBS. W związku z tym zrezygnował z pracy w spółce handlu hurtowego, lecz w późniejszym czasie wykonywał inną pracę najemną, w niepełnym wymiarze czasu pracy. W dniu 27 października 2009 r. VUS poinformował L.N., że oddalił jego wniosek o pomoc na kształcenie. Organ, powołując się na przepisy prawa krajowego, wskazał, że nieposiadanie statusu pracownika uniemożliwia uzyskanie pomocy publicznej na kształcenie[2]. W dniu 30 października 2009 r. L.N. wniósł do Ankenævnet for Statens Uddannelsesstøtte odwołanie od tej decyzji, powołując się na swój status pracownika w rozumieniu art. 45 TFUE oraz na prawo do pomocy na kształcenie. W dniu 7 grudnia 2009 r. VUS zwrócił się do regionalnego organu administracji publicznej z zapytaniem, czy L.N. spełnia przesłanki uznania go za pracownika w rozumieniu art. 45 TFUE. Początkowo, w piśmie z dnia 11 grudnia 2009 r., regional-

1 Dz.Urz. 2004, L 158, s. 77; sprostowania: Dz.Urz. 2004, L 229, s. 35; Dz.Urz. 2005, L 197, s. 34.

2 Zgodnie z przepisami prawa krajowego, które miały zastosowanie w sprawie, osoba ubiegająca się o przyjęcie na studia, która jest obywatelem UE lub członkiem rodziny takiego obywatela, może uzyskać pomoc publiczną na kształcenie w Danii lub za granicą, zgodnie z zasadami określonymi w prawie UE. Natomiast obywatele UE i EOG, którzy nie są pracownikami ani nie prowadzą działalności na własny rachunek, a także członkowie rodzin takich obywateli, mogą ubiegać się o pomoc na kształcenie po upływie pięciu lat pobytu w Danii.

ny organ administracji publicznej wskazał, że L.N. powinien być uznany za pracownika za okres od dnia 29 czerwca do dnia 10 września 2009 r. Następnie, w piśmie z dnia 12 kwietnia 2010 r., zmienił podstawę pobytu L.N. ze statusu pracownika na status studenta, z tego powodu, że zasadniczym celem przybycia L.N. do Danii było podjęcie studiów. Pismem z dnia 28 września 2010 r. VUS przekazał odwołanie do sądu odsyłającego. W piśmie tym wskazał, że w celu dokonania oceny sprawy w świetle dowodów należy uwzględnić fakt, iż L.N. przybył do Danii w celu kształcenia się, ponieważ wniosek o przyjęcie do CBS złożył przed przybyciem do tego państwa członkowskiego i wkrótce potem rozpoczął studia. W konsekwencji, zdaniem VUS, L.N. nie spełnia warunków uznania go za pracownika.

W tych okolicznościach sąd krajowy zawiesił postępowanie i zwrócił się do TSUE z pytaniem prejudycjalnym, czy artykuł 7 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2004/38 w związku z art. 24 ust. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że przyjmujące państwo członkowskie, dokonując oceny, czy daną osobę należy uznać za pracownika uprawnionego do pomocy na pokrycie kosztów utrzymania w czasie studiów, może wziąć pod uwagę okoliczność, że osoba ta przybyła do przyjmującego państwa członkowskiego zasadniczo w celu odbywania studiów, co wyłącza przyznanie jej statusu pracownika.

Stanowisko TSUE

Trybunał podkreślił, że status obywatela Unii powinien stanowić podstawowy status obywateli państw członkowskich, pozwalający tym spośród nich, którzy znajdują się w tej samej sytuacji, na korzystanie – z zastrzeżeniem wyjątków wyraźnie przewidzianych w TFUE – z takiego samego traktowania, bez względu na ich przynależność państwową. Każdy obywatel Unii może więc powołać się na zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową ustanowiony w art. 18 TFUE i sprecyzowany w innych postanowieniach traktatu oraz w art. 24 dyrektywy 2004/38 – we wszystkich sytuacjach należących do zakresu zastosowania prawa Unii. Do takich sytuacji należy między innymi wykonywanie swobód gwarantowanych w art. 45 TFUE oraz wykonywanie swobody przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich przyznanej w art. 21 TFUE.

Żadne z postanowień traktatu nie pozwala na przyjęcie, iż z chwilą przyjazdu do innego państwa członkowskiego celem odbycia tam studiów studenci posiadający status obywateli Unii zostają pozbawieni praw nadanych przez traktat obywatelom Unii, w tym praw przyznanych tym obywatelom w związku z wykonywaniem przez nich pracy najemnej w przyjmującym państwie członkowskim. W konsekwencji obywatel jednego z państw członkowskich, który odbywa studia w przyjmującym państwie członkowskim lub wykonuje w tym państwie pracę najemną oraz posiada status „pracownika" w rozumieniu art. 45 TFUE, może powoływać się na ustanowione w art. 18, art. 21 lub art. 45 TFUE prawo do swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium przyjmującego państwa członkowskiego, bez bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji ze względu na swoją przynależność państwową.

Sąd odsyłający podniósł, że przepis art. 7 ust. 1 lit. c) w związku z art. 24 ust. 2 dyrektywy 2004/38 należy interpretować w ten sposób, że obywatel Unii, który studiuje w pełnym wymiarze w przyjmującym państwie członkowskim i w tym celu przybył na terytorium tego państwa członkowskiego, może spotkać się z odmową przyznania pomocy na pokrycie utrzymania w czasie studiów przez pierwsze pięć lat pobytu, nawet jeżeli równolegle ze studiami wykonuje pracę najemną w niepełnym wymiarze czasu pracy. Trybunał przypomniał w tym względzie, że art. 24 ust. 2 dyrektywy 2004/38 stanowi, iż przyjmujące państwo członkowskie nie jest zobowiązane, przed nabyciem przez zainteresowanego prawa stałego pobytu, do przyznawania pomocy na pokrycie utrzymania w czasie studiów, włącznie z kształceniem zawodowym, w postaci stypendiów lub kredytów studenckich osobom innym niż pracownicy najemni, osoby prowadzące działalność na własny rachunek, osobom, które zachowują taki status, jak również członkom ich rodzin. Artykuł 24 ust. 2 dyrektywy 2004/38, jako odstępstwo od zasady równości traktowania wyrażonej w art. 18 TFUE, powinien być interpretowany – w ocenie TSUE – w sposób ścisły i w zgodzie z postanowieniami traktatu, w tym z postanowieniami dotyczącymi obywatelstwa Unii oraz swobodnego przepływu pracowników.

Jak ustalił Trybunał, pomoc, o którą zwracał się L.N., to pomoc na pokrycie kosztów utrzymania w formie stypendium. Pomoc ta – zdaniem TSUE – może zatem wchodzić w zakres odstępstwa od zasady równości traktowania przewidzianego w art. 24 ust. 2 dyrektywy 2004/38. Trybunał wskazał przy tym, że z brzmienia art. 7 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2004/38 nie wynika, by obywatele Unii zapisani do „instytucji prywatnej lub publicznej" w rozumieniu tego przepisu „zasadniczo w celu odbycia studiów" mieli być z tego tytułu automatycznie pozbawiani statusu pracownika w rozumieniu art. 45 TFUE.

Od chwili przybycia na terytorium przyjmującego państwa członkowskiego L.N. wykonywał pracę najemną w pełnym wymiarze czasu pracy, a od chwili rozpoczęcia studiów kontynuował wykonywanie pracy najemnej w niepełnym wymiarze. Natomiast odmowa przyznania mu pomocy na pokrycie kosztów utrzymania w czasie studiów nastąpiła na tej podstawie, że przybył on na terytorium tego państwa członkowskiego z zasadniczym zamiarem odbycia studiów, a zatem, zdaniem właściwych organów krajowych, cel jego pobytu w Danii jest tego rodzaju, że może pozbawiać go statusu pracownika w rozumieniu art. 45 TFUE.

Trybunał podkreślił, że pojęcie „pracownik" w rozumieniu art. 45 TFUE ma znaczenie autonomiczne w prawie Unii i nie wolno go interpretować zawężająco. Ponadto pojęcie to należy definiować w oparciu o obiektywne kryteria, które charakteryzują stosunek pracy z uwzględnieniem praw i obowiązków danej osoby. Zasadniczą cechą stosunku pracy jest okoliczność, że dana osoba wykonuje przez pewien okres na rzecz innej osoby i pod jej kierownictwem świadczenia, w zamian za które otrzymuje wynagrodzenie. Fakt, że zainteresowany świadczy pracę jedynie przez niewielką liczbę godzin w miesiącu, nie wyklucza uznania takiej osoby za pracownika w rozumieniu art. 45 TFUE. W ramach oceny tego warunku w konkretnym przypadku sąd odsyłający musi oprzeć się na obiektywnych kryteriach i dokonać całościowej oceny wszystkich okoliczności sprawy, które mają związek z przedmiotowym zajęciem i stosunkiem pracy. Sąd odsyłający powinien przy tym w szczególności ustalić, czy praca najemna skarżącego w sprawie nie ma wymiaru ograniczonego do tego stopnia, by należało ją zrównać z działalnością czysto marginalną i dodatkową.

Trybunał stwierdził, że gdyby sąd odsyłający miał orzec, że L.N. należy uznać za „pracownika" w rozumieniu art. 45 TFUE, odmowa przyznania temu obywatelowi Unii pomocy na utrzymanie w czasie studiów naruszałaby prawo do równego traktowania, które to prawo przysługuje rzeczonemu obywatelowi z racji jego statusu pracownika. Obywatel Unii, który skorzystał ze swobody przepływu pracowników zagwarantowanej w art. 45 TFUE, korzysta bowiem w przyjmującym państwie członkowskim – zgodnie z art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 1612/68 – z tych samych korzyści socjalnych co pracownicy krajowi.

Wyrok TSUE (czwarta izba) z dnia 7 marca 2013 r. w sprawie C-607/11 (*ITV Broadcasting Ltd. i inni przeciwko TVCatchup Ltd.*) – nadawanie przez osobę trzecią za pośrednictwem Internetu programów komercyjnych nadawców telewizyjnych

Stan faktyczny

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym[3]. Wniosek ten został złożony w ramach sporu między z jednej strony ITV Broadcasting Ltd, ITV 2 Ltd, ITV Digital Channels Ltd, Channel 4 Television Corporation, 4 Ventures Ltd, Channel 5 Broadcasting Ltd oraz ITV Studios Ltd (dalej: skarżący) a z drugiej strony TVCatchup Ltd (dalej: TVC) w przedmiocie nadawania przez TVC za pośrednictwem Internetu i w czasie rzeczywistym programów telewizyjnych nadawanych przez skarżące.

Skarżący w postępowaniu głównym to komercyjni nadawcy telewizyjni, posiadający przysługujące im na podstawie prawa krajowego prawo własności intelektualnej do swoich przekazów telewizyjnych oraz do filmów i innych elemen-

3 Dz.Urz. 2001, L 167, s. 10.

tów zawartych w ich przekazach. Są one finansowane z reklam pokazywanych w nadawanych przez nich przekazach.

Z kolei TVC oferuje usługę nadawania „na żywo" za pomocą Internetu, umożliwiającą użytkownikom „bezpośredni" odbiór przez Internet (tzn. zasadniczo w czasie rzeczywistym) niekodowanych przekazów telewizyjnych, w tym m.in. emitowanych przez skarżących. TVC upewnia się przy tym, że użytkownicy jej usług uzyskują dostęp jedynie do treści, do których oglądania w Zjednoczonym Królestwie byli już zgodnie z prawem uprawnieni na podstawie abonamentu telewizyjnego. Warunki, na które użytkownicy muszą wyrazić zgodę, obejmują zatem posiadanie abonamentu telewizyjnego i ograniczenie korzystania z usług TVC do Zjednoczonego Królestwa. Strona internetowa TVC jest wyposażona w urządzenia umożliwiające jej potwierdzenie miejsca, w jakim znajduje się użytkownik, i odmawia dostępu, jeżeli warunki nałożone na użytkownika nie są spełnione. Usługi oferowane przez TVC są finansowane z reklam. Chodzi o reklamy audiowizualne prezentowane zanim można zobaczyć materiał wizualny danej emisji. Reklamy zawarte w oryginalnych programach pozostają niezmienione i przesyłane są do użytkownika jako element przekazu.

Skarżący wytoczyli przed sądem krajowym powództwo przeciwko TVC o naruszenie ich praw autorskich do przekazów i filmów przez publiczne udostępnianie, które jest zakazane na mocy przepisów prawa krajowego i art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29.

Sąd odsyłający powziął wątpliwości, czy podmiot taki jak TVC dokonuje publicznego udostępnienia w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29, jeśli – z pełną świadomością skutków tych działań i z zamiarem pozyskania publiczności dla swoich własnych transmisji – nadaje w Internecie przekazy skierowane do członków publiczności, którzy byliby uprawnieni do odbioru oryginalnego sygnału nadawczego przy wykorzystaniu własnych odbiorników telewizyjnych lub własnych przenośnych komputerów u siebie w domu. Kierując w powyższym zakresie pytanie do TSUE, sąd odsyłający zwrócił dodatkowo uwagę na fakt, że retransmisja jest finansowana z reklam (a zatem ma charakter zarobkowy) oraz dokonywana jest przez podmiot bezpośrednio konkurujący z pierwotnym nadawcą, wskazując, że czynniki te mogą mieć znaczenie dla kierunku rozstrzygnięcia.

Stanowisko TSUE

Trybunał przypomniał, że podstawowym celem dyrektywy 2001/29 jest zapewnienie autorom wysokiego poziomu ochrony, umożliwiającego im otrzymanie stosownego wynagrodzenia za korzystanie z ich utworów, polegającego w szczególności na ich publicznym udostępnianiu. W związku z tym pojęcie publicznego udostępniania należy rozumieć szeroko, zgodnie zresztą z wyraźnym brzmieniem motywu 23 tej dyrektywy.

Dyrektywa 2001/29 nie określa jednak w sposób wyczerpujący pojęcia udostępniania. Z motywu 23 dyrektywy 2001/29 wynika w szczególności, że prawo autora do publicznego udostępniania utworu obejmuje każdą transmisję lub retransmisję utworu do odbiorców nieznajdujących się w miejscu, z którego przekazywanie pochodzi, drogą przewodową lub bezprzewodową, w tym nadawanie programów. Ponadto z art. 3 ust. 3 tej dyrektywy wynika, że zezwolenie na włączenie objętych ochroną utworów do publicznie udostępnianego przekazu nie wyczerpuje prawa do zezwolenia na inne publiczne udostępnianie tych utworów lub do jego zabronienia.

Z powyższego – w ocenie TSUE – wynika, że prawodawca unijny, regulując sytuacje, w których dany utwór stanowi przedmiot wielokrotnego wykorzystania, uznał, że każda transmisja lub retransmisja danego utworu z wykorzystaniem szczególnego technicznego sposobu przekazu musi uzyskać, co do zasady, indywidualne zezwolenie autora tego utworu.

Wziąwszy pod uwagę, że podanie utworów do wiadomości poprzez retransmisję w Internecie naziemnego przekazu telewizyjnego jest dokonywane w szczególny sposób, który różni się technicznie od sposobu przekazu pierwotnego udostępnienia, TSUE stwierdził, że musi ono zostać uznane za „udostępnienie" w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29. W konsekwencji taka retransmisja nie może być zwolniona z konieczności uzyskania zezwolenia autorów retransmitowanych utworów, ponieważ są one publicznie udostępniane.

Powyższego wniosku nie podważa, jak podkreślił TSUE, za-

strzeżenie podniesione przez TVC, zdaniem której podanie dzieła do wiadomości w Internecie stanowi zwykły środek techniczny mający na celu zapewnienie lub poprawę jakości odbioru naziemnego przekazu telewizyjnego w obszarze jego zasięgu. Z dotychczasowego orzecznictwa TSUE wynika bowiem, iż zwykły środek techniczny mający na celu zapewnienie lub poprawę jakości odbioru pierwotnej transmisji w obszarze jej zasięgu, nie stanowi udostępnienia w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29. Udział takiego środka technicznego musi być jednak ograniczony do utrzymania lub poprawienia jakości odbioru transmisji już istniejącej i nie może służyć transmisji różnej od transmisji już istniejącej.

Tymczasem w niniejszej sprawie udział TVC polega na transmisji przedmiotowych utworów objętych ochroną, różniącej się od transmisji dokonywanej przez zainteresowaną organizację nadawczą. Udział TVC nie ma bynajmniej na celu utrzymania lub poprawienia jakości odbioru transmisji dokonywanej przez tę organizację. W tych okolicznościach wspomniany udział nie może zostać uznany za zwykły środek techniczny. Co więcej, TSUE podniósł, że pojęcie publicznego udostępnienia w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 wymaga, aby utwory objęte ochroną zostały rzeczywiście udostępnione „publicznie". W tym względzie z orzecznictwa TSUE wynika, że pojęcie publiczności, do którego odwołuje się wspomniany przepis, oznacza, iż chodzi o nieokreśloną liczbę potencjalnych odbiorców, i zakłada dodatkowo dość znaczną liczbę osób. Co się tyczy w szczególności tego drugiego kryterium, należy mieć na uwadze kumulatywny skutek wynikający ze skierowania utworów do użytkowników Internetu. W tym względzie istotne znaczenie ma między innymi to, ile osób ma dostęp do tego samego utworu równocześnie i kolejno po sobie.

W niniejszej sprawie Trybunał wskazał, że sporna retransmisja utworów przez Internet jest skierowana do wszystkich osób przebywających w Zjednoczonym Królestwie, które mają połączenie z Internetem i twierdzą, że posiadają abonament telewizyjny w tym państwie. Osoby te mogą równocześnie mieć dostęp do objętych ochroną utworów, w ramach tzw. *live streaming* przekazów telewizyjnych w Internecie. Zatem wspomniana retransmisja jest skierowana do nieokreślonej liczby potencjalnych odbiorców i zakłada znaczną liczbę osób. W konsekwencji należy stwierdzić, że poprzez rozpatrywaną retransmisję utwory chronione są rzeczywiście publicznie udostępniane, w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29.

W konsekwencji TSUE uznał, że pojęcie publicznego udostępniania w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 należy interpretować w ten sposób, że obejmuje ono retransmisję utworów zawartych w naziemnym przekazie telewizyjnym, dokonywaną przez podmiot inny niż pierwotny nadawca, za pomocą przekazu internetowego udostępnionego abonentom tego podmiotu, którzy mogą odbierać retransmisję poprzez połączenie się z jego serwerem, pomimo że owi abonenci znajdują się w obszarze odbioru naziemnego przekazu telewizyjnego i mogą zgodnie z prawem odbierać ten przekaz w swoich odbiornikach telewizyjnych.

W dotychczasowym orzecznictwie Trybunał wskazywał, że zarobkowy charakter udostępniania w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 nie jest bez znaczenia, niemniej jednak przyznał, że nie jest on konieczny, aby stwierdzić samo wystąpienie publicznego udostępniania. Zarobkowy charakter nie ma zatem decydującego znaczenia dla uznania retransmisji, takiej jak analizowana retransmisja, za udostępnianie w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29.

Trybunał stwierdził ponadto, że ani z dyrektywy 2001/29, ani z orzecznictwa TSUE nie wynika, aby stosunek konkurencji pomiędzy podmiotami dokonującymi równoległych transmisji utworów chronionych prawem autorskim lub ich następujących po sobie retransmisji miał istotne znaczenie dla uznania transmisji za publiczne udostępnianie w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29.

Wyrok TSUE (wielka izba) z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie C-396/11 (postępowanie dotyczące wykonania europejskich nakazów aresztowania wydanych przeciwko Ciprianowi Vasilemu Radu) – podstawy

odmowy wykonania europejskiego nakazu aresztowania

Stan faktyczny

Wyrok zapadł w związku z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i dotyczy interpretacji decyzji ramowej Rady 2002/584/WSiSW z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi[4], zmienionej decyzją ramową Rady 2009/299/WSiSW z dnia 26 lutego 2009 r.[5] (dalej: decyzja ramowa 2002/584), w związku z art. 6, 48 i 52 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej[6] (dalej: karta) i z art. 5 i 6 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r.[7] (dalej: EKPC).

Wskazany wyżej wniosek został przedstawiony w ramach postępowania w sprawie wykonania przez Rumunię czterech europejskich nakazów aresztowania wydanych przez organy niemieckie przeciwko C.V. Radu (obywatelowi rumuńskiemu) w celu przeprowadzenia postępowania karnego w związku z dokonaniem przez niego czynów rozboju.

W dniach 25 maja i 3 czerwca 2009 r. do Curtea de Apel Constanța (sądu apelacyjnego w Konstancy w Rumunii), występującego w charakterze wykonującego nakaz organu sądowego, wpłynęły wnioski niemieckich organów sądowych w sprawie przekazania C.V. Radu – osoby ściganej na podstawie czterech europejskich nakazów aresztowania – wydanych przez prokuratury w Münsterze, Coburgu, Bielefeldzie i Verden (Niemcy), w celu przeprowadzenia postępowania karnego w związku z dokonaniem przez tę osobę czynów zabronionych w postaci rozboju w rozumieniu art. 211 rumuńskiego kodeksu karnego. Ciprian Vasile Radu nie wyraził zgody na swoje przekazanie.

Postanowieniem z dnia 5 czerwca 2009 r. Curtea de Apel Constanța zarządził wykonanie trzech europejskich nakazów aresztowania wydanych przez prokuratury w Münsterze, Coburgu i Verden. Odmówił natomiast wykonania europejskiego nakazu aresztowania wydanego przez prokuraturę w Bielefeldzie – ze względu na okoliczność, że przeciwko C.V. Radu toczy się w Rumunii postępowanie karne przed Tribunalul Bacău (sądem okręgowym w Bacău) w związku z czynem, który stanowił podstawę wydania nakazu. Sąd ten odroczył więc wydanie decyzji w sprawie przekazania C.V. Radu, do chwili zakończenia postępowania toczącego się w tej sprawie przed sądami rumuńskimi, jednocześnie utrzymując wobec niego środek zapobiegawczy w postaci tymczasowego aresztowania na okres 30 dni.

Wyrokiem z dnia 18 czerwca 2009 r. Înalta Curte de Casație și Justiție a României (rumuński wysoki trybunał kasacyjny i sprawiedliwości) uchylił to postanowienie i przekazał sprawę Curtea de Apel de Constanța do ponownego rozpoznania. Nakazał ponadto zwolnienie C.V. Radu z aresztu, postanawiając jednocześnie o zastosowaniu wobec niego środka zapobiegawczego w postaci ograniczenia prawa do swobodnego przemieszczania się, a konkretnie zakazu opuszczania obszaru gminy, w której zamieszkuje – miasta Bacău – bez uprzedniej zgody sądu, oraz nakładając na niego inne obowiązki.

Na rozprawie przed Curtea de Apel de Constanța, która odbyła się w dniu 22 lutego 2011 r., C.V. Radu sprzeciwił się wykonaniu wydanych przeciwko niemu europejskich nakazów aresztowania. W tym względzie stwierdził on najpierw, że w chwili przyjęcia decyzji ramowej 2002/584 ani prawa podstawowe zapisane w EKPC, ani te, które zostały zagwarantowane w karcie, nie były wyraźnie włączone do treści traktatów założycielskich Unii Europejskiej. Tymczasem zgodnie z art. 6 TUE postanowienia zarówno karty, jak i EKPC stały się postanowieniami prawa pierwotnego Unii, w związku z czym przepisy decyzji ramowej 2002/584 należało odtąd interpretować i stosować zgodnie z postanowieniami karty i EKPC. Ciprian Vasile Radu podkreślił następnie, że owa decyzja ramowa nie została wprowadzona we wszystkich państwach członkowskich w sposób jednolity. W szczególności Bundesverfassungsgericht (federalny trybunał konstytucyjny RFN) wyrokiem z dnia 18 lipca 2005 r. uznał niemiecką ustawę

4 Dz.Urz. 2002, L 190, s. 1.

5 Dz.Urz. 2009, L 81, s. 24.

6 Dz.Urz. 2007, C 303. s. 1.

7 Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, z późn. zm.

transponującą tę decyzję ramową za niekonstytucyjną i nieważną do chwili uchwalenia nowej ustawy. Europejski nakaz aresztowania jest tymczasem wykonywany w oparciu o zasadę wzajemności. Ciprian Vasile Radu podniósł wreszcie, że organy sądowe państwa członkowskiego wykonania nakazu mają obowiązek zbadania, czy w państwie członkowskim wydania nakazu przestrzegane są prawa podstawowe zagwarantowane w karcie i w EKPC. Jeżeli tak nie jest, organy te mają podstawy do odmowy wykonania danego europejskiego nakazu aresztowania, niezależnie od okoliczności, że tego rodzaju podstawa odmowy wykonania nakazu nie została wyraźnie przewidziana w decyzji ramowej 2002/584.

Curtea de Apel Constanța zawiesił postępowanie i zwrócił się do TSUE z następującymi pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi wykładni art. 5 ust. 1 EKPC i art. 6 EKPC w związku z art. 48 i 52 karty, w związku z art. 5 ust. 3 i 4 oraz z art. 6 ust. 2 i 3 EKPC:

1) Czy regulacje te stanowią przepisy prawa pierwotnego Unii zawarte w traktatach założycielskich?

2) Czy działanie właściwego organu sądowego państwa wykonania europejskiego nakazu aresztowania polegające na pozbawieniu wolności i przymusowym przekazaniu bez zgody osoby, w stosunku do której wydany został europejski nakaz aresztowania (osoby, której dotyczy wniosek o aresztowanie i wydanie), stanowi ingerencję przez państwo wykonania nakazu w wolność osobistą osoby, której aresztowania i wydania zażądano, która to wolność jest zagwarantowana w prawie Unii na mocy art. 6 TUE i wskazanych wyżej regulacji?

3) Czy ingerencja państwa wykonania europejskiego nakazu aresztowania w prawa i gwarancje przewidziane we wskazanych wyżej przepisach, powinna spełniać warunek konieczności w społeczeństwie demokratycznym i warunek proporcjonalności względem szczególnego założonego celu?

4) Czy właściwy organ sądowy państwa wykonania europejskiego nakazu aresztowania może oddalić wniosek o przekazanie bez naruszenia zobowiązań ustanowionych w traktatach założycielskich i innych przepisach prawa Unii z uwagi na brak łącznego spełnienia wszystkich przesłanek zgodnie z powołanymi wyżej przepisami?

5) Czy właściwy organ sądowy państwa wykonania europejskiego nakazu aresztowania może oddalić wniosek o przekazanie, bez naruszenia zobowiązań ustanowionych w traktatach założycielskich i innych przepisach prawa wspólnotowego z uwagi na brak transpozycji lub niepełną czy też nieprawidłową transpozycję (w znaczeniu niezachowania warunku wzajemności) decyzji ramowej 2002/584 przez państwo wydania europejskiego nakazu aresztowania?

6) Czy wskazane wyżej przepisy, do których odwołuje się art. 6 TUE, są sprzeczne z prawem krajowym, a także czy decyzja ramowa 2002/584 została prawidłowo transponowana na mocy tych przepisów?

Stanowisko TSUE w kwestii dopuszczalności wniosku

W postępowaniu przed TSUE podniesiono, że wniosek Curtea de Apel Constanța jest niedopuszczalny, gdyż nie wyjaśniono powodów, dla których dokonanie wykładni przepisów prawa Unii i postanowień karty jest konieczne do rozstrzygnięcia sporu. Postawione pytania mają w związku z tym charakter abstrakcyjny, a żądana w nich wykładnia prawa Unii ma walor czysto teoretyczny.

Trybunał przypomniał, że – zgodnie z utrwalonym orzecznictwem – pytania dotyczące wykładni prawa Unii korzystają z domniemania, iż mają znaczenie dla sprawy. Odmowa wydania przez TSUE orzeczenia w trybie prejudycjalnym, o które wnioskował sąd odsyłający, jest możliwa tylko wtedy, gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o którą wnioskowano, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub z przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, gdy problem jest natury hipotetycznej bądź gdy TSUE nie dysponuje informacjami w zakresie stanu faktycznego lub prawnego niezbędnymi do udzielenia użytecznej odpowiedzi na pytania, które zostały mu postawione.

Trybunał ocenił, że poprzez swoje cztery pierwsze pytania oraz poprzez pytanie szóste sąd odsyłający dąży zasadniczo do ustalenia, czy jest on uprawniony do badania okoliczności, czy wydanie europejskiego nakazu aresztowania nie narusza praw podstawowych, a w konsekwencji, czy może on odmówić jego wykonania, mimo że ani decyzja ramowa 2002/584,

ani transponujące ją ustawodawstwo krajowe nie przewidują takiej podstawy odmowy wykonania nakazu. Z kolei poprzez swojej pytanie piąte – zdaniem TSUE – sąd odsyłający dąży też do ustalenia, czy odmowa taka jest możliwa, jeżeli owa decyzja ramowa nie została transponowana w państwie członkowskim wydania nakazu.

Trybunał stwierdził, że pytanie piąte jest hipotetyczne, gdyż samo wydanie spornych europejskich nakazów aresztowania świadczy o tym, że w chwili ich wydania decyzja ramowa 2002/584 została transponowana przez Republikę Federalną Niemiec. Pytanie to jest wobec tego niedopuszczalne.

W odniesieniu do pozostałych pytań TSUE zauważył, że dotyczą one w szczególności interpretacji decyzji ramowej 2002/584 oraz niektórych postanowień karty w ramach rzeczywistego sporu dotyczącego wykonania kilku europejskich nakazów aresztowania wydanych przez organy niemieckie w celu przeprowadzenia postępowania karnego przeciwko C.V. Radu.

Trybunał ocenił, że C.V. Radu zasadnie twierdzi, iż przepisy decyzji ramowej 2002/584 nie pozwalają rumuńskim organom wykonującym nakaz na sprawdzenie, czy jego prawo do rzetelnego procesu, zasada domniemania niewinności i prawo do wolności, które wywodzi on z karty i z EKPC, były przestrzegane, w sytuacji gdy sporne europejskie nakazy aresztowania zostały wydane bez wezwania go do stawiennictwa oraz bez umożliwienia mu wynajęcia adwokata czy też przedstawienia argumentów na swoją obronę. Dlatego też uznał cztery pierwsze pytania oraz pytanie szóste za dopuszczalne.

Stanowisko TSUE co do istoty sprawy

Trybunał stwierdził, że sąd odsyłający dąży zasadniczo do ustalenia, czy decyzję ramową 2002/584 w związku z art. 47 i 48 karty oraz z art. 6 EKPC należy interpretować w ten sposób, że wykonujące nakaz organy sądowe mogą sprzeciwić się wykonaniu europejskiego nakazu aresztowania wydanego w celu przeprowadzenia postępowania karnego – ze względu na to, iż przed wydaniem nakazu organy sądowe państwa jego wydania nie przesłuchały osoby, której dotyczy wniosek.

Trybunał przypomniał, że celem decyzji ramowej 2002/584 jest zastąpienie systemu wielostronnej ekstradycji między państwami członkowskimi systemem przekazywania między organami sądowymi osób skazanych bądź podejrzanych w celu wykonania wyroku lub przeprowadzenia postępowania karnego, przy czym ten drugi system jest oparty na zasadzie wzajemnego uznawania.

Zgodnie z art. 1 ust. 2 decyzji ramowej 2002/584 – jak wskazał TSUE – państwa członkowskie są co do zasady zobowiązane do wykonania europejskiego nakazu aresztowania, a odmówić wykonania takiego nakazu mogą wyłącznie w wymienionych w art. 3 tejże decyzji ramowej przypadkach obligatoryjnej odmowy oraz w przypadkach fakultatywnej odmowy wskazanych w jej art. 4 i 4a. Organ sądowy państwa wykonania nakazu może ponadto uzależnić wykonanie europejskiego nakazu aresztowania tylko od spełnienia warunków określonych w art. 5 tejże decyzji ramowej.

Zdaniem TSUE nie ulega wątpliwości, że zgodnie z art. 4a decyzji ramowej 2002/584 naruszenie prawa do obrony w trakcie procesu, który zakończył się skazaniem zaocznym, może, pod pewnymi warunkami, stanowić podstawę odmowy wykonania europejskiego nakazu aresztowania wydanego w celu wykonania kary pozbawienia wolności. Niemniej jednak przypadek, w którym europejski nakaz aresztowania został wydany w celu przeprowadzenia postępowania karnego bez przesłuchania osoby, której dotyczy wniosek, przez wydające nakaz organy sądowe, nie figuruje wśród podstaw odmowy wykonania tego nakazu przewidzianych przepisami decyzji ramowej 2002/584.

Wbrew temu, co podnosił C.V. Radu, Trybunał uznał, że zapewnienie poszanowania art. 47 i 48 karty nie wymaga, aby organ sądowy państwa członkowskiego był uprawniony do odmowy wykonania europejskiego nakazu aresztowania wydanego w celu przeprowadzenia postępowania karnego ze względu na to, że osoba, której dotyczy wniosek, nie została przesłuchana przez wydające nakaz organy sądowe przed jego wydaniem. Trybunał zauważył bowiem, że gdyby wydające nakaz organy sądowe były zobowiązane do przesłuchania osoby, której dotyczy wniosek, przed wydaniem europejskiego

nakazu aresztowania, obowiązek taki w nieunikniony sposób prowadziłby do zniweczenia systemu przekazywania ustanowionego decyzją ramową 2002/584, a tym samym zakłócałby realizację przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, jako że wydaniu takiego nakazu aresztowania musi towarzyszyć pewien element zaskoczenia, między innymi po to, by uniemożliwić zainteresowanej osobie ewentualną ucieczkę.

Trybunał podkreślił, że prawodawca Unii zapewnił poszanowanie prawa do przesłuchania w państwie członkowskim wykonania nakazu w taki sposób, by nie podważać skuteczności mechanizmu europejskiego nakazu aresztowania. Z art. 8 i 15 decyzji ramowej 2002/584 wynika mianowicie, że przed wydaniem postanowienia o przekazaniu osoby, której dotyczy wniosek, w celu przeprowadzenia postępowania karnego, wykonujący nakaz organ sądowy musi dokonać swego rodzaju kontroli europejskiego nakazu aresztowania. Artykuł 13 owej decyzji ramowej przewiduje ponadto, że jeżeli osoba, której dotyczy wniosek, wyraża zgodę na przekazanie lub ewentualnie zrzeka się prawa do skorzystania z zasady szczególności, ma ona prawo do korzystania z pomocy prawnej. Co więcej, na mocy art. 14 i 19 decyzji ramowej 2002/584 osoba, której dotyczy wniosek, która nie wyraża zgody na swoje przekazanie i wobec której wydany został europejski nakaz aresztowania w celu przeprowadzenia postępowania karnego, ma prawo do przesłuchania przez wykonujący nakaz organ sądowy na warunkach ustalonych w drodze wzajemnego porozumienia z organem sądowym wydającym nakaz.

Wobec powyższego Trybunał stanął na stanowisku, iż decyzję ramową 2002/584 należy interpretować w ten sposób, że wykonującym nakaz organom sądowym nie przysługuje możliwość odmowy wykonania europejskiego nakazu aresztowania wydanego w celu przeprowadzenia postępowania karnego ze względu na to, że przed jego wydaniem osoba, której dotyczy wniosek, nie została przesłuchana w państwie członkowskim wydania nakazu.

Anna Chmielarz-Grochal, Jarosław Sułkowski[1]

Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu

Wyrok ETPC (wielka izba) z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie X i inni przeciwko Austrii, skarga nr 19010/07 – sytuacja prawna rodziców adopcyjnych tej samej płci

Stan faktyczny

Skarżące są obywatelkami Austrii, żyją w stałym związku partnerskim i wspólnie opiekują się synem jednej z nich. Wyłączną władzę rodzicielską nad dzieckiem sprawowała jego biologiczna matka, jednak druga ze skarżących zdecydowała się na dokonanie pełnej adopcji bez wyłączenia władzy rodzicielskiej matki.

W październiku 2005 r. sąd rejonowy odmówił zatwierdzenia umowy adopcyjnej i stwierdził, że zgodnie z prawem cywilnym w przypadku adopcji dokonywanej przez jedną osobę rodzic adoptujący wstępuje w prawa rodzica biologicznego tej samej płci, co powoduje zniesienie prawnej więzi łączącej rodzica biologicznego z dzieckiem. W rozpatrywanej sprawie adopcja dokonana przez partnerkę matki oznaczałaby zerwanie więzi prawnej matki i jej syna. Takie samo rozstrzygnięcie wydał sąd II instancji, uzupełniając argumentację o stwierdzenie, że prawo austriackie nie precyzuje pojęcia „rodzice", wyraźnie jednak przewiduje, iż są to dwie osoby różnej płci. Sąd ten podkreślił także, że dziecko miało regularne kontakty z ojcem. W 2006 r. Sąd Najwyższy oddalił apelację skarżących, uznając, iż adopcja dziecka przez partnerkę jego matki była prawnie niemożliwa.

Stanowisko ETPC – naruszenie art. 14 w związku z art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka[2] (zakaz dyskryminacji w życiu prywatnym)

Trybunał potwierdził, że zgodnie z jego orzecznictwem związek między skarżącymi i synem jednej z nich dotyczył „życia rodzinnego" w rozumieniu art. 8 EKPC, czego rząd Austrii nie kwestionował.

W pierwszej kolejności Trybunał porównał sytuację prawną skarżących ze związkiem małżeńskim, w którym jeden z małżonków chciałby dokonać adopcji. W tym zakresie ETPC odwołał się do wyroku *Gas i Dubois przeciwko Francji*, w którym stwierdził, że nieporównywalna jest sytuacja małżonka adoptującego dziecko drugiego małżonka, bez zrywania więzi prawnej dziecka z jego naturalnym rodzicem, z sytuacją związków jednopłciowych. Podkreślił, że nie widzi powodu do zmiany tego poglądu, zwłaszcza że EKPC nie nakłada na państwa członkowskie zobowiązania do przyznania osobom tej samej płci prawa do małżeństwa. Argumentował, że jeśli państwo decyduje się na przyznanie związkom jednopłcio-

1 Autor jest stypendystą w ramach projektu „Kształcenie kadr na potrzeby rynku *flexicurity* i gospodarki opartej na wiedzy – oferta kierunków nauk humanistyczno-społecznych UŁ", współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego.

2 Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie i uzupełniona protokołami (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284), zwana Europejską Konwencją Praw Człowieka, dalej: konwencja lub EKPC.

wym określonego uprawnienia, to korzysta z marginesu uznania w określeniu statusu prawnego takich związków. Trybunał przypomniał, że małżeństwo łączy się z przyznaniem specjalnego statusu prawnego małżonkom i wywołuje określone konsekwencje społeczne, osobiste i prawne. W konkluzji uznał, że – także w kontekście adopcji – nie można porównywać sytuacji prawnej skarżących kobiet z pozycją prawną małżonków.

Następnie Trybunał porównał sytuację prawną skarżących z heteroseksualnym związkiem partnerskim, w którym jeden z małżonków chciałby dokonać adopcji, i uznał, że skarżące znalazły się w sytuacji prawnej podobnej do osób pozostających w takim związku. Prawo austriackie przewiduje adopcję przez drugiego partnera w takich związkach. Zgodnie z prawem cywilnym przysposobienie nie wywołuje zerwania więzi między dzieckiem a rodzicem, gdyż adoptująca kobieta wstępuje w prawa biologicznej matki, adoptujący zaś mężczyzna w prawa biologicznego ojca – bez wpływu na relacje prawne rodzica biologicznego z dzieckiem. Rozwiązanie takie nie jest możliwe dla par jednopłciowych. W sprawie skarżących adopcja dokonana przez jedną z kobiet oznaczałaby pozbawienie praw drugiej. Trybunał odrzucił przy tym argument rządu austriackiego, że odmowa adopcji nie wynikała z dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Austriackie sądy stwierdziły bowiem, że osiągnięcie efektu oczekiwanego przez skarżące nie było możliwe na gruncie przepisów prawa cywilnego. Sądy krajowe nie odniosły się do sytuacji skarżących. Sąd II instancji uzasadniał natomiast, że pojęcie „rodzice" w austriackim prawie rodzinnym oznacza dwie osoby płci przeciwnej i podkreślił znaczenie interesu dziecka w utrzymywaniu kontaktu z obojgiem rodziców różnej płci. Ponieważ sądy skoncentrowały się na ocenie dopuszczalności żądań skarżących, nie zbadały, czy adopcja ta byłaby zgodna z interesem dziecka. Skarżące stały się ofiarami sytuacji, którą zaskarżyły do Trybunału w Strasburgu.

Zdaniem ETPC Austria nie była zobowiązana na podstawie art. 8 EKPC do rozszerzenia prawa do adopcji na osoby pozostające w związku partnerskim. Jednakże, skoro prawo austriackie na taką adopcję zezwalało, należy zbadać, czy odmowa adopcji miała legitymowany cel i była proporcjonalna.

Sądy austriackie i rząd argumentowali, że austriackie prawo adopcyjne ma na celu stworzenie warunków takich jak w rodzinach biologicznych. Trybunał uznał, że ochrona rodziny (ujmowanej tradycyjnie) może uzasadniać różnicę w traktowaniu. Jednakże – zgodnie z orzecznictwem ETPC – w przypadku, gdy różnica w traktowaniu wynika z odmiennej płci lub orientacji seksualnej, rząd musi wykazać, że jest ona konieczna do osiągnięcia celu.

Rząd austriacki nie przedstawił żadnych dowodów na to, że adopcja przez partnera związku jednopłciowego będzie miała szkodliwy wpływ na dziecko, zwłaszcza że zgodnie z prawem austriackim możliwa jest adopcja przez osobę homoseksualną, jeśli tworzy ona zalegalizowany związek partnerski. Ustawodawca przyjął więc, że dziecko może rozwijać się w związkach jednopłciowych i nie jest to dla niego szkodliwe. W związku z tym uzasadnione są wątpliwości co do proporcjonalności absolutnego zakazu adopcji przez osobę pozostającą w związku jednopłciowym.

Rząd austriacki twierdził, że nie ma porozumienia między państwami europejskimi w sprawie adopcji przez partnera związku jednopłciowego i w konsekwencji państwo miało szeroki zakres swobodnego uznania w uregulowaniu tej kwestii. Jednak rozpoznawana sprawa dotyczyła różnicy w traktowaniu związków różnopłciowych i jednopłciowych w odniesieniu do tego rodzaju adopcji. Trybunał orzekł, że Austria nie przedstawiła przekonujących argumentów, by wyłączenie możliwości adopcji przez partnera związku jednopłciowego było konieczne dla ochrony rodziny w sensie tradycyjnym lub dla ochrony interesów dziecka. Stosunkiem głosów 10 do 7 ETPC uznał, że doszło do naruszenia art. 14 w związku z art. 8 EKPC.

Opracował *Jarosław Sułkowski*

Wyrok ETPC (czwarta izba) z dnia 15 stycznia 2013 r. w sprawie *Eweida i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, skargi nr 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 – wolność religii, zakaz dyskryminacji

Stan faktyczny

Skarżący, Nadia Eweida, Shirley Chaplin, Lilian Ladele i Gary

McFarlane, są obywatelami brytyjskimi, praktykującymi chrześcijanami.

Nadia Eweida została w 1999 r. zatrudniona jako członek personelu kontrolującego podróżnych w liniach lotniczych British Airways, co wiązało się z koniecznością noszenia uniformu służbowego. Przepisy wewnętrzne wymagały od kobiet zakładania koszul z wysokim kołnierzykiem oraz apaszek, a także niewidocznej biżuterii. Wszelkie rzeczy zakładane ze względów religijnych musiały być noszone pod ubiorem. Do maja 2006 r. N. Eweida nosiła mały srebrny krzyżyk na łańcuszku wokół szyi pod uniformem, po czym zadecydowała o jego wyeksponowaniu na znak wiary. We wrześniu 2006 r. została odsunięta od pracy bez wynagrodzenia – do czasu akceptacji przepisów dotyczących ubioru służbowego. W październiku 2006 r. zaproponowano jej pracę administracyjną bez konieczności noszenia uniformu, ale też bez możliwości kontaktu z podróżnymi, na co nie wyraziła zgody. Ostatecznie N. Eweida wróciła do pracy w lutym 2007 r., kiedy zmieniła się polityka przedsiębiorstwa i zezwolono na noszenie w pracy symboli religijnych.

Shirley Chaplin pracowała jako wykwalifikowana pielęgniarka na oddziale geriatrii od kwietnia 1989 r. do lipca 2010 r. W czerwcu 2007 r. w szpitalu wprowadzono obowiązek noszenia nowych uniformów z dekoltem w kształcie litery „V", co spowodowało, że przełożony S. Chaplin poprosił ją o zdjęcie z szyi łańcuszka z krucyfiksem. Pielęgniarka wystąpiła o pozwolenie na noszenie łańcuszka, ale jej wniosek został odrzucony na tej podstawie, że łańcuszek mógłby spowodować skaleczenie w przypadku pociągnięcia przez pacjentów albo w razie kontaktu z raną. W listopadzie 2009 r. S. Chaplin została przeniesiona tymczasowo na inne stanowisko pracy, które zajmowała do lipca 2010 r.

Obie skarżące wystąpiły do sądu pracy na podstawie zarzutu dyskryminacji z powodów religijnych. Zarzuty N. Eweidy zostały odrzucone – na tej podstawie, że noszenie krzyżyka w sposób widoczny nie stanowi obowiązku chrześcijańskiego, lecz pozostaje w sferze osobistego wyboru. Wniesione przez nią środki zaskarżenia również nie zostały uwzględnione. Z kolei w sprawie S. Chaplin sąd pracy zwrócił uwagę, że pozycja szpitala musi być oparta na takich podstawach jak zdrowie oraz bezpieczeństwo, a nie został przedstawiony żaden dowód na to, iż również inne osoby znalazły się w niekorzystnej sytuacji. Pani Chaplin ostatecznie nie skorzystała ze środka zaskarżenia.

Kolejni skarżący, Lilian Ladele i Gary McFarlane, są także chrześcijanami. Ich zdaniem relacje homoseksualne są sprzeczne z prawem boskim, a legalizacja homoseksualizmu jest niezgodna z ich przekonaniami.

Lilian Ladele była zatrudniona jako sekretarz gminy London Borough of Islington od 1992 r. do 2009 r. Po wejściu w życie przepisów ustawy o związkach partnerskich w grudniu 2005 r. została wyznaczona do udzielania ślubów cywilnych parom homoseksualnym. Odmówiła przyjęcia tego obowiązku. W efekcie w maju 2007 r. wszczęto przeciwko niej postępowanie dyscyplinarne, jako iż odmowa przeprowadzania tych ceremonii stanowiła naruszenie polityki równości i różnorodności realizowanej przez Radę Gminy Islington.

Gary McFarlane od maja 2003 r. do marca 2008 r. pracował na stanowisku doradcy organizacji „Relate", prowadzącej poufne terapie seksualne oraz poradnictwo dla związków. W 2007 r. rozpoczął studia podyplomowe w dziedzinie psychoterapii seksualnej, dotyczącej w szczególności zaburzeń seksualnych i mającej na celu poprawę aktywności seksualnej partnerów. Przełożeni oraz współpracownicy G. McFarlane'a wyrażali obawę zaistnienia konfliktu między jego przekonaniami religijnymi a pracą z parami tej samej płci. W styczniu 2008 r. wszczęto przeciwko niemu postępowanie dyscyplinarne, a w marcu tego samego roku został zwolniony z powodu poważnego wykroczenia – na tej podstawie, że zobowiązał się do przestrzegania polityki równych szans oraz do udzielania poradnictwa parom tej samej płci, choć nie miał zamiaru czynienia tego. Jego odwołanie zostało odrzucone.

Lilian Ladele i Gary McFarlane odwołali się do sądu pracy, stawiając zarzut dyskryminacji ze względów religijnych. Z niekorzystnych dla nich orzeczeń sądowych wynikało jednak, że pracodawcy mieli prawo nie tylko wymagać wykonania obowiązków, ale także zabronić wyrażania poglądów

sprzecznych z przyjętymi zasadami, zwłaszcza gdy są to zasady, których przestrzegania wymagają przepisy prawa. Wniesione przez nich w 2010 r. środki zaskarżenia zostały odrzucone.

Stanowisko ETPC – wolność religii (art. 9 EKPC) i zakaz dyskryminacji (art. 14 EKPC)

Trybunał podkreślił znaczenie wolności religii jako podstawowej części tożsamości osób wierzących oraz jednej z podstaw pluralistycznych demokratycznych społeczeństw. Wolność religii zgodnie z art. 9 EKPC obejmuje wolność manifestowania przekonań religijnych, również w miejscu pracy. Jednak, gdy postępowanie według zasad religijnych wpływa na prawa innych osób, mogą być realizowane pewne ograniczenia. W pierwszej kolejności to władze poszczególnych państw powinny zadecydować o konieczności wprowadzenia ograniczeń. Zadaniem ETPC jest weryfikacja, czy środki podjęte na poziomie krajowym są uzasadnione i czy zachodzi odpowiednia równowaga między poszczególnymi prawami i interesami konkurencyjnymi.

W przypadku N. Eweidy oraz S. Chaplin Trybunał uznał, że doszło do naruszenia praw obu kobiet do manifestowania ich religii, przez to, że nie mogły nosić w pracy w sposób widoczny łańcuszka z krzyżykiem.

Ponieważ N. Eweida pracowała dla prywatnej firmy i w tej sytuacji trudno przypisać wprowadzone restrykcje bezpośrednio państwu, ETPC musiał zbadać, czy jej prawo do swobodnego manifestowania religii było dostatecznie chronione w krajowym porządku prawnym. Wielka Brytania, podobnie jak większość państw członkowskich, nie wprowadziła przepisów regulujących szczegółowo noszenie odzieży i symboli religijnych w miejscu pracy. Jak wskazał ETPC, zasadność wprowadzenia jednolitego ubioru i proporcjonalność zastosowanych środków zostały szczegółowo rozpatrzone przez sądy krajowe. Dlatego brak w prawie brytyjskim wyraźnej ochrony w tej dziedzinie nie oznacza sam w sobie, że prawo N. Eweidy do manifestowania własnej religii zostało naruszone. Trybunał stwierdził, że w tym przypadku nie została naruszona równowaga między pragnieniem manifestowania wiary oraz komunikowania jej innym ludziom a interesem pracodawcy w utrzymaniu określonego wizerunku firmy, bez względu na uzasadnienie celu wprowadzenia ograniczeń. Jednocześnie ETPC zauważył, iż wcześniej inni pracownicy British Airways mieli prawo noszenia części ubioru religijnego, jak turbany i hidżaby, bez negatywnego wpływu na wizerunek linii lotniczych. Wprowadzenie jednolitego uniformu wraz z zakazem noszenia widocznej biżuterii z symbolami religijnymi potwierdza, że wcześniejszy zakaz nie miał decydującego znaczenia. Zdaniem ETPC władze krajowe niewystarczająco chroniły prawo N. Eweidy do manifestowania jej religii i w związku z tym doszło do naruszenia art. 9 EKPC.

Z drugiej strony uzasadnienie żądania od S. Chaplin zdjęcia łańcuszka z krzyżykiem, mianowicie ochrona zdrowia i bezpieczeństwa na oddziale szpitalnym, miało w ocenie Trybunału znacznie większe znaczenie. Uznał on, że zarządzający szpitalem są lepiej przygotowani do podejmowania decyzji w zakresie bezpieczeństwa klinicznego niż sąd, zwłaszcza międzynarodowy, który nie dysponuje bezpośrednimi dowodami. Trybunał stwierdził, że wymaganie od S. Chaplin zdjęcia krzyżyka było proporcjonalne i że ingerencja w jej wolność manifestowania religii była konieczna w demokratycznym społeczeństwie. W związku z tym ETPC nie stwierdził naruszenia art. 9 EKPC.

W sprawach L. Ladele oraz G. McFarlane'a Trybunał zwrócił uwagę, że polityka pracodawców skarżących, tj. promowanie równych szans oraz wymaganie od pracowników działania niedyskryminującego innych, była uzasadniona ochroną praw innych podmiotów, np. par tej samej płci, które również chroni EKPC. W szczególności w poprzednich sprawach ETPC podkreślał, że różnice w traktowaniu ze względu na orientację seksualną wymagają poważnego uzasadnienia, a pary homoseksualne pozostają w sytuacji podobnej do par mieszanych – w odniesieniu do potrzeby prawnego uznania i ochrony ich związku. Jak podkreślił Trybunał, władze publiczne miały szeroki zakres swobody, jeśli chodzi o zapewnienie równowagi między prawem pracodawcy do zabezpieczenia praw innych i prawem skarżących do manifestowania ich religii. W ocenie ETPC właściwa równowaga została zachowana i dlatego

orzekł on, że nie doszło do naruszenia art. 14 w związku z art. 9 EKPC w odniesieniu do L. Ladele oraz art. 9 – samoistnie lub w powiązaniu z art. 14 – w przypadku G. McFarlane'a.

Opracowała *Anna Chmielarz-Grochal*

Wyrok ETPC (wielka izba) z dnia 7 lutego 2013 r. w sprawie *Fabris przeciwko Francji*, skarga nr 16574/08 – zakaz dyskryminacji w związku z ochroną własności

Stan faktyczny

Henry Fabris jest obywatelem Francji, urodzonym w 1943 r. i mieszkającym w Orleanie. W czasie jego poczęcia matka była żoną M., z którym miała dwoje dzieci. W 1970 r. małżonkowie M. podpisali umowę dziedziczenia *inter vivos* i na jej podstawie dokonali podziału majątku między dwójkę ślubnych dzieci. W 1983 r. H. Fabris został prawnie uznany za dziecko „nielegalne" (*illegitimate*) w znaczeniu „nieślubne". Po śmierci matki w 1994 r. wystąpił o zachowek, tj. część majątku równą majątkowi należnemu dzieciom matki urodzonym w związku małżeńskim. Jego roszczenia zostały uwzględnione przez sąd w 2004 r. na podstawie art. 8 EKPC (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego) oraz art. 14 EKPC (zakaz dyskryminacji). W następstwie apelacji złożonej przez przyrodnie rodzeństwo H. Fabrisa Sąd Apelacyjny w Montpellier wydał w 2006 r. wyrok, w którym orzekł, że zgodnie ze stosownymi przepisami prawa z 1972 r. darowizny między żyjącymi, dokonane przed dniem wejścia przepisów w życie, nie mogą być kwestionowane. Zdaniem sądu zasada ta miała obiektywne i racjonalne uzasadnienie – zapewnienie pokojowych stosunków rodzinnych w drodze zabezpieczenia praw nabytych. Sąd Kasacyjny w 2007 r. odrzucił skargę H. Fabrisa, stwierdzając, że zgodnie z przepisami przejściowymi ustawy z dnia 3 grudnia 2001 r. nowe prawa dziedziczenia dzieci nieślubnych (*born of adultery*) znajdują zastosowanie wyłącznie do spadków już otwartych, a jeszcze niepodzielonych przed dniem 4 grudnia 2001 r. Sąd Kasacyjny podkreślił, że w rozpatrywanej sprawie podział majątku nastąpił wraz ze śmiercią matki w 1994 r.

Stanowisko ETPC – zakaz dyskryminacji (art. 14 EKPC) w związku z prawem własności (art. 1 protokołu nr 1 do EKPC)[3]

Trybunał podkreślił, że tylko z bardzo poważnych powodów zróżnicowanie ze względu na urodzenie poza małżeństwem może być uznane za zgodne z EKPC. Różnica w traktowaniu pomiędzy wnioskodawcą a jego przyrodnim bratem i przyrodnią siostrą wynika z ustawy z 2001 r., która ograniczyła zastosowanie nowego prawa do dziedziczenia dzieci spoza małżeństwa – do spadków, które nie zostały podzielone przed 4 grudnia 2001 r. W rozpoznawanej sprawie Sąd Kasacyjny uznał, że podział nastąpił w 1994 r. Różnica w traktowaniu wynikała wyłącznie z faktu, że skarżący był dzieckiem spoza małżeństwa.

Trybunał, potwierdzając swoją rolę w zakresie określenia, czy sposób stosowania prawodawstwa krajowego jest zgodny z EKPC, zbadał, w jakim stopniu różnice w traktowaniu skarżącego służyły realizacji uzasadnionego celu. Jak zauważył ETPC, po wyroku w sprawie *Mazurek przeciwko Francji* ustawodawstwo francuskie zostało w sposób zadowalający dostosowane do wymogów zasady niedyskryminacji wynikającej z konwencji. Ponadto ochrona praw nabytych może służyć interesom pewności prawa. Rząd francuski argumentował, że ochrona przed naruszeniem praw nabytych (przyrodniego rodzeństwa skarżącego) uzasadnia ograniczenie mocy wstecznej ustawy z 2001 r. do spadków, które nie uległy podziałowi przed określoną datą. W opinii ETPC w rozpatrywanej sprawie istniał legitymowany cel uzasadniający różnicę w traktowaniu.

Następnie ETPC zbadał, czy różnica w traktowaniu była proporcjonalna do tego uzasadnionego celu. Uznał on, że przyrodnie rodzeństwo H. Fabrisa wiedziało lub powinno wiedzieć, że ich prawa mogą zostać zakwestionowane; ponadto, że ich przyrodni brat musiał aż do 1999 r. żądać udziału w majątku i wszcząć stosowne postępowania sądowe, toczące

3 Protokół nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzony w Paryżu dnia 20 marca 1952 r. (Dz.U. z 1995 r. Nr 36, poz. 175), dalej: protokół nr 1 do EKPC.

się w czasie wydania przez ETPC wyroku w sprawie *Mazurek* i ogłoszenia ustawy z 2001 r., inkorporującej zasady wyrażone w tym wyroku do prawa francuskiego. Ponadto rodzeństwo wiedziało o istnieniu H. Fabrisa, ponieważ w wyroku wydanym w 1983 r. sąd uznał go za nieślubnego syna ich matki. W konsekwencji Trybunał uznał, że uzasadniony cel ochrony praw spadkowych przyrodniego rodzeństwa skarżącego nie był wystarczająco istotny, by zastąpić roszczenia skarżącego do udziału w majątku jego matki.

Trybunał zauważył również, że nawet w ocenie władz krajowych oczekiwania spadkobierców, którzy byli beneficjentami podziału *inter vivos*, nie były chronione we wszystkich okolicznościach, ponieważ zgodnie z prawem francuskim żądania zgłoszone przez dziecko małżeńskie (*legitimate child*) urodzone po podziale *inter vivos* lub wyłączone z podziału nie mogą być uznane za niedopuszczalne. Trybunał zakwestionował decyzję sądu krajowego o różnym stosowaniu zasady ochrony pewności prawa – w zależności od tego, czy z żądaniem wystąpiło dziecko małżeńskie czy dziecko nieślubne. Ponadto ETPC zauważył, że Sąd Kasacyjny nie odniósł się do podstawy zaskarżenia, dotyczącej naruszenia zasady niedyskryminacji.

W konsekwencji ETPC stwierdził, że nie zachodzi stosunek proporcjonalności między zastosowanymi środkami a uzasadnionym celem. Nie było zatem obiektywnego i rozsądnego uzasadnienia dla odmiennego traktowania skarżącego, co pozwoliło stwierdzić naruszenie art. 14 EKPC w związku z art. 1 protokołu nr 1 do EKPC.

Opracowała *Anna Chmielarz-Grochal*

Wyrok ETPC (trzecia izba) z dnia 20 listopada 2012 r. w sprawie *Harabin przeciwko Słowacji*, skarga nr 58688/11 – prawo do sprawiedliwego procesu

Stan faktyczny

Skarżący, obywatel Słowacji, od czerwca 2009 r. pełnił funkcję prezesa słowackiego Sądu Najwyższego. W lipcu i sierpniu 2010 r. skarżący uniemożliwił grupie audytorów Ministerstwa Finansów przeprowadzenie audytu w Sądzie Najwyższym. Jednocześnie poinformował Ministra Finansów, że jego resort nie ma uprawnień do prowadzenia audytu oraz że jedynym organem uprawnionym do przeprowadzenia tej czynności jest Najwyższy Urząd Kontroli. W konsekwencji w listopadzie 2010 r. Minister Sprawiedliwości wszczął przeciwko skarżącemu postępowanie dyscyplinarne przed słowackim Sądem Konstytucyjnym. W postępowaniu Minister Sprawiedliwości zakwestionował bezstronność trzech sędziów konstytucyjnych z uwagi na łączącą ich ze skarżącym wieloletnią znajomość. Skarżący z kolei podważył bezstronność czterech innych sędziów. Zarzuty te zostały uznane za tendencyjne, a Sąd Konstytucyjny odmówił wyłączenia któregokolwiek z sędziów z udziału w postępowaniu. W czerwcu 2011 r. Sąd Konstytucyjny uznał skarżącego winnym popełnienia przewinień dyscyplinarnych – polegających na uniemożliwieniu przeprowadzenia audytu – i wymierzył mu karę dyscyplinarną 70% obniżenia wysokości uposażenia.

Stanowisko ETPC – naruszenie art. 6 EKPC (prawo do sprawiedliwego procesu)

Trybunał podkreślił, że nie było jego zadaniem zbadanie, czy skarżący zasadnie postąpił nie pozwalając audytorom Ministerstwa Finansów na przeprowadzenie audytu. Rolą ETPC było natomiast ustalenie, czy prawa skarżącego wynikające z EKPC były przestrzegane w postępowaniu przed słowackim Sądem Konstytucyjnym. Trybunał zauważył jednocześnie, że dochowanie tych praw było szczególnie istotne w postępowaniu wszczętym przez rząd wobec Prezesa Sądu Najwyższego ze względu na zaufanie społeczeństwa do funkcjonowania sądownictwa na poziomie krajowym. Zgodnie z prawem słowackim postępowanie dyscyplinarne wobec Prezesa Sądu Najwyższego może być podjęte większością głosów pełnego składu Sądu Konstytucyjnego. W sytuacji, gdy strony zarzuciły stronniczość siedmiu z trzynastu sędziów, Sąd Konstytucyjny musiał dokonać wyważenia dwóch interesów – ustosunkowania się do wniosków o wykluczenie sędziów oraz konieczności utrzymania zdolności sądu do zbadania sprawy dyscyplinarnej skarżącego.

Zdaniem Trybunału, dokonując wyważenia powyższych intere-

sów, słowacki Sąd Konstytucyjny naruszył standardy wynikające z art. 6 EKPC. Po pierwsze, dwóch sędziów wskazanych przez skarżącego i dwóch sędziów zakwestionowanych przez Ministra Sprawiedliwości zostało w przeszłości wyłączonych z udziału w innych postępowaniach z udziałem skarżącego. Wziąwszy pod uwagę te wątpliwości, Sąd Konstytucyjny powinien był przedstawić przekonujące argumenty, dla których nie uznał racji przemawiających za wyłączeniem sędziów w postępowaniu dyscyplinarnym. Po drugie, Sąd Konstytucyjny nie zajął stanowiska względem innych żądań dotyczących wyłączenia sędziów. Dopiero po analizie tych argumentów i ocenie ich zasadności należało przejść do drugiej kwestii, tj. konieczności utrzymania zdolności Sądu Konstytucyjnego do dalszego procedowania. W konsekwencji prawo skarżącego do wysłuchania przez bezstronny sąd nie zostało zagwarantowane i tym samym doszło do naruszenia art. 6 § 1 EKPC.

Opracował *Jarosław Sułkowski*

Wojciech Piątek (red.), Jan Olszanowski, Marcin Pawlicki

Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne

Uchwała NSA z dnia 19 listopada 2012 r., II FPS 4/12

Koszty postępowania sądowoadministracyjnego

Art. 204 i art. 205 § 2–4 w związku z art. 207 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi[1] wraz z właściwymi przepisami odrębnymi, do których odsyła art. 205 § 2 i 3 tej ustawy, stanowią podstawę do zasądzenia zwrotu kosztów za wniesienie sporządzonej przez profesjonalnego pełnomocnika odpowiedzi na skargę kasacyjną.

Stan faktyczny

Omawiane orzeczenie zapadło na skutek wniosku Prezesa NSA o podjęcie uchwały wyjaśniającej zagadnienie dotyczące tego, czy przepisy art. 204 i art. 205 § 2–4 w zw. z art. 207 § 1 p.p.s.a. wraz z właściwymi przepisami odrębnymi[2] stanowią podstawę do zasądzenia zwrotu kosztów w postaci wynagrodzenia profesjonalnego pełnomocnika za wniesienie sporządzonej przezeń odpowiedzi na skargę kasacyjną. Wnioskodawca wskazał na rozbieżności w stosowaniu przywołanych przepisów. Wedle pierwszego z poglądów odpowiedź na postawione we wniosku pytanie jest twierdząca. Z drugiej strony w orzecznictwie NSA wyrażone zostało również stanowisko, że brak podstaw prawnych do zaliczenia do niezbędnych kosztów postępowania kasacyjnego – wynagrodzenia z tytułu wniesienia sporządzonej przez profesjonalnego pełnomocnika odpowiedzi na skargę kasacyjną. Przepisy odrębne określają wysokość wynagrodzenia za konkretne czynności profesjonalnych pełnomocników uczestniczących w postępowaniu NSA, jednakże za sporządzenie odpowiedzi na skargę kasacyjną takie wynagrodzenie nie jest przewidziane.

Stanowisko NSA

NSA wskazał w pierwszej kolejności, że art. 199 p.p.s.a. ustanawia zasadę ogólną, zgodnie z którą koszty postępowania związane ze swym udziałem w sprawie ponoszą strony. Artykuły 204 i 205 p.p.s.a. ustanawiają zasadę finansowej odpowiedzialności za wynik postępowania (zasadę rezultatu). Polega ona na nałożeniu na stronę „przegrywającą" sprawę – bez względu na to, czy jest nią skarżący, czy organ – obowiązku zwrotu kosztów postępowania stronie przeciwnej, czyli „wygrywającej". Zdaniem NSA kosztem niezbędnym powstałym w toku postępowania kasacyjnego jest – zgodnie z art. 205 § 2 p.p.s.a. – m.in. wynagrodzenie pełnomocnika reprezentującego stronę przed sadem, jednak nie wyższe niż stawki określone w odrębnych przepisach. Analizowany

1 Tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. poz. 270 z późn. zm. (dalej: p.p.s.a.).

2 Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 1348 z późn. zm.); rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 1349 z późn. zm.); rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 31 stycznia 2011 r. w sprawie wynagrodzenia za czynności doradcy podatkowego w postępowaniu przed sądami administracyjnymi oraz szczegółowych zasad ponoszenia kosztów pomocy prawnej udzielonej przez doradcę podatkowego z urzędu (Dz.U. Nr 31, poz.153); rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 grudnia 2003 r. w sprawie opłat za czynności rzeczników patentowych (Dz.U. Nr 212, poz. 2076 z późn. zm.).

przepis nie wymienia, jakie czynności wykonywane przez pełnomocnika stanowią podstawę jego wynagrodzenia.

W postępowaniu kasacyjnym jedną z czynności, jakiej powinien dokonać profesjonalny pełnomocnik strony, która nie wniosła skargi kasacyjnej, jest czynność sporządzenia i wniesienia odpowiedzi na skargę kasacyjną, stanowiąca swoistą przeciwwagę dla wniesionej skargi kasacyjnej. Nie ma w związku z tym żadnych uzasadnionych powodów, aby wynagrodzenia za dokonanie czynności sporządzenia odpowiedzi na skargę kasacyjną nie uznać za niezbędny koszt postępowania kasacyjnego. Stanowiska przeciwnego nie może uzasadniać okoliczność, że odpowiedź na skargę kasacyjną nie jest obligatoryjna. Obligatoryjny nie jest również udział profesjonalnego pełnomocnika strony na rozprawie przed NSA, a tego faktu w kontekście niezbędności kosztów postępowania kasacyjnego nikt nie kwestionuje. NSA wskazał, że argumentem przeciwnym nie może być również twierdzenie, że odpowiedź na skargę kasacyjną nie wszczyna żadnego postępowania. Regulacja przewidziana w art. 204 p.p.s.a. nie wiąże skutku ponoszenia niezbędnych kosztów postępowania z tym, czy określona czynność wszczyna postępowanie, czy też nie. Jej istota sprowadza się do tego, że koszty postępowania kasacyjnego powinna ponieść strona, która bezpodstawnie wszczęła to postępowanie.

Przepisy odrębne, do których odsyła art. 205 § 2 i 3 p.p.s.a. nie wymieniają stawek za sporządzenie tego rodzaju czynności. Jednocześnie rolą przedmiotowych przepisów jest wyczerpujące określenie wysokości opłat (stawek) za poszczególne czynności, a nie wyczerpujące określenie tych czynności. Przedmiotem regulacji poszczególnych rozporządzeń wykonawczych jest wprowadzenie limitów co do wysokości opłat za czynność, a nie limitów co do rodzaju spraw i czynności, za które przysługują opłaty. Wysokość stawek minimalnych w sprawach nieokreślonych w rozporządzeniu ustala się, przyjmując za podstawę stawkę w sprawach o najbardziej zbliżonym rodzaju. Zwrot normatywny „w sprawach nieokreślonych" należy odnosić do przedmiotu regulacji rozporządzenia, a więc konkretnej sprawy lub czynności regulowanej rozporządzeniem.

Brak stosownej regulacji ogólnej w rozporządzeniu w sprawie wynagrodzenia za czynności profesjonalnego pełnomocnika nie oznacza, że pełnomocnikowi temu nie należy się opłata za czynność niewyszczególnioną w rozporządzeniu, a która to czynność wiąże się z niezbędnym kosztem postępowania. Tego rodzaju lukę *extra legem* należy – zdaniem NSA – wypełnić w drodze wnioskowania przez analogię i przyjąć, że za taką czynność przysługuje opłata według stawki za czynność o najbardziej zbliżonym rodzaju.

W związku z tym, skoro za czynność sporządzenia i wniesienia odpowiedzi na skargę kasacyjną należy się profesjonalnemu pełnomocnikowi wynagrodzenie, stanowiące niezbędny koszt postępowania kasacyjnego, to wysokość stawki minimalnej (opłaty) za taką czynność ustala się, przyjmując za podstawę stawkę jak za czynność o najbardziej zbliżonym rodzaju.

Zdaniem NSA czynność w postaci wniesienia odpowiedzi na skargę kasacyjną charakterem najbardziej zbliżona jest do czynności sporządzenia i wniesienia skargi kasacyjnej. Podobnie jak skarga kasacyjna zawiera argumentację odnośnie do podstaw kasacyjnych i ich uzasadnienia, a jej celem jest uzyskanie dla strony korzystnego rozstrzygnięcia sądu drugiej instancji.

Znaczenie rozstrzygnięcia

Przedstawiona uchwała zasługuje na aprobatę w całości. Pomimo tego, że przepisy odrębne nie ustalają wysokości wynagrodzenia pełnomocników za wniesienie sporządzonej odpowiedzi na skargę kasacyjną, nie można zasadnie twierdzić, by za tego rodzaju czynność nie przysługiwało wynagrodzenie. Brak stosownych regulacji należy wypełnić w drodze analogii i przyjąć, że za tego rodzaju czynność pełnomocnikowi strony przysługuje opłata według stawki przewidzianej za sporządzenie i wniesienie skargi kasacyjnej. Przepisy wykonawcze nie regulują bowiem wyczerpująco czynności, za które należy się wynagrodzenie, a jedynie określają wysokość tego wynagrodzenia. Należy jednocześnie zaznaczyć, że warunkiem możliwości przyznania wynagrodzenia za sporządzenie odpowiedzi na skargę kasacyjną jest zachowanie określonego w art. 179 p.p.s.a. terminu, w którym dopuszczalne jest złożenie tego rodzaju wypowiedzi procesowej.

Opracował *Jan Olszanowski*

Uchwała składu siedmiu sędziów NSA z dnia 11 grudnia 2012 r., I OPS 6/12

Ulgi w opłatach za przedszkole dla rodzin wielodzietnych

Uchwała rady gminy w przedmiocie opłat za korzystanie z przedszkoli publicznych przewidująca ulgi w opłatach za pobyt w tym przedszkolu dla drugiego oraz kolejnych dzieci z jednej rodziny nie stanowi naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 14 ust. 5 pkt 1 ustawy o systemie oświaty[3]

Stan faktyczny

O podjęcie przez NSA uchwały wyjaśniającej pojawiające się rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych, dotyczące zgodności z prawem uchwał rad gmin przewidujących ulgi w opłatach za pobyt w przedszkolu publicznym dla drugiego oraz kolejnych dzieci z jednej rodziny, wniósł Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO). W uzasadnieniu swego wniosku wskazał on, że w orzecznictwie sądów administracyjnych powstały rozbieżności dotyczące zagadnienia, czy ustanawianie w uchwałach rad gmin ulg w opłatach za pobyt w przedszkolu publicznym drugiego lub kolejnych dzieci z tej samej rodziny stanowi przekroczenie upoważnienia ustawowego zawartego w art. 6 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 14 ust. 5 pkt 1 ustawy o systemie oświaty. Wnioskodawca wskazał, że zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 2 tej ustawy przedszkole publiczne zapewnia bezpłatne nauczanie, wychowanie i opiekę w czasie ustalonym przez organ prowadzący, nie krótszy jednak niż 5 godzin dziennie. Natomiast za świadczenia przekraczające ten wymiar czasu opłaty ustala organ prowadzący – w oparciu o art. 14 ust. 5 pkt 1 ustawy o systemie oświaty. RPO wskazał, że w orzecznictwie sądów administracyjnych utrwalił się pogląd, że opłaty za przedszkole nie stanowią daniny publicznej, lecz zapłatę za świadczenie oferowane przez podmiot prawa publicznego. Mamy bowiem do czynienia z ekwiwalentnością świadczeń. Wobec tego, kierując się unormowanym konstytucyjnie dobrem rodziny, niektóre rady gminy przewidziały w swoich uchwałach ulgi w opłatach za przedszkole dla rodzin wielodzietnych. Uchwały te były kwestionowane przez organy nadzoru (wojewodów) ze względu na naruszenie zasady ekwiwalentności świadczeń oraz naruszenie konstytucyjnej gwarancji równości obywateli.

RPO zwrócił ponadto uwagę, że w orzecznictwie wojewódzkich sądów administracyjnych wykształciły się w tej kwestii dwa odmienne stanowiska. W pierwszym z nich sądy te uznały, iż uchwała przewidująca niższą stawkę za pobyt drugiego i kolejnych dzieci w przedszkolu publicznym prowadzi do zróżnicowania sytuacji prawnej obywateli i narusza konstytucyjną zasadę równości, ponieważ wnoszona opłata nie będzie taka sama za każde uczęszczające do przedszkola dziecko. Podzielające ten pogląd sądy uzasadniały go także w ten sposób, iż ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw możliwe są jedynie ze względu na ochronę innych konstytucyjnych wartości, gdy nie naruszają istoty ograniczanych wolności i praw, a także są proporcjonalne. Przyznanie ulgi rodzinom, w których wychowuje się więcej niż jedno dziecko w wieku przedszkolnym, niezależnie od dochodu na członka rodziny, narusza zasadę proporcjonalności. Według drugiego stanowiska wprowadzenie ulg w opłacie za przedszkole, w sytuacji gdy do placówki uczęszcza więcej niż jedno dziecko w rodzinie, nie stanowi naruszenia prawa. Zdaniem sądów podzielających ten pogląd zastosowane kryterium różnicowania sytuacji prawnej obywateli (liczba dzieci w rodzinie) pozostaje w związku z innymi wartościami i normami konstytucyjnymi. Celem wprowadzenia ulg jest bowiem objęcie edukacją przedszkolną jak największej liczby dzieci oraz wsparcie zamieszkujących na terenie gminy rodzin wielodzietnych. Do tego stanowiska przychylił się także RPO.

Stanowisko NSA

Podejmując uchwałę, NSA uznał, że wniosek RPO jest w pełni zasadny z uwagi na rozbieżności występujące w tej kwestii w orzecznictwie sądów administracyjnych. Powołując się na uzasadnienie swego wyroku z dnia 26 lipca 2012 r.[4],

3 Ustawa z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (Dz.U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2572 z późn. zm.).

4 Wyrok NSA z dnia 26 lipca 2012 r., I OSK 997/12, Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych.

NSA wskazał, że konstytucyjna zasada równości nie ma charakteru bezwzględnego i nie może być traktowana jako zasada absolutna. Jej granice wyznaczają bowiem inne zasady konstytucyjne. Zdaniem NSA o naruszeniu zasady równości można mówić dopiero wtedy, gdy w tożsamej sytuacji faktycznej różnicuje się prawa jednostki bez uzasadnienia opartego na innych zasadach konstytucyjnych.

Sąd wyjaśnił, że kategorią podmiotów miarodajną do oceny, czy doszło do naruszenia zasady równości, nie są wszyscy mieszkańcy gminy, lecz jedynie rodzice lub opiekunowie prawni dzieci, które korzystają z prowadzonych przez gminę przedszkoli. Twierdzenie zaś, że opłaty ponoszone przez rodzinę, w której jedno dziecko korzysta ze świadczeń przedszkolnych, są dla niej bardziej dotkliwe (a więc dyskryminujące), niż w przypadku rodzin, w których z przedszkola korzysta więcej niż jedno dziecko, jest całkowicie nieuzasadnione. Odwołując się do wykładni systemowej, NSA wskazał, że celem ustawy o systemie oświaty jest zapewnienie kształcenia, wychowania i opieki jak największej liczbie dzieci, poprzez wprowadzenie bezpłatnego nauczania i wychowania w zakresie podstawy programowej wychowania przedszkolnego, jako obowiązkowego zadania własnego gminy.

W oparciu o normy konstytucyjne, wywiedzione z art. 18 i art. 71 ust. 1 Konstytucji RP, NSA podkreślił, że rodziny znajdujące się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej, zwłaszcza wielodzietne i niepełne, mają prawo do szczególnej pomocy ze strony podmiotów publicznych. Przy tym brak jest wymogu, aby pomoc ta przysługiwała rodzinom wielodzietnym jedynie wtedy, gdy znajdują się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej. Zdaniem NSA sytuacja rodzin wielodzietnych, bez względu na warunki bytowe, w jakich się znajdują, zawsze jest trudniejsza od sytuacji rodzin, w których wychowuje się jedno dziecko, chociażby ze względu na zwielokrotnienie ilości zadań, obowiązków i funkcji, jakie muszą wykonywać rodzice kilkorga dzieci. Wobec tego przyznanie rodzinom wielodzietnym preferencji w zakresie opłat za świadczenia przedszkolne nie jest nieuzasadnionym przywilejem, lecz realizacją konstytucyjnych zasad, zgodnie z którymi państwo otacza ochroną i opieką rodzinę, macierzyństwo i rodzicielstwo, a zwłaszcza rodziny wielodzietne.

Odnosząc się do sygnalizowanego naruszenia zasady ekwiwalentności, NSA zgodził się z RPO, iż przedszkola publiczne nie mogą być traktowane jak przedsiębiorstwa komercyjne. Gminy mają prawo realizować zadanie własne, jakim jest świadczenie usług przedszkolnych, także w wymiarze przekraczającym ustawowy wymiar 5 godzin, a nadto ustalać opłaty za pozostały czas pobytu dziecka w przedszkolu w określonej przez siebie wysokości. Organy samorządu powinny mieć bowiem przy realizacji swoich zadań znaczny stopień swobody we wprowadzaniu regulacji najlepiej odpowiadających lokalnym stosunkom społecznym, z uwzględnieniem gminnej polityki prorodzinnej. Granice tej swobody wyznaczają jedynie powszechnie obowiązujące przepisy prawa i normy konstytucyjne, które zdaniem NSA w tym przypadku nie zostały naruszone.

Znaczenie rozstrzygnięcia

Przedstawiona jedynie w skrócie uchwała NSA ma niezwykle praktyczny wymiar. Nie dość bowiem, że rozstrzyga istniejące dotychczas w orzecznictwie sądów administracyjnych rozbieżności, to jeszcze daje gminom narzędzie w postaci możliwości swobodnego ustalania ulg za pobyt w przedszkolu drugiego i kolejnego dziecka z tej samej rodziny. Gminy będą więc mogły za pomocą uchwał, których zgodność z prawem stwierdził NSA, kształtować lokalną politykę prorodzinną, szczególnie tam, gdzie przemawiają za tym warunki lokalne.

Dla osiągnięcia tego celu NSA dokonał systemowej wykładni przepisów ustawowych, jak i rozstrzygnięcia występującej pozornie kolizji zasad konstytucyjnych. Efektem takiego procesu wykładni stało się stanowisko, iż przyznanie rodzinom wielodzietnym preferencji w zakresie opłat za świadczenia przedszkolne nie jest nieuzasadnionym przywilejem, lecz realizacją zasad konstytucyjnych, takich jak ochrona i opieka rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa, a szczególnie rodzin wielodzietnych.

Można zatem ostrożnie oczekiwać, że orzecznictwo NSA będzie zmierzać do pozostawienia gminom większej swobody w kształtowaniu wysokości opłat za świadczone przez nie dodatkowe usługi edukacyjne.

Opracował *Marcin Pawlicki*

Jerzy Pisuliński (red.), Michał Kućka

Przegląd orzecznictwa – prawo prywatne

Wyrok SN z dnia 11 maja 2012 r., II CSK 548/11, OSNC z 2013 r., nr 2, poz. 19

Subsydiarność ochrony pauliańskiej wierzytelności wekslowych

Jeżeli wierzytelność wynikająca ze stosunku podstawowego wobec zobowiązania wekslowego podlega zabezpieczeniu rzeczowemu, potrzeba ochrony wynikającej z przepisów o skardze pauliańskiej (art. 527–534 k.c.) jest zbędna zarówno w odniesieniu do tej wierzytelności, jak i wierzytelności wekslowej.

Komentowany wyrok SN dotyczy ochrony pauliańskiej wierzytelności wekslowej. Zagadnienie to dotąd było pomijane w literaturze i orzecznictwie. Wyrok SN ma więc podstawowe znaczenie dla określenia granic ochrony wierzytelności wekslowej. Niemniej jednak, co istotne w odniesieniu do wszelkich orzeczeń SN, przywołana powyżej teza nie może być odczytana bez kontekstu, w którym została osadzona, a szczególnie bez stanu faktycznego ustalonego w sprawie stanowiącej przyczynek dla postępowania kasacyjnego.

W uproszczeniu stan faktyczny sprawy przedstawia się następująco. Prawomocnym nakazem zapłaty z dnia 18 lipca 2008 r. wydanym w postępowaniu nakazowym sąd zasądził od dłużnika na rzecz wierzyciela określoną kwotę. Podstawę wydania nakazu zapłaty stanowił weksel własny, który został podpisany przez dłużnika jako poręczyciela. Wręczenie wierzycielowi weksla *in blanco* nastąpiło w związku z zawarciem umowy ramowej w sprawie sprzedaży paliw z 15 stycznia 2002 r. Zgodnie z deklaracją z 22 marca 2002 r. weksel miał zabezpieczać wierzytelności z tytułu sprzedaży paliw i mógł być wypełniony na kwotę zaległości płatniczych przysługujących dostawcy paliw. Z uwagi na umowę darowizny dokonaną 9 czerwca 2008 r. przez dłużnika na rzecz osoby trzeciej wierzyciel wniósł przeciwko obdarowanemu powództwo pauliańskie o uznanie umowy darowizny za bezskuteczną w stosunku do siebie. Będące przedmiotem darowizny, a stanowiące jedyny wartościowy składnik majątku dłużnika, prawo użytkowania wieczystego było obciążone hipoteką kaucyjną do kwoty 900 000 zł. Hipoteka ta została ustanowiona na rzecz wierzyciela w celu zabezpieczenia spłaty wierzytelności istniejących lub mogących powstać w przyszłości, wynikających z zawartej umowy sprzedaży paliw płynnych z 25 kwietnia 2007 r. Sąd pierwszej instancji uznał określoną w pozwie umowę za bezskuteczną względem powoda „do wysokości jego niezaspokojonej wierzytelności wobec dłużnika, stwierdzonej nakazem zapłaty”[1]. Sąd ten uznał przy tym, że wierzytelność z umowy z 25 kwietnia 2007 r. nie była zabezpieczona wekslem. Sąd drugiej instancji oddalił apelację pozwanej i odwołując się do abstrakcyjnego charakteru zobowiązania wekslo-

1 Takie sformułowanie pada w części sprawozdawczej uzasadnienia wyroku SN. Należy zwrócić jednak uwagę, że umowa darowizny mogłaby zostać uznana za bezskuteczną tylko w całości (a nie w części, do określonej wartości odpowiadającej chronionej wierzytelności). Traktuję więc zacytowane sformułowanie wyłącznie jako niefortunny skrót myślowy. Por. jednak K. Haładyj, komentarz do art. 527 k.c., nb. 14, (w:) K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2010 (wydanie elektroniczne).

wego, stwierdził, że zabezpieczenie hipoteką wierzytelności ze stosunku podstawowego nie ma znaczenia dla przyznania wierzycielowi wekslowemu ochrony pauliańskiej.

Mając na względzie ustalony stan faktyczny, SN podkreślił, że wynikająca z przepisów o skardze pauliańskiej ochrona wierzytelności przed czynnościami prawnymi dokonanymi przez dłużnika z pokrzywdzeniem wierzyciela łączy się ściśle z zasadą odpowiedzialności osobistej dłużnika względem wierzyciela, przejawiającą się w możliwości zaspokojenia się wierzyciela, który nie otrzymał świadczenia należnego od dłużnika, z całego majątku dłużnika. Skarga pauliańska rozszerza uprawnienie wierzyciela do przymusowego zaspokojenia wierzytelności z majątku dłużnika o możliwość prowadzenia egzekucji z określonych przedmiotów przeciwko osobie trzeciej. Jak zaznacza SN, potrzeba tak ujętej ochrony nie występuje w odniesieniu do wierzytelności zabezpieczonej rzeczowo (wierzyciel hipoteczny może zaspokoić się z przedmiotu hipoteki niezależnie od tego, w skład czyjego majątku wchodzi przedmiot obciążony hipoteką). Oznacza to, zdaniem SN, że zbycie przez dłużnika przedmiotu obciążonego hipoteką nie pociąga za sobą co do zasady pokrzywdzenia wierzyciela (hipotecznego), a inaczej może być tylko wtedy, gdy hipoteka nie zabezpiecza wierzytelności w całym zakresie (wówczas istnienie zabezpieczenia rzeczowego wierzytelności nie wyłącza uwzględnienia skargi pauliańskiej). Sąd Najwyższy przypomniał, że z wierzytelnością wekslową współistnieje wierzytelność wynikająca ze stosunku leżącego u podstaw wystawienia weksla. Co istotne, jeżeliby stosunek leżący u podstaw wystawienia weksla kształtowała nie tylko umowa z 15 stycznia 2002 r., ale również umowa z 25 kwietnia 2007 r., to potrzeba ochrony pauliańskiej byłaby zbędna zarówno w odniesieniu do tej wierzytelności, jak i wierzytelności wekslowej. Wynika to, w ocenie SN, z charakteru relacji między tymi wierzytelnościami. Zaspokojenie jednej z nich powoduje wygaśnięcie drugiej, w szczególności gdy weksel – tak jak w stanie faktycznym – nie był przedmiotem obrotu (wierzyciel nie może bowiem na podstawie weksla uzyskać więcej praw niż przysługuje mu w ramach stosunku podstawowego[2]). Z uwagi na potrzebę zbadania, czy umowa z 25 kwietnia 2007 r. kształtowała stosunek podstawowy wobec stosunku wekslowego i czy w związku z tym hipoteka na darowanym pozwanej przedmiocie zabezpieczała też wierzytelność wynikającą z tego stosunku, SN uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę sądowi drugiej instancji do ponownego rozpoznania.

Przedstawiona argumentacja, jak i rozstrzygnięcie SN zasługują na aprobatę. Jeżeli wierzyciel zabezpieczy hipoteką (zastawem) swoją wierzytelność, zbycie przez dłużnika przedmiotu obciążonego nie prowadzi do pokrzywdzenia wierzyciela[3], chyba że wierzytelność nie jest w pełni zabezpieczona (wtedy bowiem czynność prawna może być dokonana z pokrzywdzeniem wierzyciela[4]). Wierzyciel może zatem złożyć skargę pauliańską przykładowo wtedy, gdy przysługuje mu więcej niż jedna wierzytelność względem dłużnika, a tylko jedna z nich lub niektóre są zabezpieczone hipoteką. W takiej sytuacji wierzytelność niezabezpieczona zasługuje na ochronę pauliańską[5].

SN prawidłowo wyjaśnił relacje pomiędzy wierzytelnością wekslową a wierzytelnością za-

2 Ta teza znajduje potwierdzenie w dotychczasowym orzecznictwie SN, zob. m.in. wyroki: z dnia 27 kwietnia 2001 r., III CKN 341/00, OSNC z 2002 r., nr 4, poz. 50 oraz z dnia 16 września 2004 r., IV CK 712/03, OSNC z 2005 r., nr 7–8, poz. 143.

3 Tak też wśród wielu M. Pyziak-Szafnicka, *Ochrona wierzyciela w razie niewypłacalności dłużnika*, Warszawa 1995, s. 93 i 221.

4 Zob. też M. Pyziak-Szafnicka, rozdz. *Ochrona wierzyciela w razie niewypłacalności dłużnika* (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2009, s. 1286.

5 Należy przyjąć, że ochrona ta przysługuje również wtedy, gdy wartość przedmiotu obciążonego hipoteką umożliwia zaspokojenie jedynie wierzytelności zabezpieczonych. Inaczej byłoby, gdyby wierzycielem wierzytelności niezabezpieczonej był kto inny, aniżeli wierzytelności zabezpieczonych. W takiej sytuacji wątpliwe jest bowiem przyjęcie, że czynność prawna (np. zbycie obciążonej rzeczy) jest dokonana z pokrzywdzeniem wierzyciela wierzytelności niezabezpieczonej (i tak nie uzyskałby zaspokojenia swojej wierzytelności w toku egzekucji). Podobnie M. Pyziak-Szafnicka, *Ochrona…*, s. 92.

bezpieczoną wekslem. Abstrakcyjność zobowiązania wekslowego nie jest żadnym dogmatem[6], szczególnie jeśli odrzuci się naukę o kauzalności w kontekście czynności zobowiązujących[7]. Na podkreślenie zasługuje skutek w postaci wygaśnięcia wierzytelności zabezpieczonej wekslem lub wierzytelności wekslowej w razie spłaty którejkolwiek z nich[8]. Nie można bowiem tracić z pola widzenia funkcjonalnego związku pomiędzy tymi wierzytelnościami, który ulega ograniczeniom dopiero w razie uczynienia weksla przedmiotem obrotu (głównie chodzi tu o zbycie w drodze indosu[9] – indosatariusz uzyska więc zaspokojenie swojej wierzytelności wekslowej nawet wtedy, gdy wierzytelność ze stosunku podstawowego wygasła[10]). Niezależność obu wierzytelności wyraża się m.in. w tym, że mogą one zostać odrębnie zabezpieczone hipoteką lub zastawem. Oznacza to, że np. indosatariusz będzie mógł zaspokoić się nie tylko z majątku osobistego dłużnika wekslowego, ale z przedmiotu obciążonego hipoteką, która zabezpiecza roszczenie wekslowe, niezależnie od tego, czy wierzytelność ze stosunku podstawowego została zabezpieczona hipoteką.

W przytoczonym powyżej stanie faktycznym wierzytelność wekslowa nie została zabezpieczona hipoteką. SN mimo to stwierdził, że wierzytelność ta nie zasługuje na ochronę w sytuacji, gdy wierzytelność ze stosunku podstawowego wobec stosunku wekslowego została zabezpieczona hipoteką[11]. Innymi słowy: interes wierzyciela w takim wypadku jest dostatecznie chroniony. Czynność prawna dłużnika mająca na celu zbycie przedmiotu obciążonego hipoteką nie zagraża bowiem zaspokojeniu wierzytelności ze stosunku podstawowego wobec stosunku wekslowego. Skoro cel gospodarczy wierzytelności hipotecznej i wekslowej jest tożsamy, to nie ma potrzeby rozszerzania ochrony wierzytelności wekslowej. Co więcej, nawet gdyby wierzytelność została zabezpieczona hipoteką na cudzej nieruchomości oraz wekslem, a dłużnik zawarł umowę darowizny jedynego składnika majątkowego, który mu pozostał, to czynność ta nie będzie dokonana z pokrzywdzeniem wierzyciela. Jego interes jest odpowiednio chroniony hipoteką, choć dłużnik w wyniku dokonanej czynności prawnej stał się obiektywnie niewypłacalny. Nie oznacza to wcale, że sytuacja wierzyciela nie ulega osłabieniu. Dochodzenie wierzytelności wekslowej może być prostsze – przykładowo z uwagi na rozkład ciężaru dowodu, dostępne instrumenty procesowe (nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym) – aniżeli dochodzenie wierzytelności ze stosunku podstawowego. To „pokrzywdzenie" wierzyciela nie oznacza jednak pokrzywdzenia, którego dotyczą art. 527–534 k.c. Dla ochrony pauliańskiej bez znaczenia jest bowiem to, czy w wyniku dokonanej przez dłużnika czynności prawnej sytuacja wierzyciela ulega pogorszeniu, o ile tylko wierzyciel może w pełni zaspokoić swoją wierzytelność.

Podsumowując, ochrona pauliańska wierzytelności wekslowej ma charakter subsydiarny wobec ochrony wierzytelności zabezpieczonej wekslem. Jeśli wierzytelność ze stosunku podstawowego wobec stosunku wekslowego jest zabezpieczona rzeczowo, nie są spełnione przesłanki ochrony pauliańskiej (brak przesłanki „pokrzywdzenia wierzyciela" w rozumieniu art. 527 § 2 k.c.).

6 Zob. A. Szpunar, *Komentarz do prawa wekslowego i czekowego*, Warszawa 1996, s. 22.

7 Zob. przykładowo A. Kubas, *Causa czynności prawnej a zobowiązania z aktu administracyjnego*, „Studia Cywilistyczne" 1974, t. XXIII, s. 50–53.

8 Zob. M.H. Koziński, *Weksle*, nb. 140 (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 18, *Prawo papierów wartościowych,* red. A. Szumański, Warszawa 2010, s. 222; P. Machnikowski, *Prawo wekslowe*, Warszawa 2009, s. 38; wyrok SN z dnia 31 maja 2001 r., V CKN 264/00, Lex 52788.

9 Dłużnik może bowiem – w razie zbycia wierzytelności wekslowej w drodze przelewu – podnosić wobec cesjonariusza wszelkie zarzuty, które przysługiwały mu wobec cedenta w chwili powzięcia wiadomości o przelewie (zob. art. 513 § 1 k.c.). Zob. m.in. wyrok SN z dnia 16 grudnia 2010 r., I CSK 112/10, OSNC z 2011 r., nr 9, poz. 102.

10 Oczywiście uwzględniając art. 17 ustawy z dnia 28 kwietnia 1936 r. – Prawo wekslowe (Dz.U. Nr 37, poz. 282, z późn. zm.).

11 Z uwagi na wątpliwość, czy wierzytelność zabezpieczona wekslem jest jednocześnie zabezpieczona hipoteką, powstała potrzeba ponownego rozpoznania sprawy przez sąd drugiej instancji.

Postanowienie SN z dnia 18 maja 2012 r., IV CSK 560/11, OSNC z 2013 r., nr 2, poz. 21

Hipoteka przymusowa na nieruchomości osoby, która nabyła ją na podstawie czynności fraudacyjnej

Prawomocny wyrok, uzyskany przez wierzyciela na podstawie art. 527 k.c. – także łącznie z tytułem wykonawczym wydanym na rzecz wierzyciela przeciwko dłużnikowi – nie stanowi podstawy wpisu hipoteki przymusowej (art. 109 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece[12]) na nieruchomości osoby trzeciej nabytej przez nią w wyniku czynności uznanej za bezskuteczną.

Komentowane orzeczenie dotyczy wpływu bezskuteczności względnej czynności fraudacyjnej, o której stanowi art. 527 § 1 k.c., na możliwość uzyskania ochrony na podstawie art. 109 ust. 1 u.k.w.h. Abstrahując od uwag procesowych Sądu Najwyższego[13], należy krytycznie ocenić pogląd wyrażony w komentowanym postanowieniu – i mieć nadzieję, że jako jednostkowe nie wyznaczy ono kierunku nowej linii orzeczniczej.

Sprawa, na kanwie której SN orzekał, dotyczyła sytuacji, w której wierzyciel dysponujący tytułem wykonawczym przeciwko dłużnikowi oraz prawomocnym wyrokiem o uznaniu umowy darowizny nieruchomości dłużnika z osobą trzecią za bezskuteczną wobec siebie wystąpił o ustanowienie na podstawie art. 109 ust. 1 u.k.w.h. hipoteki przymusowej na darowanej nieruchomości. Sąd rejonowy uwzględnił wniosek i wpisał hipotekę przymusową. Sąd okręgowy oddalił apelację dłużnika. SN uchylił orzeczenia obu sądów i przekazał sprawę sądowi rejonowemu do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy stwierdził, że „hipotekę przymusową na podstawie art. 109 u.k.w.h. można ustanowić na nieruchomości stanowiącej własność dłużnika osobistego wnioskodawcy". Co więcej, zdaniem SN prawomocny wyrok, uzyskany przez wierzyciela na skutek złożonej skargi pauliańskiej, nie może stanowić podstawy wpisu hipoteki przymusowej (art. 109 ust. 1 u.k.w.h.) na nieruchomości osoby trzeciej, nabytej przez tę osobę na podstawie kwestionowanej czynności prawnej, zarówno samodzielnie, jak i łącznie z tytułem wykonawczym przysługującym wierzycielowi wobec dłużnika.

Przedstawione stanowisko SN nie zasługuje na aprobatę z kilku przyczyn. SN pomija znaczenie ochrony pauliańskiej. Z wyroku uwzględniającego skargę pauliańską wynika, że czynność fraudacyjna jest bezskuteczna względem wierzyciela. Oznacza to przede wszystkim, że wierzyciel może z pierwszeństwem przed wierzycielami osoby trzeciej dochodzić zaspokojenia z przedmiotów majątkowych, które wskutek czynności uznanej za bezskuteczną wyszły z majątku dłużnika (art. 532 k.c.). Z perspektywy wierzyciela „właścicielem" darowanej – jak w stanie faktycznym – nieruchomości jest więc nadal dłużnik. Argument SN przeciwko możliwości ustanowienia hipoteki przymusowej z tej przyczyny, że nieruchomość stanowi przedmiot własności osoby trzeciej, jest zatem chybiony.

Z art. 532 k.c. wynika również, że ustanowienie hipoteki przymusowej nie narusza interesu wierzycieli osoby trzeciej. Wierzyciel, który uzyskał wyrok z art. 527 k.c., może się bowiem zaspokoić przed wierzycielami osoby trzeciej, a zatem ustanowienie hipoteki, która daje pierwszeństwo zaspokojenia, nie pogarsza ich sytuacji.

Ponadto warto zwrócić uwagę, że hipoteka przymusowa poprawia sytuację wierzyciela, którego wierzytelność uzyskała ochronę pauliańską. Jeśli bowiem po uznaniu czynności za bezskuteczną osoba trzecia rozporządza nieruchomością, to jej kontrahent nabywa własność nieruchomości[14],

12 Dz.U. z 2001 r. Nr 124, poz. 1361, z późn. zm.; dalej: u.k.w.h.

13 Pomijam zagadnienie omawiane przez SN w komentowanym postanowieniu, a dotyczące tego, czy do wniosku o ustanowienie hipoteki przymusowej należy dołączyć oryginał tytułu wykonawczego (tak SN).

14 Nasuwają się dwa – alternatywne – rozwiązania. Pierwsze, zgodnie z którym osoba trzecia nie jest po ubezskutecznieniu czynności prawnej, na podstawie której nabyła rzecz, uprawniona do rozporządzania nią i tylko ochrona nabywcy

co w konsekwencji udaremnia przyznaną wierzycielowi ochronę pauliańską[15]. Jeśli zaś wierzyciel uzyskałby hipotekę przymusową na nieruchomości, to mógłby następnie dochodzić zaspokojenia swojej wierzytelności z nieruchomości niezależnie od tego, czyją stała się własnością. SN nie przedstawił żadnych argumentów aksjologicznych, które uzasadniałyby inne stanowisko.

Sumując, nie istnieją przekonujące racje uzasadniające przywołaną powyżej tezę postanowienia SN. Tym samym należy podkreślić, że hipoteka przymusowa może zabezpieczać wierzytelność, która uzyskała ochronę pauliańską. Hipoteka obciąża wtedy nieruchomość osoby trzeciej, która nabyła ją na podstawie bezskutecznej wobec wierzyciela czynności prawnej. Wniosek wierzyciela nie dotyczy bowiem nieruchomości cudzej (osoby trzeciej), lecz nieruchomości dłużnika (tak jakby nadal stanowiła składnik jego majątku). Podstawą wpisu hipoteki przymusowej na nieruchomości osoby trzeciej, nabytej przez nią w wyniku czynności uznanej za bezskuteczną wobec wnioskodawcy, są więc łącznie – jak trafnie przyjęły sądy orzekające w sprawie – tytuł wykonawczy wystawiony przeciwko dłużnikowi i prawomocny wyrok o uznanie czynności prawnej za bezskuteczną wobec wnioskodawcy.

Uchwała SN z dnia 18 lipca 2012 r., III CZP 39/2012, OSNC z 2013 r., nr 2, poz. 17

Wpływ odstąpienia od umowy na zastrzeżone kary umowne; kumulacja kar umownych

Roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy.

Komentowane orzeczenie dotyczy istotnych zagadnień prawa zobowiązań, tj. wpływu odstąpienia od umowy na tzw. dodatkowe zastrzeżenia umowne (np. karę umowną), a także kumulacji kar umownych. Uchwała SN zasługuje niewątpliwie na aprobatę. Poniżej zostaną zasygnalizowane tylko niektóre kwestie poruszone przez Sąd Najwyższy[16].

Uproszczony stan faktyczny, na podstawie którego orzekał SN, jest następujący. Strony zawarły 30 marca 2007 r. umowę o rozbudowę budynku. W umowie zastrzeżono na wypadek zwłoki wykonawcy dla zamawiającego prawo odstąpienia wraz z karą umowną (20% wartości wynagrodzenia umownego brutto). Ponadto, w umowie przewidziano karę umowną na wypadek opóźnienia wykonawcy (0,3% warto-

od nieuprawnionego uniemożliwia uzyskanie przez wierzyciela zaspokojenia z rzeczy (rozwiązanie to nie wydaje się jednak trafne z uwagi na względny charakter bezskuteczności). Drugie, zgodnie z którym osoba trzecia nawet po ubezskutecznieniu czynności prawnej, na podstawie której nabyła rzecz, jest uprawniona do rozporządzania nią, a wierzyciel może jedynie, na zasadzie analogii z art. 531 § 2 k.c., żądać zaspokojenia od kontrahenta osoby trzeciej, jeżeli wiedział o ubezskutecznieniu czynności prawnej dłużnika z osobą trzecią albo jeżeli kontrahent osoby trzeciej nabył rzecz nieodpłatnie.

15 Nie jest też jasne, czy poza odpowiedzialnością deliktową osoba trzecia może odpowiadać wobec wierzyciela z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, szczególnie jeśli wyzbyła się rzeczy, do której wierzyciel miał prawo skierować egzekucję. Za stosowaniem przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu zob. A. Ohanowicz, *Ochrona wierzyciela w razie niewypłacalności dłużnika* (w:) *System Prawa Cywilnego*, t. 3, cz. 1, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. Z. Radwański, Ossolineum 1981, s. 950–951; przeciwko zob. M. Pyziak-Szafnicka, rozdz. *Ochrona*…, dz. cyt. s. 1276–1277. Jednoznacznie za dopuszczalnością stosowania przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu opowiedział się SN w wyrokach: z dnia 27 lutego 2004 r., V CK 272/03, OSNC z 2005 r., nr 3, poz. 50, z krytyczną glosą P. Księżaka, „Monitor Prawniczy" 2005, nr 14, s. 714; z dnia 3 lutego 2005 r., II CK 412/04, „LexPolonica" nr 373732; z dnia 30 września 2004 r., IV CK 30/04, „LexPolonica" nr 1630149; w uchwałach: z dnia 12 czerwca 2009 r., akt III CZP 55/08, OSNC z 2009 r., nr 7–8, poz. 95, z glosą krytyczną M. Warcińskiego, OSP z 2011 r., nr 4, s. 287 i aprobującą H. Bednarz, „Palestra" 2010, nr 5–6, s. 257; z dnia 24 lutego 2011 r., III CZP 132/10, OSNC z 2011 r., nr 10, poz. 112.

16 Pomijam tym samym interesujące wywody SN dotyczące m.in. charakteru instytucji odstąpienia od umowy (traktowanej przez SN jednolicie na gruncie prawa zobowiązań), czy wpływu odstąpienia od umowy na kary umowne zastrzeżone na wypadek zwłoki lub opóźnienia (gdy nie została zastrzeżona kara umowna „na wypadek odstąpienia od umowy").

ści wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu robót). Z uwagi na niedotrzymanie przez wykonawcę terminu wykonania robót zamawiający odstąpił od umowy i zażądał od wykonawcy kary umownej z tytułu opóźnienia w realizacji robót. Sąd pierwszej instancji uwzględnił w znacznej części powództwo, uznając, że zamawiający był uprawniony do żądania kary umownej z tytułu opóźnienia. Sąd drugiej instancji przedstawił SN do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne, czy odstąpienie od umowy wzajemnej pozbawia stronę dokonującą takiego odstąpienia roszczenia o zapłatę przez drugą stroną kary umownej, zastrzeżonej na wypadek zwłoki lub opóźnienia za okres poprzedzający odstąpienie od umowy, jeżeli strony w umowie nie zastrzegły prawa dochodzenia tej kary również w przypadku odstąpienia od umowy, zastrzegły natomiast karę umowną przysługującą z tytułu odstąpienia od umowy.

Sąd Najwyższy wyjaśnił na wstępie, że kara umowna zastrzeżona „na wypadek odstąpienia od umowy" to nie żadna sankcja finansowa wobec dłużnika za samo odstąpienie przez uprawnionego od umowy, lecz kara w znaczeniu art. 483 § 1 k.c., której celem jest naprawienie szkody spowodowanej przez dłużnika niewykonaniem zobowiązania wynikającego z umowy, od której odstąpiono[17]. Ponadto, SN rozróżnił karę umowną zastrzeganą na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania oraz karę umowną zastrzeganą na wypadek niewykonania zobowiązania. Zaznaczył przy tym, że stan opóźnienia lub zwłoki w wykonaniu zobowiązania, który już ustał, stanowi jedną z postaci nienależytego wykonania zobowiązania. Gdy zaś dłużnik spóźnia się z wykonaniem zobowiązania i z tej przyczyny wierzyciel odstępuje od umowy, dochodzi już jednak do niewykonania zobowiązania. SN podzielił też swoje dotychczasowe stanowisko[18], według którego nie jest możliwe kumulowanie kary umownej przewidzianej za nienależyte wykonanie zobowiązania (np. wykonanie ze zwłoką) z karą umowną za niewykonanie tego samego zobowiązania z uwagi na „pochłonięcie" przez odpowiedzialność za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania odpowiedzialności za szkodę za nienależyte jego wykonanie. Zdaniem SN przedstawionemu powyżej stanowisku nie przeczą jego dotychczasowe orzeczenia, w których przyjęto możliwość dochodzenia kar umownych zastrzeżonych na wypadek zwłoki lub opóźnienia w wykonaniu zobowiązania po odstąpieniu od umowy. Jak podkreślił SN, orzeczenia te nie dotyczyły zagadnienia kumulacji kar umownych, a jedynie problemu dochodzenia kar umownych zastrzeżonych za nieterminowe wykonanie zobowiązania także po odstąpieniu od umowy, przy założeniu, że na skutek odstąpienia od umowy następują skutki *ex tunc* polegające na zniesieniu stosunku obligacyjnego[19].

Odnosząc się do powyższego stanowiska, należy podkreślić, że SN przekonująco wyjaśnił wpływ odstąpienia od umowy na zastrzeżone w niej kary umowne. Za trafny należy ocenić również pogląd dotyczący kumulacji kar umownych. Z jednej strony jest on logicznie uzasadniony (kara umowna za niewykonanie zobowiązania dotyczy też negatywnych konsekwencji majątkowych dla wierzyciela, zaistniałych w okresie od powstania opóźnienia do odstąpienia od umowy[20]). Z drugiej strony pogląd ten jest wyrazem funkcji kompensacyjnej realizowanej przez karę umowną, która traktowana jest jako zryczałtowane odszkodowanie (jego surogat)[21]. Z powyższe-

17 Zob. w szczególności wyroki SN: z dnia 7 lutego 2007 r., III CSK 288/06, OSP z 2009 r., nr 4, poz. 39, z aprobującą glosą A. Szlęzaka, OSP z 2009 r., z. 4, s. 258; z dnia 24 maja 2012 r., V CSK 260/11, „LexPolonica" nr 4934975. Ten ostatni wyrok niewątpliwie stanowił inspirację dla komentowanej uchwały (ten sam sędzia był sprawozdawcą).

18 Zob. przywołane w uzasadnieniu komentowanej uchwały: uchwała SN z dnia 16 stycznia 1984 r., III CZP 70/83, OSNCP z 1984 r., nr 8, poz. 131; wyrok SN z dnia 28 stycznia 2011 r., I CSK 315/10, OSNC-ZD z 2011 r., nr D, poz. 85.

19 Problem skutków odstąpienia, jak wzmiankowałem na wstępie, pomijam.

20 Tak F. Zoll, *Wykonanie i skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań*, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, *Suplement*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2010, s. 163. Inaczej zdaje się J. Szwaja, *Kara umowna według kodeksu cywilnego*, Warszawa 1967, nb. 226, s. 116–117.

21 Zob. B. Fogel, *Kara umowna jako kontraktowa regulacja odpowiedzialności odszkodowawczej – wybrane zagadnienia*

go można wyprowadzić tezę, że niedopuszczalne jest zastrzeżenie przez strony w umowie kumulacji „nakładających się" kar umownych (np. za opóźnienie i na wypadek niewykonania zobowiązania), które dłużnik musiałby zapłacić łącznie po odstąpieniu przez wierzyciela od umowy[22].

(w:) P. Machnikowski (red.), *Prace z prawa cywilnego dla uczczenia pamięci Profesora Jana Kosika*, „Prawo" CCCVIII („Acta Universitatis Wratislaviensis" nr 3161), 2009, s. 89–90; F. Zoll, *Wykonanie i skutki niewykonania…*, dz. cyt., nb. 223, s. 160–161.

22 Inaczej P. Drapała, *Kara umowna* (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2013, nb. 134, s. 1146, z powołaniem się na wyrok SN z dnia 20 maja 1998 r., sygn. akt I CKN 671/97, „LexPolonica" nr 353616. Odnośnie do tzw. kumulatywnej kary umownej „oderwanej od szkody" i należnej obok pełnego roszczenia o jej naprawienie zob. F. Zoll, *Wykonanie i skutki niewykonania…*, dz. cyt., nb. 231, s. 165; P. Drapała, *Kara umowna…*, dz. cyt., nb. 148, s. 1155.

Paweł Wiliński

Przegląd orzecznictwa – prawo karne

Uchwała SN z dnia 24 stycznia 2013 r., I KZP 20/12

Oskarżyciel prywatny może odwołać złożone przed rozpoczęciem przewodu sądowego na pierwszej rozprawie głównej oświadczenie o odstąpieniu od oskarżenia – do chwili wydania przez sąd postanowienia o umorzeniu postępowania.

Uchwała SN wydana została w związku z następującym stanem faktycznym i prawnym. Pokrzywdzony wniósł do Sądu Rejonowego w T. prywatny akt oskarżenia, zarzucając oskarżonemu popełnienie na swoją szkodę czterech czynów. Z wskazanych przez pokrzywdzonego przepisów ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny[1] (dalej: k.k.), pod które czyny te podpadają, tylko w wypadku jednego czynu podany przepis – art. 216 k.k. – odnosił się do występku ściganego z oskarżenia prywatnego. Przed wyznaczeniem terminu posiedzenia pojednawczego oskarżyciel prywatny skierował jednak do sądu dwa pisma, w których złożył oświadczenie o woli odstąpienia od oskarżenia i zażądał zwrotu uiszczonej przy wnoszeniu aktu oskarżenia zryczałtowanej równowartości wydatków. Sąd Rejonowy w T. postanowieniem z dnia 29 czerwca 2012 r., działając na podstawie art. 496 § 1 i 2 k.p.k.[2] umorzył postępowanie w przedmiotowej sprawie, uznając, że skutecznie cofnął on akt oskarżenia, a na podstawie art. 622 k.p.k. zwrócił oskarżycielowi uiszczoną przez niego zryczałtowaną równowartość wydatków w postępowaniu prywatnoskargowym. W dniu 11 lipca 2012 r. odpis postanowienia wraz z pouczeniem o możliwości jego zaskarżenia doręczono oskarżycielowi prywatnemu. Jednak wcześniej, 5 lipca 2012 r., zostało złożone pismo skierowane do Sądu Rejonowego w T., w którym oskarżyciel prywatny domagał się „wznowienia" sprawy, motywując swoje stanowisko tym, że oskarżony kontynuuje nieakceptowane przez oskarżyciela zachowanie. Wobec tego, że pismo nie było podpisane, jego autor został wezwany do uzupełnienia tego braku, co nastąpiło 11 lipca 2012 r. Następnie pismo to zostało potraktowane jako zażalenie na postanowienie o umorzeniu postępowania i przedstawione do rozpoznania Sądowi Okręgowemu w T. Sąd odwoławczy doszedł do przekonania, że w sprawie wystąpiło przytoczone na wstępie zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy i wydanym w dniu 21 sierpnia 2012 r. postanowieniem na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. przekazał je do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu.

Rozpoznający pytanie, SN podkreślił, że przedstawione zagadnienie nie jest jednolicie interpretowane w piśmiennictwie prawniczym, a i orzecznictwo najwyższej instancji sądowej może skłaniać do prezentowania różnych poglądów. Wskazał, że zagadnienie postrzegać należy w kontekście szerszej problematyki odwoławalności czynności procesowych strony w postępowaniu karnym, która nie jest wolna od kontrowersji, głównie z tego powodu, że kodeks postępowania karnego nie zawiera ogólnego przepisu regulującego tę kwestię. Zachodzi więc możliwość różnego jej postrzegania, przy czym jest oczywiste, że przyjęcie, iż odwołanie czynności przez stronę jest dopuszczalne i rodzi skutki procesowe jedynie

1 Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553, z późn. zm.

2 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. Nr 89, poz. 555 z późn zm.).

wtedy, gdy wyraźnie zezwala na to przepis ustawy, czyniłoby nieuchronnym wniosek o niedopuszczalności odwołania przez oskarżyciela prywatnego oświadczenia o odstąpieniu od oskarżenia, jako że żaden przepis wprost takiego uprawnienia oskarżycielowi nie daje. Dopiero uznanie, iż czynność procesowa może być, co do zasady, przez stronę odwołana, daje pole do szerszego rozpatrzenia wspomnianego zagadnienia.

Sąd Najwyższy dostrzegł przy tym, że w doktrynie oraz w orzecznictwie dominuje pogląd, zgodnie z którym za regułę uznać należy dopuszczalność odwołania (cofnięcia) czynności dokonanej przez stronę w postępowaniu karnym. Sąd podkreślił, że co prawda nie jest jego rzeczą definitywne rozstrzyganie sporów doktrynalnych i prezentowanie obszernych wywodów, mających cechę opracowań naukowych, konieczne jest jednak zajęcie stanowiska, które uwzględnia zarówno racje jurydyczne, jak i funkcjonalność w praktyce orzeczniczej. Przyjął zatem pogląd, że zasadą jest możliwość odwołania przez stronę czynności procesowej. Przemawia za tym m.in. prawo strony do wpływania na przebieg i wynik procesu, z czym musi się wiązać możliwość reagowania na określone, nowe sytuacje procesowe, jak też zdarzenia pozaprocesowe, rodzące niekiedy potrzebę odwołania czynności – po to, by zapobiec tym jej następstwom, które strona uznaje za niepożądane. Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na wyraźną w obowiązującym kodeksie postępowania karnego tendencję do poszerzenia zakresu dyspozycyjności stron w procesie, która w postępowaniu prywatnoskargowym zawsze była szeroka, zaś oskarżyciel występuje jako *dominus litis*. Zaakcentował, że przyjęcie zasady, iż odwołanie czynności procesowej przez stronę może mieć miejsce tylko wtedy, gdy wprost zezwala na to przepis, byłoby zupełnie irracjonalne, prowadziłoby bowiem do uznania za nieodwołalne takich czynności, jak złożenie wniosku dowodowego bądź wniosku o sporządzenie uzasadnienia wyroku.

W ocenie SN odwołalność aktualizuje się na gruncie tych czynności, których dokonanie przez stronę jest fakultatywne, przy czym SN odwołał się do argumentacji, zgodnie z którą, skoro od woli uczestnika postępowania zależy samo przedsięwzięcie czynności, to przedmiotowe uprawnienie przesądza także o prawie do jej odwołania. Ten bowiem, kto nie był zobligowany do podjęcia konkretnej czynności, powinien także mieć możliwość pozbawienia skutków czynności, której dokonanie zależne było od jego woli[3]. Od dawna też ukształtowała się linia orzecznicza SN opowiadająca się za regułą odwołalności dokonanej przez stronę czynności procesowej. Odnotował to sąd występujący z pytaniem prawnym, powołując wyrok z dnia 16 lutego 1931 r.[4], uzasadnienia uchwał z dnia 23 stycznia 1975 r.[5] oraz z dnia 26 września 2002 r.[6], wreszcie uzasadnienie wyroku z dnia 21 lutego 1992 r.[7]

Uznając za możliwe odwołanie przez stronę czynności procesowej, SN rozważył w kolejności, czy odnosi się to również do odwołania przez oskarżyciela prywatnego oświadczenia o odstąpieniu od oskarżenia. Odnotował przy tym, że w piśmiennictwie prawniczym zdecydowana większość autorów zajmuje w tym względzie negatywne stanowisko, wskazując na nieodwołalność tej czynności. Analizując stanowisko nauki procesu karnego, SN podkreślił, że przyjęcie koncepcji, iż odstąpienie oskarżyciela prywatnego od oskarżenia powoduje umorzenie postępowania z mocy prawa, przemawiałoby za odrzuceniem możliwości cofnięcia odstąpienia, wobec uznania, że nastąpił tzw. stan nieodwracalny. Wspomniana teza nie jest jednak zdaniem SN trafna. Odwołał się do tych stanowisk w doktrynie, w których wskazuje się, że „bez postanowienia o umorzeniu nie ma końca procesu"[8] oraz że „nie do przyjęcia jest twierdzenie, że odstąpienie od oskarżenia *eo ipso* powoduje unicestwienie postępowania karnego[9]. Wskazał

3 Zob. S. Zabłocki: glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2001 r., I KZP 8/01, OSNKW 2001, z. 7–8, poz. 51 („Palestra" 2001, nr 9–10, s. 211 i powołane przez autora publikacje).

4 II. 3K. 1173/30, OSP 1931, t. 10, poz. 295.

5 VI KZP 44/74, OSNKW 1975, z. 3–4, poz. 34.

6 I KZP 13/02, OSNKW 2002, z. 11–12, poz. 88.

7 WRN 3/92, OSNKW 1992, z. 9–10, poz. 70.

8 S. Waltoś, *Postępowania szczególne w procesie karnym*, Warszawa 1973, s. 203.

9 K. Marszał, *Ingerencja prokuratora w ściganie przestępstw prywatnoskargowych w polskim procesie karnym*, Warszawa 1980, s. 57.

też na uzasadnienie uchwały SN z dnia 23 kwietnia 1992 r.[10] Sąd Najwyższy dostrzegł przy tym, że niekiedy złożenie przez oskarżyciela prywatnego oświadczenia o odstąpieniu od oskarżenia nie prowadzi do umorzenia postępowania. Dzieje się tak wtedy, gdy oskarżyciel zadeklaruje to po rozpoczęciu przewodu sądowego na pierwszej rozprawie głównej, a oskarżony na umorzenie nie wyrazi zgody (art. 496 § 1 i 2 k.p.k.). W takim jednak wypadku nie ma przeszkód, by oskarżyciel prywatny nadal pełnił aktywnie swoją rolę procesową, co byłoby równoznaczne z odwołaniem, choćby konkludentnym, odstąpienia od oskarżenia. Analogicznie nie byłoby słuszne odbieranie oskarżycielowi prywatnemu możliwości dochodzenia swoich racji, gdy odwoła on oświadczenie o odstąpieniu od oskarżenia w sytuacji, gdy zgoda oskarżonego na umorzenie nie jest wymagana.

Sąd wskazał wreszcie na dopuszczalną przez wielu autorów możliwość odwołania odstąpienia od oskarżenia przez prokuratora. Dostrzegając, że zgodnie z art. 14 § 2 k.p.k. odstąpienie prokuratora od oskarżenia nie rodzi takiego skutku, jak odstąpienie oskarżyciela prywatnego, SN wyraził pogląd, że nie musi to prowadzić do różnicowania uprawnień w omawianym aspekcie wymienionych podmiotów i wykluczenia możliwości kontynuowania postępowania, gdy przed jego umorzeniem oskarżyciel prywatny uzna, że niezasadnie odstąpił od oskarżenia.

10 I KZP 6/92, OSNKW 1992, z. 7–8, poz. 54.

Sąd Najwyższy odwołał się do podglądu, że oświadczenie woli nie może zostać skutecznie cofnięte, gdy ustawa wyłącza możliwość jego cofnięcia, bądź gdy uzależnia je od określonych warunków, które jednak nie zostały spełnione. Tam zaś, gdzie brak jest takich ograniczeń, jedynym ograniczeniem może być powstanie stanu nieodwracalnego. Jeżeli stan taki nie powstał, uczestnik procesu może skutecznie cofnąć swoje oświadczenie woli[11]. Przenosząc te uwagi na grunt rozpatrywanego zagadnienia, SN zauważył, że w odniesieniu do cofnięcia przez oskarżyciela prywatnego odstąpienia od oskarżenia nie widać ograniczeń do takiego postąpienia, zatem wypada przyjąć, że wspomniane cofnięcie jest możliwe, tyle że do momentu powstania stanu nieodwracalnego. Pytanie brzmi więc, czy stan nieodwracalny powstaje w razie złożenia przez oskarżyciela prywatnego przed rozpoczęciem przewodu sądowego na pierwszej rozprawie głównej oświadczenia o odstąpieniu od oskarżenia – z chwilą wydania przez sąd postanowienia o umorzeniu postępowania, czy z chwilą uprawomocnienia się tego postanowienia.

Zdaniem SN w odniesieniu do czynności, które obligują organ procesowy do formalnego zajęcia stanowiska, należy uznać, że stan nieodwracalny zaistnieje z chwilą, gdy stosowna decyzja zostanie przez organ podjęta, chociaż i wtedy wyraźny przepis może przewidywać możliwość cofnięcia czynności. Widać to akurat na gruncie postępowania prywatnoskargowego, w którym wydanie orzeczenia przez sąd pierwszej instancji nie stanowi przeszkody do odstąpienia od oskarżenia. Niezależnie od tego, jest faktem, że w uzasadnieniu uchwały z dnia 26 września 2002 r., I KZP 13/02, Sąd Najwyższy stwierdził, iż „oświadczenie woli stron może być cofnięte dopóty, dopóki nie zapadnie rozstrzygnięcie odnoszące się do kwestii, której oświadczenie to dotyczy, chyba że ustawa ogranicza lub wyłącza możliwość takiego cofnięcia", natomiast nie wspomniał, że cofnięcie oświadczenia może nastąpić do uprawomocnienia się rozstrzygnięcia.

Dyskusyjne byłoby w ocenie SN przyjęcie tezy, że w przypadku wydania orzeczenia zaskarżalnego stan nieodwracalny powstaje dopiero z chwilą jego prawomocności. Należałoby wówczas przyjąć, że do tego czasu jest możliwe cofnięcie czynności procesowej, która spowodowała wydanie tego orzeczenia, co jednak wprowadzałoby do postępowania element niepewności, destabilizacji i dezorganizacji, a nadto czyniłoby rozstrzygnięcie zawarte w tej decyzji procesowej bezprzedmiotowym. Godziłoby to w powagę sądu i zawierało element usankcjonowania swego rodzaju nielojalności strony procesowej, od której należy wymagać odpowiedzialnego działania w procesie karnym. Argumenty te nie są bez znaczenia, chociaż specyfika postępowania prywatnoskargowego skłoniła ustawodawcę do zezwolenia oskarżycielowi na odstąpienie od oskarżenia aż do prawomocnego zakończenia postę-

11 Zob. T. Grzegorczyk (w:) tenże, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2009, s. 379–380.

powania. Ważniejszy w takim razie wydaje się argument, że uznanie możliwości odwołania przez oskarżyciela prywatnego oświadczenia o odstąpieniu od oskarżenia aż do czasu uprawomocnienia się postanowienia o umorzeniu, pozwalałoby nielojalnemu oskarżycielowi na wytworzenie permanentnego stanu oskarżenia wobec oskarżonego – poprzez składanie coraz to nowych oświadczeń o odstąpieniu od oskarżenia, a następnie ich odwoływaniu. Wypadałoby uznać, że każde z tych oświadczeń wiązałoby sąd, a prowadząc do zniweczenia kolejno wydawanych orzeczeń, godziłoby też w powagę wymiaru sprawiedliwości, uniemożliwiając zakończenie postępowania. Nie byłby zabezpieczeniem przed takim zachowaniem oskarżyciela wymóg zgody oskarżonego na umorzenie postępowania, skoro cały czas nie dochodziłoby do rozpoczęcia przewodu sądowego na pierwszej rozprawie głównej (art. 496 § 1 i 2 k.p.k.). Zatem w przekonaniu SN także argumenty wykładni funkcjonalnej przemawiają za przyjęciem, że nie do uprawomocnienia się postanowienia o umorzeniu postępowania, ale do wydania tego orzeczenia oskarżyciel prywatny może skutecznie odwołać wyrażone przed rozpoczęciem przewodu sądowego na pierwszej rozprawie głównej odstąpienie od oskarżenia.

Uchwała SN z 24 stycznia 2013 r., I KZP 24/12

Występek określony w art. 231 § 1 k.k. należy do kategorii przestępstw z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, a więc materialnych, znamiennych skutkiem, którym jest wystąpienie niebezpieczeństwa powstania szkody w interesie publicznym lub prywatnym.

Uchwała wydana została w związku z istniejącą w orzecznictwie SN rozbieżnością w zakresie wykładni znamion występku z art. 231 § 1 k.k. Sąd Najwyższy w dotychczasowym orzecznictwie wskazywał z jednej strony, że „działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego nie jest charakterystyką skutku, lecz zachowania się sprawcy; samo powstanie szkody, a nawet jej bezpośrednie niebezpieczeństwo, nie jest znamieniem tych typów czynów zabronionych" (sygn. IV KKN 273/01), a z drugiej, że „skutkowy charakter tego przestępstwa pociąga za sobą konieczność wykazania powiązania na płaszczyźnie przyczynowej i normatywnej pomiędzy naruszeniem obowiązków a powstaniem niebezpieczeństwa uszczerbku dla dobra prawnego" (sygn. WA 5/09). Rozbieżność ta widoczna jest także w uzasadnieniach wielu innych orzeczeń. Z jednej zatem strony uznaje się, że „działanie na szkodę", o jakim mowa w art. 231 § 1 k.k. (albo w kodeksach karnych z 1969 r. i z 1932 r. – odpowiednio art. 246 § 1 i art. 286 § 1), to zachowanie, które co najmniej powoduje możliwość (niebezpieczeństwo, zagrożenie) jej powstania. Podkreślano przy tym, że przypisanie działania na szkodę w takim rozumieniu wymaga ustalenia związku przyczynowego pomiędzy niedopełnieniem obowiązków lub przekroczeniem uprawnień a niebezpieczeństwem nastąpienia szkody. W drugiej grupie orzeczeń wskazywano natomiast, że działanie na szkodę w rozumieniu art. 231 k.k. nie jest charakterystyką skutku, lecz zachowania sprawcy, a w konsekwencji przestępne nadużycie władzy jest czynem formalnym, należącym do przestępstw typu abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo.

Sąd podkreślił, że niewątpliwie występujące w orzecznictwie różnice interpretacyjne są konsekwencją wieloletnich sporów naukowych o formalny bądź materialny charakter występku stypizowanego w art. 231 § 1 k.k. Zważył także, że w dużej części rozbieżności te tkwią w warstwie leksykalnej i są wynikiem niezbyt precyzyjnego posługiwania się określonymi zwrotami czy terminami oraz że rozbieżności te w praktyce orzeczniczej nie prowadziły do odmiennych rozstrzygnięć w porównywalnych stanach faktycznych. Odniósł się do podziału przestępstw na naruszające chronione prawem dobra prawne oraz na narażające takie dobra na niebezpieczeństwo. Wśród tych ostatnich rozróżnia się typy przestępstw z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo (skutkowe) oraz z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo (bezskutkowe), który to podział wiąże się w rozstrzyganym problemem. Fundamentalnym kryterium rozróżnienia tych typów przestępstw jest ustawowe określenie istoty odpowiedzialności karnej za konkretnie opisane przestępstwo – czy odpowiedzialność ta zależy

od samego ujętego w znamiona czasownikowe zachowania się sprawcy, niezależnie od tego czy wywołuje ono jakikolwiek skutek (narażenie abstrakcyjne), czy też odpowiedzialność ta wynika z konsekwencji zachowania sprawcy, w postaci wywołania stanu zagrażającego dobru prawnemu, to jest skutku (narażenie konkretne). Innymi słowy, czy ustawodawca zdecydował się na kryminalizowanie samego negatywnie wartościowanego zachowania sprawcy, czy też ujęte w opisie znamion czynu zachowanie kryminalizuje ze względu na płynące z niego konsekwencje w postaci wywołania niebezpieczeństwa dla chronionego dobra prawnego.

Jak wskazał SN, niespornymi przykładami przestępstw z abstrakcyjnego narażenia są: składanie fałszywych zeznań (art. 233 k.k.), fałszywe oskarżanie (art. 234 k.k.), posiadanie broni palnej lub amunicji bez zezwolenia (art. 263 § 2 k.k.), prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości (art. 178a § 1 i 2 k.k.) czy używanie w bójce lub pobiciu niebezpiecznych narzędzi (art. 159 k.k.). W tych przypadkach nie ma potrzeby sięgania po określenia opisujące jakiekolwiek następstwa ustawowo wskazanych zachowań, gdyż ustawodawca już je same ocenił za wymagające penalizacji. „Abstrakcyjność" tego narażenia nie wynika zatem z tego, że te przestępstwa nie stwarzają zagrożenia dla dóbr chronionych prawem, ale z tego, iż stwarzane przez nie niebezpieczeństwo nie należy do znamion ustawowych i nie wymaga dowodzenia, gdyż tkwi już w samym znamieniu czasownikowym (czynnościowym). Zatem do zakresu zastosowania norm sankcjonowanych (zbiór wszystkich sytuacji, do których normy te mają zastosowanie) wynikających z przepisów typizujących ten typ przestępstw nie należą jakiekolwiek konsekwencje (skutki) wynikające ze zrealizowania owego „znamienia czynnościowego" – konsekwencje te dla zastosowania normy są po prostu obojętne.

Dla odmiany SN podkreślił, że w przypadku przestępstw z konkretnego narażenia ustawodawca w opisie czynu wprost wskazuje na określone dobro chronione przed zagrożeniem ze strony sprawcy, często formułując również wymagany stopień zagrożenia, jak w klasycznym przykładzie występku z art. 160 § 1 k.k.: „kto naraża człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, podlega karze…". Znamię „narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo" wyraża właśnie skutek działania sprawcy, przesądzając o przynależności takich czynów do typu przestępstw materialnych z konkretnego narażenia, choć wcale tego rodzaju typu przestępstw nie wyczerpuje. W zakresie zastosowania norm sankcjonowanych w tych typach przestępstw pomieszczone są również konsekwencje danego zachowania (skutki), w postaci wystąpienia stanu określonego niebezpieczeństwa dla wskazanego dobra.

Na tym tle SN, odnosząc się do występku określonego w art. 231 § 1 k.k. w polskim porządku prawnym, podkreślił, że w zasadniczo niezmienionym kształcie funkcjonuje on od 1932 r., kiedy to uchwalono kodeks karny, a w nim art. 286 § 1. Kodeks karny z 1969 r. występek taki, ogólnie określany jako „nadużycie władzy", przewidywał w art. 246 § 1. Wszystkie te przepisy w taki sam sposób konstruowały to przestępstwo, penalizując zachowanie funkcjonariusza publicznego (w 1932r. – urzędnika), który, przekraczając swe uprawnienia (w 1932 r. – władzę) lub niedopełniając obowiązków, działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego (w 1969 r. – na szkodę dobra społecznego lub jednostki). Krytycznie odnosząc się orzeczeń SN opowiadających się za uznaniem formalnego charakteru występku z art. 231 § 1 k.k., Sąd Najwyższy uznał, że zaliczenia tego występku do typu przestępstw z tzw. abstrakcyjnego narażenia, a więc formalnych, nie jest trafne. Już sama semantyka znamienia czynnościowego „działa", w zestawieniu z dookreśleniem „na szkodę", sugeruje w ocenie SN pewnego rodzaju przyczynowość. Podkreślił, że słowo „działać" ma w języku polskim wiele znaczeń, ale dla niniejszych rozważań istotne są dwa: „robić, tworzyć coś, być czynnym, pracować", a także: „wywierać wpływ, wrażenie, wywoływać jakąś reakcję; oddziaływać"[12]. Właśnie drugie z zacytowanych w ocenie SN znaczeń zdecydowanie lepiej harmonizuje z dookreśleniem „na szkodę" niż pierwsze z nich. W tym zestawieniu już

12 J. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 1, Warszawa, 2003, s. 757; M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 1, Warszawa 1982, s. 495.

w warstwie językowej zawiera ono pewną kauzalność, że szkoda (a co najmniej możliwość jej powstania) występuje poza samym działaniem i jest jego następstwem. Niewątpliwie przyjęcie, że ustawodawca słowa „działa" użył w tym drugim znaczeniu, prowadziłoby do prostej konkluzji o materialnym charakterze art. 231 § 1 k.k. Tak uproszczona analiza nie jest jednak w ocenie SN wystarczająca, już choćby ze względu na długoletnie spory interpretacyjne dotyczące charakteru tego przepisu.

Sąd podkreślił, że w jego ocenie analizowany przepis poprzez znamię „działa na szkodę" wymaga wystąpienia realnego, odrębnego od samego „zachowania się" sprawcy, zagrożenia dla interesu publicznego lub prywatnego w wyniku niewłaściwego działania funkcjonariusza publicznego. W konsekwencji przepisu art. 231 § 1 (podobnie § 2) k.k. nie można zaliczyć do kategorii przestępstw formalnych tzw. abstrakcyjnego narażenia. W ramach tego podziału przestępstw należy on do materialnych z konkretnego narażenia, wymagających dla jego dokonania wystąpienia skutku w postaci rzeczywistego niebezpieczeństwa nastąpienia szkody dla interesu publicznego lub prywatnego. Zastrzegł przy tym, że skutkiem przewidywanym w art. 231 § 1 (i § 2) k.k. nie jest samo powstanie szkody, choć *in concreto* jej wystąpienie jest oczywiście możliwe. Powstanie szkody ani w doktrynie, ani w orzecznictwie nigdy nie było postrzegane jako znamię skutku tego przestępstwa, w przeciwieństwie do paragrafu trzeciego tego artykułu, typizującego występek nieumyślny, *expressis verbis* wymagający skutku w postaci „wyrządzenia istotnej szkody".

Jak podkreślił Sąd Najwyższy, kodeks karny zna wiele przestępstw materialnych z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, w których wprost sformułowano znamiona nie tylko spowodowania samego stanu zagrożenia dla chronionego dobra prawnego, ale nadto stopień intensywności tego zagrożenia. W opisie tych przestępstw ustawodawca uzależniał odpowiedzialność karną od wystąpienia określonego rodzaju niebezpieczeństwa, na jakie czynność sprawcza naraża dobro chronione (art. 158 § 1, 160 § 1, 161 § 1, 220 § 1 k.k.), jakie temu dobru w danych okolicznościach modalnych zagraża (art. 162 § 1 k.k.) albo jakie czynność sprawcza sprowadza czy stwarza (art. 164 § 1, 174 § 1, 296 § 1a k.k.). Jeśliby przyjąć, że do typu przestępstw materialnych z konkretnego narażenia zaliczyć można wyłącznie występki scharakteryzowane przez ustawodawcę w powyższy sposób, to istotnie występek przewidziany w art. 231 § 1 k.k. znalazłby się poza tą klasyfikacją. Wymaganej w tych przepisach „bezpośredniości" narażenia na niebezpieczeństwo niewątpliwie przepis ten nie zawiera. Bezspornie jednak znamię „bezpośredniości" dotyczy li tylko stopnia intensywności narażenia, jego bliskości i wysokiego już prawdopodobieństwa spowodowania naruszenia, a nie samej istoty wywołania stanu zagrażającego dobru – stanu narażającego dobro na niebezpieczeństwo.

Sąd wskazał, że znamiona dotyczące „interesu publicznego lub prywatnego" zostały ujęte w art. 231 § 1 k.k. bardzo ogólnie i elastycznie, w sposób wymagający konkretyzacji w realiach danej sprawy. Nie oznacza to jednak, że ów interes może nie mieć konkretnego i realnego wymiaru, wymagającego jednoznacznego określenia. Wręcz przeciwnie, co już podkreślano, także zwolennicy formalnego charakteru występku „nadużycia uprawnień" wskazują na konieczność konkretyzacji tego ogólnie ujętego „interesu publicznego lub prywatnego". Zatem także nie w tych znamionach doszukiwać się można wyłączenia tego występku z typu przestępstw materialnych z konkretnego narażenia. Z kolei znamię „działa na szkodę" wskazuje, jak to już wywodzono, na leżący poza zachowaniem sprawcy skutek tego działania – spowodowanie co najmniej stanu narażenia dobra prawem chronionego (właśnie interesu publicznego lub prywatnego) na niebezpieczeństwo powstania szkody – niebezpieczeństwo, które wprawdzie nie musi być bezpośrednie, ale musi być rzeczywiste i skonkretyzowane. Skoro tak, to znamię działania na szkodę nie stanowi dookreślenia zachowania się sprawcy, ale stanowi (jak przyjął to Sąd Najwyższy już w wyroku z 31 maja 1933r.) element strony przedmiotowej czynu, charakteryzujący jego skutek. Taki właśnie stan rzeczy pozwala na uznanie, że występek z art. 231 § 1 k.k. należy do przestępstw materialnych z konkretnego narażenia.

W ocenie SN uznanie takiego właśnie charakteru tego występku

znajduje dodatkowe wzmocnienie przy odwołaniu się do wykładni systemowej i teleologicznej. Pozwala bowiem na jednoznaczne normatywnie rozróżnienie występku nadużycia władzy od deliktu dyscyplinarnego i służbowego, na podstawie samych znamion przestępstwa – właśnie skutku w postaci niebezpieczeństwa nastąpienia szkody w interesie publicznym lub prywatnym. Przy uznaniu, że przepis art. 231 § 1 k.k. należy do przestępstw formalnych z abstrakcyjnego narażenia, poszukiwanie linii rozdzielającej te dwa jakże przecież odmienne reżimy odpowiedzialności następowało poprzez odwoływanie się do ocen stopnia społecznej szkodliwości konkretnego czynu (por. uzasadnienie wyroku SN z dnia 2 grudnia 2002 r., IV KKN 273/01), a zatem do kryteriów niejednoznacznych i *stricte* ocennych.

Na zakończenie rozważań SN podkreślił, że przyjęcie w niniejszej uchwale materialnego charakteru przestępstwa określonego w art. 231 § 1 k.k. nie będzie stwarzało dla praktyki orzeczniczej istotnej różnicy przy orzekaniu w tego rodzaju sprawach. Nawet bowiem zajmując odmienne stanowisko w uprzednio wydanych orzeczeniach, SN jednoznacznie formułował wymagania dotyczące konieczności wykazywania w każdej sprawie narażonego na szkodę skonkretyzowanego interesu publicznego lub prywatnego, a nadto ustalenia związku przyczynowego pomiędzy nim a przekroczeniem uprawnień lub niedopełnieniem obowiązków przez funkcjonariusza publicznego. Niemniej przyjęcie materialnego charakteru występku nadużycia władzy powinno jednak obligować organy procesowe do jeszcze bardziej uważnego i precyzyjnego formułowania opisu czynu, uwzględniającego wszystkie te elementy.