FORUM PRAWNICZE

NUMER 6 (44)
2017

Spis treści

WYWIAD

3 **Dobrze byłoby mieć nowy kodeks cywilny. Wywiad z prof. Jeanem-François Gerkensem**

ARTYKUŁY

Olga Sitarz, Dominika Bek

8 **Czy zasadnie i skutecznie ustawodawca podwyższył poziom ochrony małoletnich? Krytyczna analiza nowelizacji Kodeksu karnego z 23 marca 2017 r.**

Michał Dudek

25 **Komentarz do nieesencjalistycznego ujęcia pluralizmu prawnego Briana Z. Tamanahy**

Tomasz Barszcz

39 **Postępowanie dyscyplinarne wobec studentów. Kwestia prowadzenia rozprawy pod nieusprawiedliwioną nieobecność obwinionego**

Kamila Sobieraj

52 **Dostęp do informacji o środowisku w sprawach z zakresu zmian klimatu w świetle orzecznictwa unijnego**

Karol Flisek

72 **Prawo do sądu i pojęcie wymiaru sprawiedliwości w perspektywie koncepcji merytorycznego orzekania sądów administracyjnych**

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) **artykuły recenzyjne** – powinny dotyczyć publikacji, które ukazały się nie wcześniej niż rok (w przypadku publikacji polskich) lub dwa lata (w przypadku publikacji zagranicznych) przed oddaniem artykułu do redakcji. Artykuł recenzyjny powinien mieć objętość do 20 000 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 składane do redakcji podlegają wewnętrznej procedurze oceny, stanowiącej podstawę decyzji o przyjęciu albo odrzuceniu tekstu.

Procedurze oceny wskazanej wyżej nie podlegają: polemiki z recenzjami, oświadczenia, sprawozdania, nekrologi. Nie recenzujemy również tekstów zamówionych przez redakcję, tj.: artykułów wstępnych, wywiadów oraz przeglądów orzecznictwa.

„Forum Prawnicze” – czasopismo naukowe Open Access 2017–2018. Zadanie finansowane w ramach umowy 572/P-DUN/2017 ze środków Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego przeznaczonych na działalność upowszecéiającą naukę.

FORUM PRAWNICZE

Numer 6 (44) | 2017
Dwumiesięcznik
ISSN: 2081-688X

WSPÓŁWYDAWCY

Uniwersytet Jagielloński
ul. Gołębia 24
31-007 Kraków

Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Majdańska 7/74
04-088 Warszawa

RADA PROGRAMOWA

Przewodniczący: prof. Jerzy Stelmach – Uniwersytet Jagielloński
prof. Martin Avenarius – Uniwersytet w Kolonii (Niemcy)
prof. Bartosz Brożek – Uniwersytet Jagielloński
prof. Zbigniew Cieślak – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
prof. Tomasz Giaro – Uniwersytet Warszawski
prof. Joseph Hoffmann – Uniwersytet Indiany (USA)
prof. Sang Yong Kim – Uniwersytet Koreański (Korea Południowa)
prof. Małgorzata Korzycka – Uniwersytet Warszawski
prof. Jarosław Majewski – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
prof. Marek Michalski – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
prof. Artur Nowak-Far – Szkoła Główna Handlowa
prof. Aurelia Nowicka – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
prof. Jerzy Pisuliński – Uniwersytet Jagielloński
prof. Michał Romanowski – Uniwersytet Warszawski
prof. Grażyna Skąpska – Uniwersytet Jagielloński
prof. Andrzej Skoczylas – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
prof. Bogdan Szlachta – Uniwersytet Jagielloński
prof. Piotr Tuleja – Uniwersytet Jagielloński
prof. Daniil Tuzov – Uniwersytet Państwowy w St. Petersburgu
ks. prof. Krzysztof Warchałowski – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
prof. Paweł Wiliński – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

ZESPÓŁ REDAKCYJNY

Redaktor naczelny: prof. Wojciech Dajczak – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
Sekretarz redakcji: dr Jan Andrzejewski – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
Redaktorzy tematyczni:
ks. prof. Franciszek Longchamps de Bérier – historia i filozofia prawa – Uniwersytet Jagielloński
prof. UW dr hab. Michał Królikowski – prawo karne – Uniwersytet Warszawski
dr hab. Adam Szafrański – prawo administracyjne i konstytucyjne – Uniwersytet Warszawski
prof. UW dr hab. Leszek Bosek – prawo prywatne – Uniwersytet Warszawski
prof. UwB dr hab. Andrzej Sakowicz – prawo karne – Uniwersytet w Białymstoku

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Redakcja językowa: Ewa Popielarz
Skład: Janusz Świnarski
Korekta streszczeń: Christopher Whyatt
Projekt graficzny: item:grafika

ADRES REDAKCJI

Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Majdańska 7/74
04-088 Warszawa
www.forumprawnicze.eu
redakcja@forumprawnicze.eu

Wersja papierowa „Forum Prawniczego” ma charakter pierwotny.

Nakład 100 egz.

Copyright © 2018 Uniwersytet Jagielloński

Dobrze byłoby mieć nowy kodeks cywilny

Wywiad z prof. Jeanem-François Gerkensem

fot. D. Hageman

Jean-François Gerkens

Od 1998 r. profesor prawa rzymskiego, prywatnego i porównawczego na Uniwersytecie w Liège. Wykłada prawo rzymskie i współczesne prawo prywatne belgijskie oraz prywatne prawo porównawcze, w obszarze których prowadzi badania naukowe i publikuje. Dyrektor czasopisma „Revue Internationale des Droits de l'Antiquité" i członek redakcji „European Review of Private Law". Studiował prawo w Liège, Ferrarze i w Rzymie. Pracę doktorską o problematyce związku przyczynowego w prawie rzymskim obronił w 1997 r. na Uniwersytecie w Lozannie. Absolwent Corso di alta formazione in diritto romano na Uniwersytecie La Sapienza. Visiting professor m.in. uniwersytetów w Neapolu, Lecce, Rzymie, Wiedniu, Montpellier, Pizie, Glasgow, Edynburgu, Salzburgu, Amsterdamie, Fryburgu, Pretorii, Kapsztadzie, Paryżu, Madrycie, Moskwie i Bonn.

✉ *JF.Gerkens@ulg.ac.be*

Aleksander Grebieniow: Panie Profesorze, gdzie na mapie systemów prawnych sytuuje się Belgia?

Jean-François Gerkens: Myślę, że powinniśmy spojrzeć na tę kwestię historycznie – pamiętajmy, że państwo belgijskie powstało dopiero w 1830 r. Niemniej jednak już wcześniej, zanim Belgia stała się państwem, była wskutek aneksji dokonanej przez Francję w XVIII wieku, terytorium jednolitym. Wcześniej składała się z wielu małych księstw i hrabstw, znacząco różniących się od siebie, również na gruncie porządku prawnego. Tak było przynajmniej w przypadku Liège. Natomiast Flandria, Brabancja, Luksemburg czy Limburg były podobne do północnej Francji, *pays de droit coutumier* (krajów prawa zwyczajowego). Nie było także większych różnic między nauką prawa w Belgii i Francji. Ostatecznie aneksja francuska zlikwidowała wszelkie odmienności. Belgia została podzielona na departamenty, które nie miały wiele wspólnego z historycznymi krainami. Wszystko to miało olbrzymie znaczenie, gdyż w roku 1804 – Belgia nie istniała wówczas jako państwo, była częścią Francji – wszedł u nas w życie Kodeks Napoleona, tak jak na całym terytorium francuskim.

A.G.: Czy jest to sytuacja, którą moglibyśmy określić jako *legal transplant*, przeszczepienie kodeksu francuskiego na grunt belgijski?

J.F.-G.: Tak naprawdę nie powinniśmy mówić o przeszczepie prawnym w sensie technicznym. *Code civil* po prostu nam się przytrafił! Po przegranej Napoleona w 1815 r., na kongresie wiedeńskim zadecydowano o przyłączeniu Belgii do Królestwa Niderlandów. Wtedy na następne 15 lat staliśmy się z kolei Holendrami. Holendrzy również posługiwali się francuskim kodeksem, lecz już wówczas (od 1813 r.) prowadzili prace nad stworzeniem nowej ustawy cywilnej. Ich dążenia wzmocnione były świadomością posiadania własnej tradycji prawnej[1], uświetnionej wielkimi nazwiskami, takimi jak Hugo Grocjusz (1583–1645), Johannes Voet (1647–1713) czy Gerhard Noodt (1647–1725). Z tego powodu posługiwanie się cudzym kodeksem cywilnym uważali za nie do zaakceptowania. Niemniej nie mo-

1 Tzw. eleganckiej jurysprudencji holenderskiej.

Rozmowę przeprowadził 23 marca 2018 r. w Warszawie Aleksander Grebieniow.

gli zrobić żadnego kroku naprzód, bowiem Belgia, którą Holandia otrzymała jako prezent w 1815 r., nie chciała uczestniczyć w tych pracach. Stworzenia holenderskiego kodeksu cywilnego[2] podjęto się zatem dopiero po rozstaniu się obu narodów, w tym czasie posługując się *Code civil*.

A.G.: Wydaje się, że w pewnym stopniu Belgię i Polskę łączy ta sama historia, ponieważ także w Polsce dokonała się recepcja *Code civil*. Z tą różnicą, że został on uchylony w 1946 r., podczas gdy w Belgii wciąż obowiązuje. Wasz kodeks jest bardziej belgijski czy bardziej francuski?

J.F.-G.: Duża część przepisów kodeksu z 1804 r. nie została w Belgii zmodyfikowana, podczas gdy we Francji uległa zmianie. Zatem w pewnym stopniu jesteśmy bardziej francuscy od Francuzów! Ale w Luksemburgu jest jeszcze „gorzej", tam dokonano jeszcze mniej zmian legislacyjnych. [śmiech] Owszem, był pomysł i chęć stworzenia własnego, belgijskiego kodeksu cywilnego. Wyśmienity projekt został sporządzony w roku 1879 przez François Laurenta (1810–1887). Był to jednak projekt zbyt postępowy, aby mógł zostać zaakceptowany. Laurent chciał np. zrównać w pełni w prawach kobiety i mężczyzn. Jego *Avant-projet de Code civil* został niestety odrzucony z powodów politycznych: zadecydowało o tym stanowisko partii katolickiej, która nie zgodziła się go poprzeć dlatego, że jego autorem był zadeklarowany antyklerykał.

A.G.: W książce *Droit privé comparé*[3] pisze Pan o planach reformy prawa cywilnego, które obecne były od zarania belgijskiej niepodległości. Jak widać, tak się jednak nie stało. Jakie są zatem widoki na przyszłość?

J.F.-G.: To prawda. Od czasu odrzucenia projektu François Laurenta nie zmieniło się niemal nic. Częściowe reformy prawa cywilnego miały co prawda miejsce, lecz ograniczyły się przede wszystkim do rewizji prawa rodzinnego. Natomiast dziś dyskutuje się nad całościową reformą prawa cywilnego, zaś w fazie konsultacji jest projekt nowego prawa zobowiązań[4]. Miałby to być

My, Belgowie w pewnym stopniu jesteśmy bardziej francuscy od Francuzów!

2 Wzorowanego wciąż na kodyfikacji francuskiej Burgerlijk Wetboek z 1838 r., zastępowanego nową kodyfikacją systematycznie od 1992 r.

3 J.-F. Gerkens, *Droit privé comparé*, Bruxelles 2007.

4 *Réforme du Code civil. Droit des biens, droit des obligations et droit de la preuve*, https://justice.belgium.be/fr/bwcc (dostęp: 3.04.2018). Komisje pracujące nad modernizacją poszczególnych gałęzi prawa cywilnego zostały powołane przez Ministra Sprawiedliwości Królestwa Belgii 30 września 2017 r. Motywy projektu wskazują na szerokie inspiracje przykładami z orzecznictwa belgijskiego, francuskiego, holenderskiego, niemieckiego i szwajcarskiego oraz kodeksami państw obcych i międzynarodowymi projektami harmonizacji prawa prywatnego, m.in.: kodeksem niemieckim, kodeksem francuskim, holenderskim, kodeksami szwajcarskimi, *Common European Sales Law*, Konwencją wiedeńską o międzynarodowej sprzedaży towarów z 1980 r., szwajcarskim projektem rewizji prawa zobowiązań – OR 2020, *Draft Common Frame of Reference*, *Principles of European Contract Law. Projet de convention Benelux relative à l'exécution des obligations*, francuskimi projektami reformy *Code civil*: *Avant-projet Catala 2005*, *Avant-Projet Terré 2009* czy Zasadami UNIDROIT. Więcej o problematyce rekodyfikacji w Belgii można dowiedzieć się u: F. Peeraer, I. Samoy, *The Belgian Civil Code. How to Restore its Central Position in Modern Private Law?*,

kodeks prawdziwie nowoczesny, inspirowany prawem porównawczym. Jego struktura upodabniałaby go do obowiązującego kodeksu holenderskiego z 1992 r., który dzieli się na 10 ksiąg obejmujących poszczególne gałęzie prawa prywatnego. Miałem okazję czytać projekt poświęcony prawu majątkowemu i zobowiązaniom (*des biens et des obligations*). Nie jest to może dzieło przełomowe w dziejach prawa, lecz z pewnością to bardzo nowoczesny owoc komparatystyki prawniczej.

A.G.: A zatem odczuwa się silny wpływ holenderskiej nauki prawa i kodeksu?

J.F.-G.: Można tak powiedzieć. To, co dzieje się na przykład we Francji, interesuje nas znacznie mniej. Ewolucja prawa cywilnego, jaka dokonuje się we Francji, w szczególności w prawie zobowiązań, to w gruncie rzeczy rewolucja w zamkniętym świecie prawa francuskiego: Francuzi zajmują się sobą, nie interesuje ich prawo porównawcze.

A.G.: Ma Pan na myśli rewizję *Code civil* z października 2016 r.[5] Nie odczuwa się tych zmian chociażby w orzecznictwie czy w doktrynie prawa belgijskiego?

J.F.-G.: Nie, prawie wcale. Wynika to w pewnym stopniu z dwujęzyczności. W Belgii projekty ustaw sporządzane są zawsze w dwóch wersjach językowych – francuskiej i flamandzkiej. W zasadzie powinno się mówić każdorazowo o projektach, nie zaś o pojedynczym projekcie kodeksu cywilnego, gdyż na czele komisji stoi dwóch współprzewodniczących: Flamand i Walończyk. Może się zatem zdarzyć, że prawo francuskie czyta frankofon, ale nie robi ono większego wrażenia na Flamandzie. Prawnicy flamandzcy spoglądają natomiast nie tylko na prawo holenderskie, lecz również na *common law* czy prawo niemieckie. Podjęto np. próby wprowadzenia do kodeksu obcych belgijskiemu i francuskiemu systemowi prawnemu niemieckich *Generalklauseln* (klauzul generalnych). Funkcjonowały one przez pewien czas, zostały jednak ostatecznie uchylone. Widać zatem, że również ewolucja prawa w Niemczech nie pozostaje bez wpływu na prawników flamandzkich.

Dobrze byłoby mieć nowy kodeks cywilny, lepiej usystematyzowany, lepiej odpowiadający wyzwaniom współczesności i bardziej otwarty na doświadczenia innych systemów prawa. Innym pytaniem pozostaje to, czy kodeks stanowi obecnie najlepszą alternatywę dla prawa cywilnego.

A.G.: Czy Pan Profesor, jako komparatysta, podpisałby się pod słynnym stwierdzeniem Napoleona, że jego kodeks jest stracony (*mon code est perdu*)?

„European Review of Private Law" 2016, vol. 24, s. 601–617; D. Heirbaut, *The Sleeping Beauty Awakens. Belgium's New Law of Inheritance as a First Step in the Greatest Recent Recodification Program in Western Europe*, „Zeitschrift für Europäisches Privatrecht" 2018, vol. 25, s. 392–414.

5 Wprowadzona ordonansem nr 2016-131 z 10 lutego 2016 r. reforma francuskiego kodeksu cywilnego przyniosła głębokie zmiany w obszarze prawa zobowiązań. Ustawodawca skodyfikował nieobecne dotychczas w *Code civil*: instytucję nadzwyczajnej zmiany stosunków (*imprévision*), *culpa in contrahendo*, obowiązek dochowania dobrej wiary na etapie negocjowania, zawierania i wykonywania kontraktu oraz instytucję wyzysku (*abuse de l'état de dépendance*). Wprowadzono także m.in. możliwość żądania świadczenia niepieniężnego w wypadku niewykonania umowy (*l'exécution forcée en nature*).

J.F.-G.: Tak, w pewnym stopniu. To istny cud, że *Code Napoléon* utrzymał się tak długo w niezmienionym kształcie, ponieważ w rzeczywistości, gdy czyta się głosy krytyczne – moim zdaniem bardzo uzasadnione – ze strony XIX-wiecznych niemieckich jurystów, kodeks francuski cechowała umiarkowana jakość. Tylko prestiż pozwolił owej kodyfikacji utrzymać się tak długo. W moim odczuciu dobrze byłoby mieć nowy kodeks cywilny, lepiej usystematyzowany, lepiej odpowiadający wyzwaniom współczesności i bardziej otwarty na doświadczenia innych systemów prawa. Innym pytaniem pozostaje to, czy kodeks stanowi obecnie najlepszą alternatywę dla prawa cywilnego[6].

A.G.: W opozycji do tego, co mówi Pan o prawie francuskim, Stefan Grundmann stawia w swoim niedawnym artykule[7] tezę, że równolegle do porażki projektu *Common European Sales Law* możemy zaobserwować zbliżenie efektów francuskiej reformy prawa zobowiązań do kształtu kodeksu niemieckiego, jaki nadała mu tzw. *Schuldrechtsmodernisierung* z roku 2002. Innymi słowy, niepowodzenie harmonizacji na poziomie ponadnarodowym nie musi oznaczać braku konwergencji na poziomie narodowym.

J.F.-G.: Niewykluczone, choć przyznaję, że zaskakuje mnie taka teza. Na ile znany mi jest schemat funkcjonowania francuskiej komisji ds. reformy prawa zobowiązań, prawo porównawcze miało umiarkowany wpływ na jej kształt. Możliwe natomiast, że wpływ niemieckiego kodeksu cywilnego (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) dokonuje się tutaj za pośrednictwem *Common European Sales Law* (CESL), które jest wynikiem zestawienia rozwiązań pochodzących z różnych systemów prawa. Czemu nie? Niemniej przypominam sobie mój udział w pewnym niewielkim sympozjum dotyczącym właśnie CESL, w którym uczestniczyli także prawnicy francuscy i niemieccy. Wzajemny brak zrozumienia przytłaczał ogromem! Zaczynał się już w punkcie, w którym CESL dotyka kwestii przeniesienia prawa własności rzeczy sprzedanej. Mimo że ostatecznie dla komparatysty różnice między prawem francuskim a niemieckim nie są trudne do uchwycenia i zrozumienia. Lecz w dyskusji o tym, jak dokonuje się sprzedaż, Niemcy oponują od razu, mówiąc, że sprawa przeniesienia własności wykracza poza prawo sprzedaży, ponieważ przynależy do *Sachenrecht*, prawa rzeczowego. A *Sachenrecht* nie należy do CESL. Natomiast Francuzi nie rozumieją, dlaczego umowa sprzedaży nie musi koniecznie przenosić własności! [śmiech] Zabawne było przysłuchiwać się tej dyskusji. Wypływają z niej wnioski świadczące o wciąż dużej aktualności zadań stojących przed prawem porównawczym.

A.G.: Czy uprawnianie nauki prawa w kraju tak małym jak Belgia, sąsiadującym z wieloma odmiennymi systemami prawnymi, oznacza konieczność bycia komparatystą?

J.F.-G.: Odpowiedź na to pytanie jest teoretycznie twierdząca. Każdy Belg powinien być komparatystą, gdyż prawo belgijskie nie znaczy wcale tak wiele. W oczywisty sposób musimy mieć na uwadze to, co dzieje się poza naszymi granicami. Ale w praktyce, niestety, wśród prawników dominuje myślenie kategoriami narodowymi. Z ubolewaniem obserwuję, że rzecz coraz gorzej ma się z kompetencjami językowymi naszych studentów. To bardzo rozczarowujące. Ponadto pierwszym językiem obcym młodych ludzi staje się angielski, zarówno dla frankofonów, jak i dla Flamandów. A angielski nie jest użyteczny w nauce prawa belgijskiego. Znacznie korzystniejsze wydaje się poznanie języka lub języków Europy kontynentalnej. Taka perspektywa daje niewątpliwą przewagę tym z belgijskich prawników, których językiem ojczystym jest niemiecki. Jest ich niewielu, ale mają oni znacznie ułatwiony dostęp do prawa niemieckiego. Do tego dochodzi jeszcze kwestia prawa rzymskiego, które oferuje wspólną dla wielu systemów prawa terminologię prawniczą. To istotne, gdyż nawet w obrębie tego samego języka istnieją różnice, np. między terminologią prawniczą francuską i szwajcarską. One wyrażają po prostu inne koncepcje prawne. Między Francją a Belgią tych różnic jest mniej, ale nawet tutaj są one widoczne. Zauważalne różnice są również między niemieckojęzyczną Belgią a Niemcami. Tłumaczenie pewnych konstrukcji prawnych jest niemożliwe, gdyż

6 Zob. S. Van Loock, *The Reform of the French Law of Obligations. How Long Will the Belgians Remain Napoleon's Most Loyal Subjects?* (w:) S. Stijns, S. Jansen (eds.), *The French Contract Law Reform. A Source of Inspiration?*, Antwerp 2016, s. 24–25.

7 S. Grundmann, M.-S. Schäfer, *The French and the German Reforms of Contract Law*, „European Review of Contract Law" 2017, vol. 13, z. 4, s. 459–490.

albo nie ma ich w prawie niemieckim, albo belgijskim. Terminy na ich określenie trzeba od początku wymyślić.

A.G.: Pragnę zapytać, czy w Belgii komparatystyka prawa mająca za przedmiot systemy prawne krajów francuskojęzycznych, takich jak Francja, Luksemburg, Québec czy po części Szwajcaria, ma jakieś szczególne znaczenie.

> **Nie wierzę w rodziny systemów prawnych.**

J.F.-G.: Nie powiedziałbym. Systemy prawne państw należących do kręgu kultury francuskiej są dla nas ważne, lecz z pewnością nie są ważniejsze od praw germańskich, które, począwszy od XIX w., wywierają coraz większy wpływ w świecie, także w tych krajach, które już wcześniej dorobiły się własnych kodeksów cywilnych. Dzięki temu np. dla francuskiego prawnika prawo szwajcarskie ma tę ogromną zaletę, że tłumaczy ono na język francuski wiele konstrukcji prawnych pochodzących z niemieckiej pandektystyki. Nawet jeśli nie wystarcza to w oczywisty sposób dla zrozumienia praw germańskich. Także w Belgii pandektystyka odcisnęła swoje piętno na nauczaniu prawa. W Liège program studiów z zakresu prawa prywatnego uporządkowany jest w nawiązaniu do systematyki BGB, nie zaś *Code Napoléon*. Kurs z zakresu części ogólnej prawa zobowiązań nazywany jest *La théorie générale des obligations*. Jest to nazwa ukuta przez francuskich komparatystów, którzy w ten sposób przetłumaczyli niemieckie pojęcie *Allgemeiner Teil*, oznaczające część ogólną niemieckiego kodeksu cywilnego (księga I). Na Uniwersytecie w Liège tradycja ta kultywowana jest nieprzerwanie od stulecia: mówimy „zobowiązania" i „ogólna teoria", ponieważ – nawet jeśli nie są tego świadomi ani wykładowcy, ani studenci – zobowiązania są w Belgii pod silnym wpływem części ogólnej BGB. Oczywiście są różnice między nauczaniem prawa w Liège i na innych uczelniach.

A.G.: Jak nauczać prawa porównawczego?

J.F.-G.: O ile pytanie dotyczy literatury komparatystycznej, to muszę przyznać, że publikacje, które uznałem za interesujące, nie powstały w języku francuskim. Lekturę zacząłem od podręcznika Zweigerta i Kötza[8]. Książka przypadła mi do gustu, choć nie zgadzam się z ich sposobem wyróżnienia systemów prawnych w świecie. Chcę przez to powiedzieć, że nie wierzę w rodziny systemów prawnych. Ten rodzaj klasyfikacji jest zbyt ogólnikowy. Nie do pomyślenia jest umieszczenie Holandii i Włoch w rodzinie prawa francuskiego. To nie ma sensu, gdyż oba systemy prawne są od siebie zbyt odległe. Nauczam moich studentów, wskazując im raczej, że każda epoka charakteryzowała się innymi wpływami ze strony innych systemów prawnych. Takie podejście wynika z mojej formacji jako romanisty. Mój kurs prawa porównawczego rozpoczynam więc w naturalny sposób od prawa rzymskiego, następnie omawiam prawo francuskie i jego pierwszą kodyfikację jako pierwszą o naprawdę światowym oddziaływaniu, którą przeszczepiono lub skopiowano niemal wszędzie w świecie. Następnie omawiam prawo niemieckie, najbardziej wpływowy system prawa po kodyfikacji francuskiej. I staram się wykazać, jaką intensywność miały owe oddziaływania w różnych systemach prawnych, czy ewentualnie silne były własne, lokalne tradycje. Wzajemne oddziaływania systemów prawnych nie dają się łatwo zaszufladkować, nie jest łatwo stwierdzić: „to jest taka a taka rodzina prawa". Jak można zmieścić razem w jednej rodzinie prawnej, tak jak to czynią Zweigert i Kötz, Chiny i Japonię, które są jak woda i ogień? Co się zaś tyczy nauczania prawa prywatnego, muszę przyznać, że brakuje mi w nim otwartości na obce doświadczenia. Na wykładach powinno się uciekać od prawa krajowego i konfrontować obowiązujące rozwiązania z doświadczeniami sąsiadów. Nie jest to bardzo trudne. Ale bez tego język prawa skostnieje tak prędko, że wkrótce w Europie zupełnie nie będziemy w stanie się ze sobą porozumieć.

8 K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen, wyd. 1: 1969/71, wyd. 2: 1984, wyd. 3: 1996.

Olga Sitarz, Dominika Bek

Czy zasadnie i skutecznie ustawodawca podwyższył poziom ochrony małoletnich? Krytyczna analiza nowelizacji Kodeksu karnego z 23 marca 2017 r.

Olga Sitarz

Doktor habilitowana nauk prawnych, kierownik Katedry Prawa Karnego i Kryminologii Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego, była sędzia w sprawach karnych, mediatorka Śląskiego Centrum Arbitrażu i Mediacji w sprawach karnych.

✉ *olga.sitarz@us.edu.pl*

Dominika Bek

Doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Karnego i Kryminologii Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego, mediatorka Śląskiego Centrum Arbitrażu i Mediacji w sprawach karnych.

✉ *dominika.bek@us.edu.pl*

Has the Polish Legislator Reasonably and Effectively Increased the Level of Child Protection? A Critical Analysis of the Amendment of March 23, 2017 to the Penal Code

The objective of this article is to interpret the provisions of the act of March 23, 2017 amending the Penal Code, referring – directly or indirectly – to minors. Following the decision of the legislator, four aspects of changes are taken into account: new circumstance including among sentencing directives; new types of crimes, threatened by a higher penalty; tightening the statutory limits for the penalty of certain types of crimes and taking new crimes into the obligation of denunciation. The authors of the amending act declared that increasing the level of criminal-law child protection was their main motive. The presented interpretation takes into account these assumptions. The analysis was carried out both on the basis of the adopted assumptions and the manner of their implementation. The article reveals various flaws and defects in the adopted legal solutions, which do not allow a positive assessment of the above mentioned amendment.

„Ochrona dóbr dziecka powinna mieć najwyższy priorytet" – to zdanie prezydenta RP Andrzeja Dudy powtarzało się w lipcowych komunikatach prasowych[1] komentujących wejście w życie ustawy z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy Kodeks karny, Ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz ustawy Kodeks postępowania karnego[2]. Intencje twórców prezydenckiego projektu z dnia 5 września 2016 r. szerzej prezentuje uzasadnienie skierowane do Sejmu RP. Już pierwsze zdanie potwierdza, że podstawowym celem, jaki przyświecał projektodawcom, było „podwyższenie poziomu ochrony małoletnich, ze szczególnym uwzględnieniem małoletnich poniżej lat 15, a także osób nieporadnych ze względu na swój stan psychiczny lub fizyczny"[3]. Choć zarówno w projekcie, jego uzasadnieniu, jak i w ostatecznym tekście noweli obok „małoletniego" pojawia się kategoria osób nieporadnych, to niewątpliwie właśnie dobro dziecka było najsilniej eksponowane przez twórców projektu i ustawodawcę[4]. W ślad za prawodawcą to właśnie tej grupie podmiotów poświęcimy uwagę. Przy tym w swych rozważaniach skoncentrujemy się na zmianach wprowadzonych w prawie karnym materialnym pomieszczonych w Kodeksie karnym[5], gdyż to one stanowią trzon noweli. Przedmiotem naszych rozważań nie będą inne zmiany w Kodeksie karnym wprowadzone ustawą z 23 marca 2017 r., które mogą budzić wiele kontrowersji, jednak nie są bezpośrednio związane z programowym wzmocnieniem ochrony małoletniego (przykładowo nowa treść przepisu art. 156 § 3 k.k.).

Szczególna wrażliwość na krzywdę dziecka wydaje się w naszej kulturze oczywistością, jednak już od momentu publikacji projektu jego założenia budzą wątpliwości[6]. Czy młody wiek stanowi właściwe kryterium wyróżniania pokrzywdzonych? Czy w projekcie dobrano odpowiednie narzędzia do realizacji założonego celu? Czy założenia te zostały zachowane mimo licznych zmian dokonanych w ustawie w toku prac parlamentarnych? Na ile ustawa nowelizacyjna realizuje cele zakładane pierwotnie przez projektodawcę? Odpowiedź na te zasadnicze pytania wymaga w pierwszej kolejności szczegółowego odtworzenia założeń noweli. Następnie prześledzić trzeba poszczególne obszary zmian: proponowanych i ostatecznie wprowadzonych. W ramach części ogólnej Kodeksu karnego uwagę poświęcić należy nowelizacji art. 53 § 2 k.k., a w ramach części szczególnej – wprowadzonym typom kwalifikowanym, modyfikacjom w zakresie ustawowego zagrożenia karą oraz rozszerzeniu obowiązku denuncjacyjnego. Zmiany te ocenić wypada nie tylko przez pryzmat założeń projektu, ale także z perspektywy systemu prawa karnego jako pewnej całości, w którą – nie po raz pierwszy – zaingerowano. Te szczegółowe oceny pozwolą na zbudowanie opinii na temat spójności ustawy nowelizacyjnej. Dzięki zestawieniu celów ustawy z funkcjami i aksjologią prawa karnego możliwa będzie też odpowiedź na pytanie o zasadność założeń przyjętych przez ustawodawcę.

Projektodawcy zmian zaproponowanych 5 września 2016 r. uwypuklają ochronną funkcję prawa karnego, a samej noweli przypisują potencjał wzmocnienia tej funkcji[7]. W pierwszym akapicie uzasadnienia mowa jest wprawdzie ogólnie o ochronie praw pokrzywdzonych, a także o osobach nieporadnych ze względu na swój stan psychiczny lub fizyczny, jednak kolejne akapity ogólnej części uzasadnienia nie zawierają

1 Por. np. Kancelaria Prezydenta, *Prezydencki projekt zwiększający ochronę dzieci*, 8.09.2016, http://www.prezydent.pl/prawo/ustawy/zgloszone/art,5,prezydencki-projekt-zwiekszajacy-ochrone-dzieci.html (dostęp: 9.08.2018).

2 Dz.U. 2017 poz. 773.

3 *Druk sejmowy nr 846 z 5 września 2016 r.*, http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/C82FD2CAF85A8A2FC125803500244863/%24File/846.pdf (dostęp: 9.08.2018).

4 Por. Kancelaria Prezydenta, *Prezydencki projekt…*, dz. cyt.

5 Przywołana ustawa wprowadziła też zmiany do ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich (art. 2 ustawy nowelizującej), przez niektórych zaliczanej do prawa karnego *sensu largissimo*.

6 Por. np. *Opinia KRS z dnia 13 października 2016 r. w przedmiocie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, http://www.krs.pl/admin/files/opinie-i-stanowiska/161013%20020%20149.pdf (dostęp: 9.08.2018); A. Barczak-Oplustil, M. Małecki, *Opinia do przedstawionego przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, druk nr 846*, http://kipk.pl/dokumenty/Malecki_Barczak_druk_846_ekspertyza.pdf (dostęp: 9.08.2018).

7 *Druk sejmowy nr 846…*, dz. cyt.

żadnych odniesień do tej ostatniej kategorii osób[8]. Nie ulega więc wątpliwości, że tą grupą, którą nowela ma chronić w sposób szczególny, są dzieci, zwłaszcza najmłodsze[9]. Twórcy projektu uzasadniają wzmocnioną troskę o małoletnich, a szczególnie o wybrane ich dobra: zdrowie, życie, wolność oraz prawidłowe sprawowanie opieki nad dziećmi. Wskazują, iż naruszenie dóbr stojących najwyżej w konstytucyjnej hierarchii nabiera „kwalifikowanego charakteru" z uwagi na podmiot doznający pokrzywdzenia, jakim jest małoletni[10]. Powołują się przy tym na dobro dziecka jako wartość nie tylko chronioną w sposób szczególny[11], ale też usytuowaną wysoko w hierarchii dóbr prawnych[12]. Mimo że argumenty zaczerpnięte przez projektodawców z Konstytucji RP dotyczą w równej mierze wszystkich osób poniżej 18 roku życia, to uzasadnienie projektu jednoznacznie wskazuje, że najważniejszą grupą jego beneficjentów mają być „osoby najmłodsze i najsłabsze, a więc małoletni poniżej 15 lat"[13]. Do oceny zasadności przytoczonych twierdzeń wypadnie powrócić w dalszej części tekstu. Na tym etapie dostrzec należy jedynie, że argumentacja ta okazała się przekonująca dla polskich posłów i senatorów. Już we wrześniu 2016 r. sekretarz stanu w Kancelarii Prezydenta RP (KPRP) Andrzej Dera wyraził nadzieję, że „będzie to jeden z projektów, który zostanie przyjęty przez wszystkich parlamentarzystów niezależnie od klubów politycznych; dobro dziecka, ochrona dzieci nie ma barw politycznych"[14]. Wyniki sejmowego głosowania z dnia 24 lutego 2017 r. nad poprawioną ustawą nowelizacyjną potwierdziły te przypuszczenia[15]. Powiedzieć można zatem, że głównym celem omawianych zmian w Kodeksie karnym było – według jej twórców – wzmocnienie karnoprawnej ochrony życia, zdrowia, wolności i innych wybranych dóbr małoletnich, a zwłaszcza małoletnich poniżej lat 15, i cel ten spotkał się z szerokim uznaniem najwyższego organu przedstawicielskiego w Polsce.

Głównym celem omawianych zmian w Kodeksie karnym było wzmocnienie karnoprawnej ochrony życia, zdrowia, wolności i innych wybranych dóbr małoletnich, zwłaszcza tych poniżej lat 15. Cel ten spotkał się z szerokim uznaniem najwyższego organu przedstawicielskiego w Polsce.

Nowela z 23 marca 2017 r. wprowadza tylko jedną zmianę w części ogólnej Kodeksu karnego, a mianowicie uzupełnia okoliczności mające wpływ na wymiar kary określone w art. 53 § 2 k.k. Pierwotny projekt prezydencki zakładał, że przepis ten otrzyma następujące brzmienie: „Wymierzając karę, sąd uwzględnia w szczególności motywację i sposób zachowania się

8 Wątek osób nieporadnych wraca dopiero w uzasadnieniu poszczególnych zmian.

9 Dość wskazać, że inspirację dla prezydenckiej inicjatywy ustawodawczej stanowiła propozycja Rzecznika Praw Dziecka.

10 *Druk sejmowy nr 846…*, dz. cyt., s. 6.

11 Art. 72 i art. 48 Konstytucji RP.

12 *Druk sejmowy nr 846…*, dz. cyt., s. 8.

13 *Druk sejmowy nr 846…*, dz. cyt., s. 7.

14 Kancelaria Prezydenta, *Prezydencki projekt…*, dz. cyt.

15 *Wyniki głosowania nr 39 na 36. posiedzeniu Sejmu*, http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/agent.xsp?symbol=glosowania&nrkadencji=8&nrposiedzenia=36&nrglosowania=39 (dostęp: 9.08.2018).

sprawcy, popełnienie przestępstwa wspólnie z nieletnim, rodzaj i stopień naruszenia ciążących na sprawcy obowiązków, rodzaj i rozmiar ujemnych następstw przestępstwa, popełnienie przestępstwa na szkodę małoletniego, właściwości i warunki osobiste sprawcy, sposób życia przed popełnieniem przestępstwa i zachowanie się po jego popełnieniu, a zwłaszcza staranie o naprawienie szkody lub zadośćuczynienie w innej formie społecznemu poczuciu sprawiedliwości, a także zachowanie się pokrzywdzonego". Po raz kolejny więc wyróżniono dzieci jako szczególną grupę pokrzywdzonych – tym razem już nie tylko w uzasadnieniu projektu, ale także w proponowanych zmianach normatywnych. Takie ujęcie było krytycznie komentowane i ustawodawca zdecydował się uwzględnić jedną z uwag Krajowej Rady Sądownictwa[16]. W efekcie dalszych prac art. 53 § 2 k.k. przyjął następujący kształt: „Wymierzając karę, sąd uwzględnia w szczególności motywację i sposób zachowania się sprawcy, zwłaszcza w razie popełnienia przestępstwa na szkodę osoby nieporadnej ze względu na wiek lub stan zdrowia, popełnienie przestępstwa wspólnie z nieletnim, rodzaj i stopień naruszenia ciążących na sprawcy obowiązków, rodzaj i rozmiar ujemnych następstw przestępstwa, właściwości i warunki osobiste sprawcy, sposób życia przed popełnieniem przestępstwa i zachowanie się po jego popełnieniu, a zwłaszcza staranie o naprawienie szkody lub zadośćuczynienie w innej formie społecznemu poczuciu sprawiedliwości, a także zachowanie się pokrzywdzonego". Niestety także aktualne brzmienie przepisu nie jest wolne od wad, a przy tym większość wcześniejszych uwag krytycznych nie straciła na aktualności.

Projektodawca zakładał, że „wprowadzenie dodatkowej okoliczności do dyrektyw wymiaru kary spowoduje, że sądy wymierzając karę, we wszystkich sprawach karnych będą zobowiązane do sprawdzenia, czy przestępstwo nie zostało popełnione na szkodę małoletniego. W przypadku ustalenia, że tak było, sąd powinien wymierzyć karę wyższą niż w przypadku przestępstwa analogicznego, ale popełnionego bez szkody na małoletnim"[17]. Brzmienie zaprojektowanego przepisu istotnie nakazywało każdorazowe uwzględnienie przy wymiarze kary faktu, że czyn popełniono na szkodę osoby do 18 roku życia. Przy tym – wbrew twierdzeniom Agnieszki Barczak-Oplustil i Mikołaja Małeckiego[18] – trudno sensownie utrzymywać, że okoliczność ta mogłaby mieć wpływ na złagodzenie kary[19], choć zapewne nie zawsze prowadziłaby do obostrzenia kary, np. w razie pokrzywdzenia 17-latka przez rówieśnika. Obecnie ustawa wyróżnia już nie małoletnich pokrzywdzonych, a ofiary będące osobami nieporadnymi ze względu na wiek lub stan zdrowia. Ujęciu temu nie można już zarzucić, że dyskryminuje osoby nieporadne z innych względów niż młody wiek[20], ale nowy fragment przepisu budzi znacznie większe wątpliwości interpretacyjne niż pierwotna propozycja, a przy tym efekty wykładni zdają się bardzo odległe od założeń noweli. Zwrot „osoba nieporadna ze względu na wiek lub stan zdrowia" pojawia się w aktualnym Kodeksie karnym po raz pierwszy. Równocześnie wprowadzono do znamion wybranych typów czynów zabronionych pojęcie „osoby nieporadnej ze względu na jej wiek, stan psychiczny lub fizyczny" obok znanego już wcześniej znamienia przedmiotu wykonawczego „małoletniego poniżej lat 15 albo osoby nieporadnej ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny". To rozmnożenie zbliżonych pojęć rodzi pytanie o sens takiego zabiegu. „Stan zdrowia" bez wątpienia obejmuje zarówno zdrowie fizyczne, jak i psychiczne, nie będzie jednak obejmował nieporadności związanej ze stanem fizycznym lub psychicznym o podłożu innym niż chorobowe (stan nietrzeźwości lub odurzenia?). Natomiast osoba nieporadna ze względu na wiek nie może być utożsamiana z osobą małoletnią poniżej lat 15. Pojęcie z art. 53 § 2 k.k. z jednej strony będzie obejmowało także osoby nieporadne z uwagi na podeszły wiek[21], z drugiej strony nie będzie zasadniczo obejmowało starszych małoletnich ani tych dzieci

16 *Opinia KRS z dnia 13 października 2016 r.*..., dz. cyt., s. 2.

17 *Druk sejmowy nr 846*..., dz. cyt., s. 7.

18 A. Barczak-Oplustil, M. Małecki, *Opinia*..., dz. cyt., s. 7–8.

19 Podobnie jak popełnienie przestępstwa wspólnie z nieletnim.

20 Por. *Opinia KRS z dnia 13 października 2016 r.*..., dz. cyt., s. 2 oraz M. Małecki, *Większa ochrona osób nieporadnych, również przed narodzeniem*, „Dogmaty Karnisty", 28.02.2017, https://dogmatykarnisty.blogspot.com/2017/02/wieksza-ochrona-osob-nieporadnych.html (dostęp: 9.08.2018).

21 Na marginesie rodzi się pytanie, czy sam podeszły wiek może być przyczyną nieporadności, czy jednak zawsze będzie to miało związek ze stanem zdrowia.

poniżej lat 15, które są nad wiek zaradne. Już zatem krąg pokrzywdzonych wskazany w komentowanym przepisie odległy jest od pierwotnych założeń. Nie obejmuje bowiem wszystkich małoletnich i – jak się zdaje – nakazuje sądowi każdorazowo badać zaradność także młodszych ofiar przestępstw. Dość obrazowo (i brutalnie szczerze) odnośnie do tej kwestii wypowiedział się Piotr Rogoziński w trakcie prac Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach. Stwierdził on, że dzięki sformułowaniu „osoba nieporadna ze względu na wiek" szczególną karnoprawną ochroną nie będzie objęty każdy małoletni, który „przykładowo jest karany, wychodzi z zakładu poprawczego i ma 17,5 roku. Użycie tego desygnatu «małoletni» rozmija się z tym, co chcemy osiągnąć"[22].

Dodać należy, że modyfikacja kręgu pokrzywdzonych nie wyeliminowała sygnalizowanego już w piśmiennictwie problemu związanego z przedmiotem ochrony[23]. Twórcy projektu nowelizacji uwypuklają wybrane tylko dobra osób małoletnich oraz nieporadnych i jedynie wyróżnienie tych dóbr starają się uzasadnić. Tymczasem art. 53 § 2 k.k. – tak w brzmieniu z projektu, jak i tym aktualnym – nie różnicuje w żaden sposób dóbr osób małoletnich czy nieporadnych. Nieporadność pokrzywdzonego będzie miała więc takie samo znaczenie w przypadku naruszenia jego zdrowia, życia czy wolności, co w przypadku szkód w mieniu.

Kwestia dobra prawnego schodzi jednak na dalszy plan w zestawieniu z innym jeszcze problemem interpretacyjnym. Spore zaskoczenie budzi zwrot: „sąd uwzględnia w szczególności motywację i sposób zachowania się sprawcy, zwłaszcza w razie popełnienia przestępstwa na szkodę osoby nieporadnej ze względu na wiek lub stan zdrowia". Wykładnia gramatyczna prowadzi do wniosku, że nieporadność pokrzywdzonego powinna sprawić, że sąd, wymierzając karę, w szerszym zakresie uwzględni motywację i sposób zachowania się sprawcy. Czy to oznacza, że w pozostałych przypadkach sąd może/powinien przykładać mniejszą wagę do zachowania sprawcy oraz motywów i pobudek jego postępowania? Jaki związek ze szczególnym znaczeniem tych czynników miałaby mieć nieporadność pokrzywdzonego? Ponadto dosłowne odczytanie zacytowanego sformułowania nakazuje sądowi uwzględniać nieporadność pokrzywdzonego tylko przez pryzmat motywacji i zachowania się sprawcy. Zatem nieporadność ofiary nie jest samodzielną okolicznością uwzględnianą w ramach dyrektyw wymiaru kary, a tylko czynnikiem mającym dodatkowo uwrażliwić sąd na motywację i zachowanie się sprawcy. Zestawienie takiej interpretacji z pierwotnym brzmie-

Pojęcie „osoby nieporadnej ze względu na wiek lub stan zdrowia" będzie obejmowało osoby nieporadne z uwagi na podeszły wiek, ale nie starszych małoletnich ani dzieci poniżej lat 15, które są nad wiek zaradne. Już zatem krąg pokrzywdzonych wskazany w komentowanym przepisie odległy jest od pierwotnych założeń.

22 *Posiedzenie Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach dnia 26 stycznia 2017 r.*, Biuletyn nr 1509/VIII, nr 29, http://orka.sejm.gov.pl/Zapisy8.nsf/wgskrnr/NKK-29 (dostęp: 9.08.2018).

23 A. Barczak-Oplustil, M. Małecki, *Opinia*..., dz. cyt., s. 8.

niem prezydenckiego projektu pokazuje, jak dalece – w toku prac parlamentarnych – zdezaktualizowało się uzasadnienie zmian w art. 53 k.k. Nie sposób wciąż utrzymywać, że dzięki nowelizacji małoletniość czy nieporadność pokrzywdzonego będzie miała zasadniczy wpływ na obostrzenie wymiaru kary. Jaki był więc cel przeformułowania przepisu?

W sprawozdaniu Podkomisji Stałej do spraw nowelizacji prawa karnego z dnia 14 grudnia 2016 r. pojawia się już wprawdzie krąg osób nieporadnych, jednak brak jeszcze kontrowersyjnego „zwłaszcza" i zestawienia tej okoliczności z motywacją oraz zachowaniem sprawcy[24]. Aktualne brzmienie art. 53 § 2 k.k. zostało przyjęte podczas posiedzenia Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach dnia 26 stycznia 2017 r. Według stenogramu z posiedzenia A. Dera uzasadnia zmianę następująco: „(…) chciałem dopowiedzieć, że jest to zmiana umiejscowienia tego, co wcześniej uzgadnialiśmy. Jest to troszeczkę wyżej, żeby było to uwzględniane przy motywacji. Kluczowa dla sądu jest motywacja sprawcy, a nie na dole, gdzie można byłoby to interpretować w inny sposób. Jest wyraźne wskazanie, że sąd musi uwzględnić, że ktoś wiedział, chciał itd., aby to skutkowało na wymiar kary, że wiedział, że robi to przeciwko dziecku. Krótko mówiąc, żeby było to obiektywne przestępstwo. Po konsultacji z ministrem sprawiedliwości uznaliśmy, że będzie to czytelniejsza dyrektywa dla sądu. Treść jest ta sama, tylko umiejscowienie spowoduje, że ocena sądu będzie bardziej obiektywna"[25]. Wypowiedź ustna rządzi się swoimi prawami – drobiazgowa, krytyczna analiza mogłaby zostać uznana za złośliwą. Poprzestaniemy więc na próbie uchwycenia istoty słów sekretarza stanu w KPRP. Z wypowiedzi tej wynika, że intencją prawodawcy było: zmuszenie sądu do uwzględnienia przy wymiarze kary umyślnego naruszenia dóbr prawnych dziecka (osoby nieporadnej) i nadanie tej okoliczności wysokiej rangi. Z przykrością stwierdzić trzeba, że żaden z tych celów nie został zrealizowany. Nawet najżyczliwsza interpretacja nowego fragmentu art. 53 § 2 k.k. nie pozwala na uznanie, że w świetle przepisu wpływ nieporadności ofiary na wymiar kary uzależniony jest od tego, czy sprawca tę nieporadność sobie uświadamiał. Przy tym jakiekolwiek umiejscowienie danej okoliczności w treści art. 53 § 2 k.k. nie wiąże sądowi rąk i nie zmusza do zaostrzenia lub złagodzenia kary.

Interesującą próbę uratowania sensu nowelizacji art. 53 § 2 k.k. podjął Radosław Hałas, pisząc: „Obecna redakcja przepisu, nakazująca zwrócić szczególną uwagę na motywację i sposób zachowania się sprawcy w sytuacji popełnienia przestępstwa na szkodę osoby nieporadnej wyłącza «automatyzm» w traktowaniu tej okoliczności jako obciążającej, bowiem sąd, po przeanalizowaniu okoliczności sprawy, może dojść do przekonania, że fakt, iż pokrzywdzonym jest osoba nieporadna, nie prowadzi do surowszej oceny motywacji i sposobu zachowania się sprawcy"[26]. Postulat wszechstronnej oceny wszystkich okoliczności ujętych w art. 53 § 2 k.k. jest ze wszech miar uzasadniony, ale nie wydaje się, by takie lub inne usytuowanie danej okoliczności w tekście przepisu cokolwiek w tej kwestii zmieniało. Słuszność postulatu nie zmienia też faktu, że redakcja przepisu wskazuje wyraźnie, iż sąd powinien uwzględnić motywację i zachowanie się sprawcy zwłaszcza, gdy ucierpiała osoba nieporadna, a nie – uwzględnić w ramach oceny tej motywacji działania na szkodę takiej osoby.

Czy powyższe pesymistyczne wnioski co do trafności przeprowadzonych zmian art. 53 § 2 k.k. oznaczają, że – wbrew woli ustawodawcy – sąd nie będzie musiał uwzględniać faktu pokrzywdzenia małoletniego lub osoby nieporadnej? Oczywiście – nie. Już dotychczasowe brzmienie ogólnych dyrektyw wymiaru kary zawierało komponenty, w ramach których nie sposób pominąć okoliczności związanych z nieporadnością pokrzywdzonego. Ocena stopnia społecznej szkodliwości czynu wymaga w myśl art. 115 § 2 k.k. uwzględnienia „rodzaju i charakteru naruszonego dobra, rozmiaru wyrządzonej lub grożącej szkody, sposobu i okoliczności popełnienia czynu, wagi naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postaci zamiaru, motywa-

24 *Sprawozdanie Podkomisji Stałej do spraw nowelizacji prawa karnego z dnia 14 grudnia 2016 r.*, http://orka.sejm.gov.pl/opinie8.nsf/nazwa/spr_846/$file/spr_846.pdf (dostęp: 9.08.2018).

25 *Posiedzenie Komisji Nadzwyczajnej…*, dz. cyt.

26 R. Hałas, *Komentarz do art. 53 KK* (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, Legalis.

cji sprawcy, rodzaju naruszonych reguł ostrożności i stopnia ich naruszenia". Wiek i nieporadność ofiary nie powinny rzutować na ocenę naruszonego dobra prawnego, gdyż przykładowo zdrowie małego dziecka jest rodzajowo tym samym dobrem, co zdrowie osoby dorosłej w pełni sił. Wyjściowy stan ofiary może już mieć pewne znaczenie dla oceny rozmiaru szkody w dobrach osobistych, np. gdy konsekwencje medyczne urazu zależą od fazy rozwoju dziecka lub gdy wiek dziecka determinuje droższą metodę leczenia – czynniki te nie mają jednak jednoznacznego związku z nieporadnością pokrzywdzonego. Ponadto wykorzystanie przez sprawcę nieporadności pokrzywdzonego nie powinno umknąć w ramach oceny sposobu i okoliczności popełnienia czynu. Małoletniość lub nieporadność ofiary może też specyficznie kształtować motywację sprawcy. Niezależnie od złożonego problemu relacji między § 1 i 2 art. 53, dostrzec trzeba, że motywację oraz sposób popełnienia czynu wymienia też art. 53 § 2 k.k. Poza tym za uwzględnieniem nieporadności ofiary przy wymiarze kary przemawiać mogą też względy ogólno- i szczególnoprewencyjne. W końcu odnotować trzeba i to, że art. 53 § 2 k.k. stanowi otwarty katalog szczegółowych okoliczności mających wpływać na wymiar kary[27], a więc możliwe jest uwzględnienie także innych czynników mieszczących się w zakresie ogólnych dyrektyw z art. 53 § 1 k.k.

Na marginesie warto się zastanowić, czy nieporadność ofiary powinna mieć wpływ na wymiar kary i środków karnych wówczas, gdy sprawca nie uświadamia sobie tej cechy pokrzywdzonego, np. w razie kradzieży dokonanej pod nieobecność właściciela rzeczy lub w razie wypadku komunikacyjnego, gdy nie sposób przewidzieć wieku i stanu zdrowia przyszłych ofiar. Jeśli wyjściowy stan ofiary nie ma wpływu na rozmiar szkody, to wydaje się, że nie ma podstaw, by taka nieuświadomiona nieporadność pokrzywdzonego rzutowała na rodzaj i surowość kary orzekanej wobec sprawcy. Nie sposób bowiem stwierdzić, by nieuświadomiona przez sprawcę nieporadność ofiary mogła kształtować jego motywację lub sposób popełnienia czynu. W tym kontekście wątpliwości mogą budzić ujęte w katalogu z art. 115 § 2 k.k. „okoliczności popełnienia czynu". Przyjęcie szerokiego rozumienia tego zwrotu, pozwalającego na uwzględnienie także (a może zwłaszcza) tych okoliczności, które nie należą do znamion czynu zabronionego[28], stwarza pokusę wzięcia pod uwagę nieporadności ofiary także wówczas, gdy sprawca nic o niej nie wie. Zasadnie jednak powtarza się w literaturze, że zwrot „okoliczności popełnienia czynu" jest wyjątkowo enigmatyczny i wymaga dookreślenia[29]. W orzecznictwie popularność zyskał pogląd Jarosława Majewskiego, zgodnie z którym chodzi tu wyłącznie o czas (np. w porze nocnej), miejsce (np. za granicą, w miejscu publicznym) oraz tzw. kontekst sytuacyjny zachowania się (na oczach tłumu, we współdziałaniu z nieletnim lub w jego obecności, w reakcji na naganne zachowanie się pokrzywdzonego itp.)[30]. Generalnie więc chodzi o takie okoliczności, na które sprawca miał wpływ lub z których co najmniej mógł zdawać sobie sprawę. W tym więc sensie intuicje uzewnętrznione w zacytowanej wypowiedzi ministra A. Dery są słuszne – istotnie, nieporadność (w tym młody wiek) pokrzywdzonego będzie mieć przełożenie na wymiar kary zwłaszcza wówczas, gdy ta okoliczność była objęta świadomością sprawcy. Czy jednak osiągnięcie tego celu wymagało zmian scharakteryzowanych powyżej? W świetle dokonanej wykładni – odpowiedź jest jednoznacznie negatywna.

Kończąc wątek związany z nowelizacją art. 53 § 2 k.k., z przykrością podkreślić należy, że zmiany ostatecznie wprowadzone w tym katalogu nie tylko nie czynią zadość założeniom wyeksponowanym w prezydenckim projekcie, ale też nie realizują celów przypisywanych im w toku prac parlamentarnych. Niezależnie od akceptacji samych założeń noweli kategorycznie stwierdzić trzeba, że wprowadzone zmiany normatywne nie dają żadnych podstaw do wymierzania surowszych kar sprawcom przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu i wolności małoletnich. Nie gwarantują też surowszej odpowiedzialności za szkody i krzywdy wobec innych osób nieporadnych. Efekt w postaci bardziej zdecydo-

27 Por. M. Królikowski, S. Żółtek, *Komentarz do art. 53 KK* (w:) R. Zawłocki (red.) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116*, Warszawa 2017, Legalis.

28 Tak np. V. Konarska-Wrzosek, *Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym*, Toruń 2002, s. 88–89.

29 Por. np. J. Majewski, *Komentarz do art. 115 KK* (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2007, s. 1170.

30 Tamże.

wanej reakcji na czyny przeciwko osobom nieporadnym może ewentualnie przynieść sama dyskusja wokół noweli, ale i to jest wątpliwe. Przede wszystkim zaś nie tak przebiegać powinien proces legislacyjny. Sytuacja, w której komunikat zawarty w przepisie ustawy jest tak niejasny i mylący, że jego sensownego znaczenia poszukiwać można tylko w nieformalnych wypowiedziach prawodawcy – daleka jest od prawidłowości.

Z pozoru wydawać się może, że dużo łatwiej osiągnąć zakładane przez projektodawcę cele, wprowadzając zmiany w części szczególnej. O ile dyrektywy wymiaru kary tworzą jedynie pewną przestrzeń dla swobody sędziowskiej, o tyle konkretne typizacje stawiają już wyraźne granice. Jeśli istotnie zaostrzenie sankcji miałoby się przyczynić do wzmocnienia ochronnej funkcji prawa karnego, a w szczególności do zwiększenia ochrony najważniejszych dóbr małoletnich i nieporadnych, to część szczególna powinna okazać się ku temu właściwym obszarem. Nowelizacja w tym zakresie przebiegła dwojako – z jednej strony wprowadzono nowe typy kwalifikowane odnoszące się m.in. do dziecka, z drugiej – w niektórych typizacjach bezpośrednio odnoszących się do małoletnich podniesiono zagrożenie karą.

Wprowadzone dwa (nowe) typy kwalifikowane modyfikują przepis art. 189 § 2 – tzn. pozbawienie wolności dotyczy osoby nieporadnej ze względu na jej wiek (§ 2a), oraz przepis art. 207 § 1 – znęcanie się nad osobą nieporadną ze względu na jej wiek (§ 1a).

Już na początku musi rodzić się pytanie, dlaczego typem kwalifikowanym jest pozbawienie wolności osoby nieporadnej ze względu m.in. na jej wiek, tylko jeżeli to pozbawienie wolności trwało dłużej niż 7 dni. Oznacza to bowiem, że – zakładaną – szczególną karnoprawną ochroną nie są objęte osoby m.in. małoletnie, gdy pozbawienie wolności trwało krócej.

Znamieniem kwalifikującym jest zwrot „osoba nieporadna ze względu na jej wiek". Zakres tego pojęcia jego relację do pojęcia małoletniego oraz wady takiego rozwiązania zostały omówione przy analizie znowelizowanego przepisu art. 53 § 2 k.k. Kwestią, nad którą należy się więc pochylić, jest zasadność tworzenia typu kwalifikowanego w ogóle, a w tych dwóch przypadkach – w szczególe.

Projektodawca swoje racje przedstawił dość skromnie. W uzasadnieniu do prezydenckiego projektu nowelizacji przeczytać można, że „odebranie wolności małoletniemu, przetrzymywanie go w zamkniętych pomieszczeniach może mieć dalece bardziej szkodliwe skutki niż te, które występują w przypadku bezprawnego pozbawienia wolności osób dorosłych. W związku z tym uzasadnione jest wyjęcie zachowań polegających na pozbawieniu wolności małoletniego poniżej 15 roku życia z zakresu typu podstawowego i przeniesienie do typu kwalifikowanego. Taka decyzja normatywna w sposób prawidłowy odzwierciedli poziom społecznej szkodliwości takiego czynu zabronionego"[31]. Zatem projektodawca zaakcentował przede wszystkim wyższy stopień społecznej szkodliwości klasy zachowań polegających na pozbawieniu wolności osoby nieporadnej ze względu na wiek wśród zachowań polegających na pozbawieniu wolności. Nie

Zmiany ostatecznie wprowadzone w katalogu z art. 53 § 2 k.k. nie tylko nie czynią zadość założeniom wyeksponowanym w prezydenckim projekcie, ale też nie realizują celów przypisywanych im w toku prac parlamentarnych.

31 *Druk sejmowy nr 846…*, dz. cyt.

można w tym miejscu nie zadać pytania, czy rzeczywiście nieporadność pokrzywdzonego ze względu na jego wiek podwyższa poziom społecznej szkodliwości. Jakie są podstawy do wysuwania takiej tezy? Czy „wartość i znaczenie dóbr osobistych" zależą od stanu poradności ich dzierżyciela?

Równocześnie zauważyć należy, że projekt prezydencki nie przewidywał nowelizacji art. 207 k.k. – przestępstwa znęcania się. Ta zmiana pojawiła się w toku prac parlamentarnych (po I czytaniu, w czasie prac Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian z kodyfikacjach)[32]. Przypuszczać można (ponieważ trudno znaleźć pisemny ślad motywacji tej decyzji), że projektodawcom przyświecała ta sama idea, która wyrażona została w projekcie prezydenckim odnośnie do przepisu art. 189 k.k.

Pozornie wydawać by się mogło, że właśnie poprzez instytucję typu kwalifikowanego uda się uzyskać efekt, o którym mowa na oficjalnej stronie internetowej Prezydenta RP – „sądy w sprawach karnych będą musiały sprawdzać, czy w wyniku przestępstwa nie ucierpiało dziecko; jeśli ucierpiało, wymierzona kara powinna być wyższa"[33]. Skuteczność takiego mechanizmu można ocenić w bardzo prosty sposób. Należy zestawić zagrożenie karą za dany typ czynu zabronionego przed i po nowelizacji i porównać z rzeczywiście wymierzanymi karami za ten czyn.

Jeśli chodzi o przestępstwo znęcania się, przed nowelizacją czyn taki popełniony wobec osoby małoletniej zagrożony był karą od 3 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności, po nowelizacji grożąca kara to od 6 miesięcy do 8 lat pozbawienia wolności.

Wymierzając karę pozbawienia wolności za czyn z art. 207 § 1 k.k., sądy stosowały ją w dolnych granicach ustawowego zagrożenia. W roku 2012 ponad 90% wszystkich kar pozbawienia wolności stanowiły kary od 6 miesięcy do 2 lat pozbawienia wolności. Kary powyżej 2 lat pozbawienia wolności stanowiły 1% wszystkich kar[34].

Szczegółową analizę statystyczną dotyczącą skazań za przestępstwo znęcania się przeprowadził Artur Śledziewski. Wskazał on na podstawie danych statystycznych, że w okresie od 2006 r. do 2013 r. za przestępstwo znęcania się najczęściej orzekano karę pozbawienia wolności w wymiarze 1 roku. Druga pod względem częstości orzekania kara pozbawienia wolności znajdowała się w przedziale od 7 do 11 miesięcy. W okresie od 2006 r. do 2014 r. kary pozbawienia wolności orzekane w wymiarach dłuższych, tj. powyżej 2 do 3 lat, 3 lata, powyżej 3 do 5 lat, łącznie utrzymywały się w przedziale od 0,4% do 0,7% wszystkich orzekanych kar pozbawienia wolności. Natomiast kary pozbawienia wolności w najdłuższych wymiarach, tj. powyżej 5 do 8 lat, powyżej 8 do 10 lat, powyżej 10 do 15 lat, były orzekane w pojedynczych przypadkach. Z danych statystycznych wynika, że za typ podstawowy przestępstwa znęcania się (art. 207 § 1 k.k.) najczęściej orzekano karę pozbawienia wolności w wymiarze 1 roku (z wyjątkiem 2014 r., w którym najczęściej orzekano karę od 7 do 11 miesięcy). W dalszej kolejności za ten typ przestępstwa orzekano kary pozbawienia wolności w wymiarach od 7 do 11 miesięcy oraz od 1 roku do 2 lat. Łącznie za typ podstawowy przestępstwa znęcania się (art. 207 § 1 k.k.) w trzech powyższych wymiarach orzeczono średnio 3/4 kar pozbawienia wolności. W przypadku typu kwalifikowanego przestępstwa znęcania się połączonego ze stosowaniem szczególnego okrucieństwa (art. 207 § 2 k.k.) trudno dostrzec – zdaniem autora – jakąkolwiek tendencję w zakresie wymiaru kary pozbawienia wolności. Za ten typ przestępstwa orzekano zarówno karę pozbawienia wolności w najniższym wymiarze – od 1 do 2 miesięcy (2013 r.), jak i w jednym z najwyższych wymiarów – od 8 do 10 lat (2008 r. i 2009 r.). Zdecydowanie najczęściej za typ kwalifikowany przestępstwa znęcania się z art. 207 § 3 k.k. orzekano karę pozbawienia wolności w wymiarze 2 lat. Do 2008 r. średnio na dziesięć orzeczonych kar pozbawienia wolności z art. 207 § 3 k.k. było osiem w wymiarze 2 lat, zaś po 2008 r. wartość ta spadła do siedmiu kar[35].

32 *Posiedzenie Komisji Nadzwyczajnej…*, dz. cyt.

33 Kancelaria Prezydenta, *Prezydencki projekt…*, dz. cyt.

34 *Wyciąg z informacji o realizacji przez wymiar sprawiedliwości Krajowego Programu Przeciwdziałania Przemocy w Rodzinie w 2012 roku – dane statystyczne*, s. 9–11, https://www.ms.gov.pl/Data/Files/_public/ppwr/aktualnosci/wyciag-z-informacji-o-realizacji-przez-wymiar-sprawiedliwosci-kpppwr---dane-statystyczne.pdf (dostęp: 9.08.2018).

35 A. Śledziewski, *Przestępstwo znęcania się w kontekście przemocy w rodzinie*, rozprawa doktorska napisana pod kierunkiem

Wyniki przedstawionych badań oznaczają, że praktyka orzecznicza mieści się zarówno w uchylonych, jak i znowelizowanych granicach ustawowego zagrożenia przewidzianego za przestępstwo znęcania się. A to prowadzi do wniosku, że z perspektywy oczekiwanych zmian w orzecznictwie podnoszenie dolnej granicy nie było konieczne, podnoszenie górnej – nie jest w stanie doprowadzić do wymierzania „wyższych kar". Podobne wnioskowanie, oparte na badaniach praktyki orzeczniczej, należałoby zastosować odnośnie do przestępstwa z art. 189 k.k. Ocena braku skuteczności w zakładanej płaszczyźnie (wymuszenie stosowania surowszych kar) nie oznacza jeszcze ogólnej negatywnej oceny wprowadzenia nowych typów kwalifikowanych. Należy jednak wcześniej poświęcić nieco uwagi samej instytucji przestępstw kwalifikowanych, ich istocie i funkcji.

Tadeusz Bojarski wskazuje, że wokół typu podstawowego dobudowywane są i z niego wyprowadzane odmiany, które łącznie z typem podstawowym tworzą „rodziny przestępstw". Autor ten dodaje: „typy podstawowe stanowią jądro, tworzywo dla wykształcenia większych grup przestępstw («rodzin przestępstw»), służą do ich rozbudowy w szczegółach. (…) Ustawodawca wykorzystuje historycznie ukształtowane, odziedziczone typy przestępstw, aby na ich podstawie konstruować owe «rodziny» przestępstw"[36]. Przemysław Konieczniak słusznie zauważa, że typy zmodyfikowane (w tym kwalifikowane) nie są – z logicznego punktu widzenia – konieczne, a skoro istnieją, to ze względów utylitarnych[37].

W piśmiennictwie rzadko niestety poświęca się uwagę przesłankom tworzenia typów zmodyfikowanych, co przy wzmożonej działalności prawotwórczej należy uznać za pewien niedostatek. T. Bojarski w latach 70. ubiegłego wieku sporządził zestawienie takich przesłanek, przy czym samego zagadnienia obszernie nie rozwijał. Zdaniem przywołanego autora uzasadnieniem wprowadzenia typu zmodyfikowanego mogą być przesłanki o charakterze historycznym (tradycja ustawodawcza), przemiany społeczne (nowe zjawiska społeczne), przypadkowość, okoliczności typowe występujące z zasady często, a nie sporadycznie, przeciętny stopień społecznego niebezpieczeństwa typu podstawowego, a tym samym wysokie zagrożenie karą (stąd konieczność ustanowienia typu uprzywilejowanego) i wreszcie – wskazywane jako powód najważniejszy – względy kryminalno-polityczne. W ramach wspomnianej ostatniej przyczyny, w przypadku typów kwalifikowanych, T. Bojarski akcentuje efekt odstraszający zaostrzonej kary oraz gwarancję, że zostanie wymierzona odpowiednia kara – zrealizowana zostanie pożądana polityka karania odnośnie do przypadków szczególnych. T. Bojarski przyznaje, że tworzenie typów zmodyfikowanych to ograniczenie swobody sędziowskiej poprzez swoistą zmianę w rozdziale

prof. dr hab. M. Melezini, Białystok 2016, s. 313–323, http://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/5874/1/AD_Sledziewski_Przestepstwo_znecania_sie_w%20kontekscie_przemocy_w_rodzinie.pdf (dostęp: 9.08.2018).
Podobne wyniki autor otrzymał, badając akta sądowe spraw o znęcanie się w SR w Łomży (s. 347).

36 T. Bojarski, *Odmiany podstawowych typów przestępstw w polskim prawie karnym*, Lublin 1979, s. 32.
Zdaniem T. Bojarskiego można wyróżnić następujące cechy charakterystyczne dla przestępstw kwalifikowanych: „1) stopień społecznego niebezpieczeństwa typów kwalifikowanych jest wyższy od stopnia społecznego niebezpieczeństwa typów podstawowych; 2) zwiększonemu stopniowi społecznego niebezpieczeństwa odpowiada wyższe ustawowe zagrożenie karą w stosunku do zagrożenia za typ podstawowy; 3) wyrazem formalnym utworzenie typu kwalifikowanego jest zazwyczaj ujęcie wyodrębnionego przypadku w osobnym artykule lub w kolejnym paragrafie tego samego artykułu; 4) typy kwalifikowane tworzy ustawodawca przez wyodrębnienie z ram typów podstawowych przypadków szczególnych bądź przez dodanie do typów podstawowych elementów zupełnie nowych kierując się pry tym dość różnymi przesłankami; 5) elementy użyte do konstrukcji znamion kwalifikujących mają różnorodny charakter i merytorycznie stanowią stypizowanie okoliczności wymiaru kary; 6) typem kwalifikowanym w stosunku do innego typu (typu podstawowego) może być, według *communis opinio*, tylko typ tego samego rodzaju co i typ podstawowy; 7) zakres typu kwalifikowanego musi być z natury rzeczy węższy od zakresu typu podstawowego; 8) w sensie formalno-konstrukcyjnym natomiast typ kwalifikowany jest takim samym typem jak typ podstawowy" – tamże, s. 61.

37 P. Konieczniak, *Uwagi o pojmowaniu typów zmodyfikowanych* (w:) J. Giezek, J. Brzezińska (red.), *Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej*, Warszawa 2017, s. 26.

funkcji pomiędzy ustawodawcą i sędzią przy ustalaniu konkretnej kary. Jest to jednak, zdaniem autora, nawet ułatwienie w pracy sędziego. Konstrukcje typów zmodyfikowanych pozwalają na uniknięcie granic zbyt rozpiętych, mało „orientujących" w stopniu społecznego niebezpieczeństwa czynów podpadających pod jeden ogólny typ przestępstwa[38]. Nie ma wątpliwości, że mechanizm typów zmodyfikowanych pozwala na nieco spójniejszą politykę karania w obrębie różnych apelacji. Zdaniem P. Konieczniaka

bronione i przed nowelizacją wprowadzającą ten typ zmodyfikowany. Zatem poszukiwania funkcji typu zmodyfikowanego stają się nieco trudniejsze. Brak jest pogłębionej pracy na temat funkcji prawa karnego, a każdy z autorów poruszających to zagadnienie prezentuje własną systematykę zakładanych funkcji, stosując często oryginalną/własną terminologię i znaczenie użytych sformułowań. Niemniej zgodzić należy się z Andrzejem Zollem, że Konstytucja RP w zasadzie „nie określa bliżej" funkcji prawa karnego.

Wyniki przedstawionych badań oznaczają, że praktyka orzecznicza mieści się zarówno w uchylonych, jak i znowelizowanych granicach ustawowego zagrożenia przewidzianego za przestępstwo znęcania się. Zatem z perspektywy oczekiwanych zmian w orzecznictwie podnoszenie dolnej granicy nie było konieczne, podnoszenie górnej – nie jest w stanie doprowadzić do wymierzania „wyższych kar".

„pary złożone z typu zmodyfikowanego i pierwotnego stwarzają szczególną, dogodną podstawę wnioskowania o aksjologii ustawodawcy, treści dóbr prawnie chronionych, a być może także ich «wadze»"[39]. Rodzi się jednak pytanie, czy takie manifestacje winny być umieszczane w Kodeksie karnym, uprawniając sąd do naruszenia praw i wolności człowieka poprzez surowsze kary dla sprawcy, który taką (szczególną) wartość naruszył.

Jakie zatem funkcje realizują typy zmodyfikowane, w tym typy kwalifikowane? Odpowiedź nie jest prosta. Zacząć należy od banalnej uwagi, że wprowadzenie typu kwalifikowanego nie jest nową kryminalizacją. Zachowania opisane w typie kwalifikowanym były za-

Autor ten dodaje, że wyjątkiem jest funkcja gwarancyjna poręczana przez art. 42 Konstytucji i ochronna – poprzez art. 31 ust. 3 Konstytucji[40]. Upraszczając, na potrzeby niniejszej publikacji można jednak założyć, że – wedle *communis opinio* – prawo karne pełni funkcję sprawiedliwościową (odwetową, retrybutywną), ochronną i kompensacyjną, a także gwarancyjną.

38 T. Bojarski, *Odmiany…*, dz. cyt., s. 50–52.

39 P. Konieczniak, *Uwagi…*, dz. cyt., s. 55.

40 A. Zoll, *Konstytucyjne aspekty prawa karnego* (w:) T. Bojarski (red.), *System prawa karnego*, t. 2: *Źródła prawa karnego*, Warszawa 2011, s. 241.
Zob. jednak uwagi krytyczne do wyboru manifestowanych funkcji prawa karnego w Konstytucji – O. Sitarz, *Funkcje prawa karnego a typy zmodyfikowane na przykładzie przestępstw przeciwko życiu* (w:) J. Giezek, J. Brzezińska (red.), *Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej*, Warszawa 2017, s. 250–254.

W innym miejscu rozważano już zakładane funkcje przy tworzeniu typów zmodyfikowanych. Przyjąć chyba można, że tak jak przy typach uprzywilejowanych niższe zagrożenie nie oznacza słabszej karnoprawnej ochrony, a jest jedynie odzwierciedleniem niższego stopnia społecznej szkodliwości czynu przy wystąpieniu określonych w ustawie okoliczności, tak przy typach kwalifikowanych – wyższa kara odzwierciedla jedynie konieczność reagowania na wyższy stopień społecznej szkodliwości z racji wystąpienia okreslonych w ustawie okoliczności. Wydaje się bowiem, że zdaniem ustawodawcy popełnienie przestępstwa w określonych okolicznościach nie tyle wymaga surowszej kary ze względu na konieczność silniejszego oddziaływania na sprawcę, co stanowi wyraz silniejszego potępienia społecznego danego typu/odmiany przestępstwa[41]. Innymi słowy, w przekonaniu ustawodawcy sprawca znęcania się nad dzieckiem nie wymaga dłuższych zabiegów resocjalizacyjnych niż sprawca znęcania się nad żoną, a jedynie znęcanie się nad dzieckiem w społecznym odczuciu jest czynem bardziej nagannym, wymagającym surowszej reakcji. Czasami typom kwalifikowanym przydawana jest funkcja ochronna realizowana poprzez odstraszenie – surowa kara (zaostrzona w stosunku do typu podstawowego) silniej oddziałuje powstrzymująco na potencjalnego sprawcę. Mając na uwadze liczne zastrzeżenia podnoszone co do skuteczności odstraszającego aspektu kary[42], z pewnością można stwierdzić, że podnoszenie dolnej granicy ustawowego zagrożenia dla kary pozbawienia wolności z 3 miesięcy na 6 miesięcy lub nawet górnej z 5 lat na 8 lat takiego efektu nie wywoła. Wydaje się, że rzeczywisty efekt odstraszający mogłyby przynieść tylko kary bardzo wyraźnie zaostrzone, jednak istnieje poważne ryzyko, że wtedy poziom ich dolegliwości radykalnie przekroczyłby stopień społecznej szkodliwości i naruszył konstytucyjną zasadę proporcjonalności.

W przekonaniu ustawodawcy sprawca znęcania się nad dzieckiem nie wymaga dłuższych zabiegów resocjalizacyjnych niż sprawca znęcania się nad żoną, a jedynie znęcanie się nad dzieckiem w społecznym odczuciu jest czynem bardziej nagannym, wymagającym surowszej reakcji.

Należy zauważyć, że już na tle k.k. z 1969 r. T. Bojarski obserwował zjawisko częściowego odchodzenia w polskim prawie karnym od daleko posuniętej syntetyzacji typów przestępstw w k.k. z 1932 r.[43] na rzecz typów zmodyfikowanych, wprowadzających kazuistykę do systemu prawa karnego. W praktyce legislacyjnej na przestrzeni obowiązywania Kodeksu karnego z 1997 r. proces „kazuizacji"[44] przepisów dalej postępuje.

Warto podkreślić, że o sens tworzenia typu kwalifikowanego ze względu na wiek pokrzywdzonego

41 O. Sitarz, *Funkcje…*, dz. cyt., s. 255–256.

42 Wystarczy porównać zaostrzaną politykę karną odnośnie do prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości i niemalejącą liczbę popełnianych tego typu przestępstw.

43 T. Bojarski, *Odmiany…*, dz. cyt., s. 227.

44 Mamy świadomość, że termin „kazuizacja" jest neologizmem, jednak – w naszym przekonaniu – tylko takie sformułowanie oddaje aspekt ciągłości procesu dodawania nowych przepisów o charakterze kazuistycznym.

przestępstwem polegającym na pozbawieniu wolności spierali się podczas obrad Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach ich uczestnicy. W dyskusji padały pytania, czy każdy małoletni rzeczywiście bardziej traumatycznie odczuwa fakt zniewolenia (zwłaszcza w bardzo młodym wieku) i czy w takich sytuacjach nie wystarcza dotychczas obowiązujący przepis, przewidujący typ kwalifikowany ze względu na szczególne udręczenie[45]. Dyskusja ta usposabia do postawienia pytania ogólniejszej natury – dlaczego nieporadność ze względu na wiek nie jest znamieniem kwalifikującym w przypadku innych przestępstw? Skoro zdaniem projektodawcy młody wiek ofiary (jak pierwotnie zakładano) podnosi poziom społecznej szkodliwości przestępstwa pozbawienia wolności i znęcania się, to dlaczego okoliczność ta nie ma wpływu normatywnego na dekretację stopnia społecznej szkodliwości zabójstwa (a przecież wśród innych typów kwalifikowanych tego przestępstwa jest – nieco analogicznie jak przy pozbawieniu wolności – szczególne okrucieństwo) ani przestępstw przeciwko zdrowiu, a także innych przestępstw przeciwko wolności, w tym szeroko dyskutowanego przestępstwa handlu ludźmi (którego ofiarami, w różnorodnych odmianach fenomenologicznych, bardzo często stają się małoletni). Oczywiście nie jesteśmy zwolenniczkami tworzenia takich typów kwalifikowanych – powyższe pytanie ma jedynie unaocznić brak zasadności dokonanej nowelizacji w omawianym zakresie.

Przepisy części szczególnej zostały też znowelizowane przy zastosowaniu innej techniki legislacyjnej. W niektórych regulacjach odnoszących się już bezpośrednio do dzieci (przedmiotem wykonawczym jest małoletni poniżej lat 15) zaostrzony został wymiar kary. W tym zakresie znowelizowane zostały dwa przepisy – art. 210 i art. 211 k.k., kryminalizujące porzucenie małoletniego do lat 15 oraz uprowadzenie lub zatrzymanie takiego małoletniego. Nowelizacja zmieniła zagrożenie karą tych czynów z grożącej kary od 1 miesiąca do 3 lat pozbawienia wolności na karę od 3 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności. „W ocenie Prezydenta RP, zagrożenie sankcją karną za popełnienie przestępstwa porzucenia małoletniego lub osoby nieporadnej jest nieadekwatne do stopnia społecznej szkodliwości czynu i nie czyni zadość obowiązkowi ochrony karnoprawnej dobra, jakim jest nie tylko rodzina i opieka, ale także zdrowie, bezpieczeństwo i życie małoletniego poniżej lat 15 lub osoby nieporadnej ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny”[46]. *De facto* podobny *passus* odnosi się do przestępstwa z art. 211[47]. Również i w tym przypadku chodzi w gruncie rzeczy o spowodowanie orzekania surowszych kar za wybrane przestępstwa przeciwko małoletnim[48]. Zatem i w tym wypadku zbadać należy, czy poprzez nowe zagrożenie karą taki efekt można otrzymać, a tym samym czy nowelizacja była potrzebna.

Konrad Buczkowski przeprowadził badania orzeczeń sądowych dotyczących uprowadzenia lub zatrzymania małoletniego wbrew woli osoby powołanej do opieki. Autor objął badaniami wszystkie orzeczenia prawomocne wydane na podstawie art. 211 k.k. w latach 2011–2013, przy czym do dalszej analizy wybrano akta dotyczące tzw. uprowadzeń rodzicielskich, które stanowiły 60 spraw. W grupie postępowań, w których wydano wyrok skazujący, najczęściej, bo w prawie 20% przypadków, orzekano w stosunku do oskarżonego pozbawienie wolności z warunkowym jego zawieszeniem. Karę bezwzględnego pozbawienia wolności orzeczono jedynie wobec dwóch skazanych i nie przekraczała ona 18 miesięcy[49]. Zatem, podobnie jak przy przestępstwie znęcania się, orzekane w praktyce kary mieszczą się w nowym zakresie ustawowego zagrożenia, zatem zmiana ustawy – przynajmniej

45 *Posiedzenie Komisji Nadzwyczajnej…*, dz. cyt.

46 *Druk sejmowy nr 846…*, dz. cyt.

47 Tamże.

48 Ideę swoistej „zastępowalności” typu kwalifikowanego zwiększeniem sankcji oddaje wypowiedź Anny Tyśkiewicz-Mazur, zastępcy dyrektora biura w KPRP: „Zmiana w art. 156 polega na tym, że rezygnujemy z tego, co było w pierwotnej wersji projektu, tzn. z dodania tam § 1a, który dotyczy małoletniego. Pozostawiamy regulacje, które były dotychczas w przepisie, oraz zwiększamy zagrożenie karą. Efekt, który chcieliśmy osiągnąć, zostanie osiągnięty w ten sam sposób. Było to uzgodnione z Ministerstwem Sprawiedliwości” – *Posiedzenie Komisji Nadzwyczajnej…*, dz. cyt.

49 K. Buczkowski, *Uprowadzenie lub zatrzymanie małoletniego wbrew woli osoby powołanej do opieki. Analiza orzeczeń sądowych w sprawach o przestępstwo z art. 211 k.k.*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Karne” 2014, nr 19, s. 154.

z tego powodu – nie była niezbędna. Trudno zatem nie zgodzić się ze stanowiskiem KRS, który słusznie konstatuje, że „Zaostrzenie kar byłoby uzasadnione, gdyby projektodawca wykazał, że obowiązujące granice zagrożenia sankcją nie pozwalają odzwierciedlić stopnia społecznej szkodliwości czynu i winy sprawcy lub praktyka orzecznicza w tego rodzaju sprawach byłaby zbyt liberalna”[50].

Za podwyższaniem kar przywoływany jest dość często jeszcze inny argument. Tak było i w tym przypadku. Prezydent na swojej oficjalnej stronie internetowej informuje, iż „sprawcy będą mieli jasny sygnał, że popełnianie przestępstw, gdzie ofiarami są dzieci, będzie surowo traktowane. Wyraźnie podwyższamy surowość kar. Z drugiej strony, aby podnieść wrażliwość społeczną, dajemy wyraźny sygnał, że nie możemy być obojętni na krzywdy dziecka”[51]. Pytanie o skuteczność zaostrzenia kary i próba odpowiedzi zasygnalizowane zostały już przy analizie wprowadzenia typów kwalifikowanych. Tu rodzi się jeszcze jedna wątpliwość: czy podnoszenie ustawowego zagrożenia rzeczywiście poza efektem potencjalnie odstraszającym pełni jakąkolwiek inną rolę? Projektodawca przekonuje, że ochrona najważniejszych dóbr prawnych wiąże się ze swoistym komunikacyjnym wymiarem prawa karnego, przez który należy rozumieć proklamowanie katalogu zachowań zabronionych[52]. Wydaje się jednak, że funkcja komunikacyjna realizowana jest przez samą typizację, ewentualnie przez tworzenie typów zmodyfikowanych. Sama zaś zmiana dolnej granicy kary ustawowego zagrożenia z 1 miesiąca pozbawienia wolności na 3 miesiące i górnej granicy z 3 lat pozbawienia wolności na 5 lat pozbawienia wolności niewiele zmienia w społecznym odbiorze „zespołu wartości szczególnie chronionych”[53].

Współczesny system prawa karnego przekonuje, że zdaniem ustawodawcy nie tylko zaostrzenie kary wzmacnia funkcję ochronną prawa karnego. Wśród katalogu przestępstw znajduje się bowiem regulacja, która chociaż należy do przestępstw przeciwko wymiarowi sprawiedliwości, to jednak poprzez swoją szczególną konstrukcję ma silnie zaprojektowaną funkcję prewencyjną, zmierzającą do zapobieżenia naruszeniu dobra prawnego. Mowa o karnoprawnym obowiązku denuncjacji (art. 240 § 1 k.k.). W literaturze wskazuje się, że przedmiotem ochrony regulacji w tym zakresie jest przede wszystkim dobro zagrożone przez przygotowanie albo usiłowanie przestępstwa wskazanego w katalogu ujętym w art. 240 k.k.[54] Przepis ten był wielokrotnie nowelizowany, zmieniano m.in. katalog przestępstw, których obowiązek denuncjacji dotyczy. Ostatnią nowelizacją wspomniany katalog został wzbogacony o czyny z art. 156, art. 197 § 3 i 4, art. 198, art. 200. Doradca Rzecznika Praw Dziecka Agnieszka Rękas uważa, że projekt jest skierowany na ochronę jednostki. Zwraca uwagę, że do tej pory katalog przestępstw, których niezgłaszanie było zagrożone karą, dotyczył przede wszystkim spraw związanych z państwem: ochroną przed szpiegostwem, zamachem stanu. Jej zdaniem świadomość społeczna na temat karalności niezawiadomienia o określonym przestępstwie albo jego przygotowaniu jest bardzo niska. Wyraziła też przekonanie, że przy okazji tego projektu ta świadomość społeczna zostanie podniesiona. Rzecznik praw dziecka Marek Michalak zapowiedział zaś kampanię informacyjną po wejściu w życie przepisów. Jego zdaniem „tak naprawdę każdy uczciwy i poczciwy człowiek powinien reagować, powinien wiedzieć, że jeśli dziecku dzieje się krzywda, powinien reagować”[55]. Minął ponad rok od wejścia w życie nowelizacji, zmieniającej m.in. treść przepisu art. 240 k.k., i chyba bez obawy przekłamania można stwierdzić, że w mediach (z których większość społeczeństwa czerpie informacje o prawie[56]) trudno tę kampanię zauważyć.

50 *Opinia KRS z dnia 13 października 2016 r.*..., dz. cyt.

51 Kancelaria Prezydenta, *Prezydencki projekt*..., dz. cyt.

52 *Druk sejmowy nr 846*..., dz. cyt.

53 Tamże.

54 M. Szewczyk, A. Wojtaszczyk, W. Zontek, *Komentarz do art. 240 k.k.* (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2: *Komentarz do art. 212–277d (cz. 2)*, Warszawa 2017, Lex.

55 Kancelaria Prezydenta, *Prezydencki projekt*..., dz. cyt.

56 Por. Z. Ziembiński, *Próba empirycznego badania świadomości prawnej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1963, nr 3, s. 197–221; F. Studnicki, *Znajomość i nieznajomość prawa*, „Państwo i Prawo” 1962, nr 4, s. 577–597 oraz A. Turska, *O fikcji powszechnej znajomości prawa*, „Państwo i Prawo” 1957, nr 9, s. 307–324.

Mając na uwadze zakładany cel nowelizacji – wzmocnienie karnoprawnej ochrony dzieci (jako osób nieporadnych ze względu na wiek), podkreślić należy, iż ostatecznie w katalogu wymienionym w przepisie art. 240 § 1 k.k. nie ma ani przestępstwa znęcania się – najczęściej popełnianego przestępstwa na dzieciach, ani art. 189a (chociaż w pierwotnym „prezydenckim" projekcie był) – jednego z najpoważniejszych przestępstw przeciwko dzieciom, wyrządzającego czasami o wiele większe szkody (poprzez ich kumulację) niż inne przestępstwa wymienione w art. 240 k.k. Wspomniany katalog nie obejmuje również dzieciobójstwa (art. 149 k.k.), chociaż, przywołując całościowo art. 148 k.k., kryminalizuje brak zawiadomienia o usiłowaniu lub dokonaniu zabójstwa w afekcie (art. 148 § 4 k.k.). Pominięto zatem z jednej strony przestępstwa przeciwko małoletnim najczęściej popełniane, z drugiej – naruszające ich najpoważniejsze dobra. I trudno znaleźć odpowiedź na pytanie, dlaczego tak się stało.

W katalogu przestępstw objętych obowiązkiem denuncjacyjnym pominięto przestępstwa przeciwko małoletnim, z jednej strony najczęściej popełniane, z drugiej – naruszające ich najpoważniejsze dobra. Trudno znaleźć odpowiedź na pytanie, dlaczego tak się stało.

Ostateczne wnioski dotyczące analizowanej nowelizacji muszą odnieść się do aż pięciu aspektów ustawy z 23 marca 2017 r. Ocenie tych aspektów towarzyszyć powinna świadomość podstawowego założenia prezydenckiej nowelizacji, jakim była teza, iż „ochrona dóbr dziecka powinna mieć najwyższy priorytet". Głównym argumentem uzasadniającym to ogólne przekonanie było twierdzenie, iż przestępstwa popełniane na szkodę dziecka cechuje wyższy stopień społecznej szkodliwości.

Po pierwsze więc powtórzyć należy pytanie, czy i na ile wiek pokrzywdzonego rzeczywiście wpływa na stopień społecznej szkodliwości. Nie ma wątpliwości, że szczególna podatność m.in. dziecka na krzywdę wymaga podjęcia szczególnych środków służących jego ochronie. Jednak wydaje się, że życie dziecka, jego zdrowie, wolność i inne dobra stanowią w porządku społecznym taką samą wartość jak analogiczne dobra osób dorosłych. Zatem w tym znaczeniu wiek osoby będącej przedmiotem wykonawczym nie ma wpływu na stopień społecznej szkodliwości. Nie oznacza to jeszcze, że wzmocniona karnoprawna ochrona dziecka jest niezasadna, niemniej jej ewentualna zasadność nie wynika ze stopnia społecznej szkodliwości.

Po drugie projektodawca, a w konsekwencji sam ustawodawca wzmocnioną ochronę niemal całkowicie utożsamił z wyższym zagrożeniem karnym, co – jak zostało wykazane – nie jest ani skuteczne, ani potrzebne. Surowsza sankcja nie oznacza skuteczniejszego zabezpieczenia przedmiotu ochrony danego czynu zabronionego.

Po trzecie racjonalny ustawodawca zmiany w systemie prawa karnego musi przeprowadzać po rozeznaniu i głębokim rozważeniu znaczenia i funkcji różnorodnych instytucji prawnokarnych. W zakresie instrumentów wykorzystywanych w omawianej nowelizacji ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie z jednej strony nowej okoliczności w ramach sędziowskiego wymiaru kary i równocześnie wpro-

wadził nowe typy kwalifikowane oraz zaostrzył kary w typizacjach już istniejących. Wszystkie te zmiany ostatecznie odnoszą się do figury małoletniego (czasem wyłącznie, czasem jako jednego z elementów zbioru „osób nieporadnych ze względu na wiek"). Warto zatem zauważyć, że tworzenie typu kwalifikowanego (poza innymi racjami, o których była mowa wcześniej) ma sens, gdy wystąpienie określonej cechy (o charakterze zwiększającym stopień społecznej szkodliwości) aktualizuje się w stosunku do jednej–dwu typizacji. Jednak gdy określona cecha, okoliczność zasadniczo aktualizuje się przy wszystkich typizacjach (lub większości), winna raczej stać się jedną z zasad wymiaru kary w ramach ustawowego zwyczajnego lub nadzwyczajnego jej wymiaru. Wydaje się, że omawiana nowelizacja i w tym zakresie cechuje się niedbałością. Nie pierwszy raz ustawodawca zdecydował się na działanie wielokierunkowe, które nie sprzyja uzyskaniu pożądanego efektu, a wręcz przeciwnie – osłabia możliwość jego osiągnięcia.

Po czwarte niemal każda z omówionych zmian dotknięta jest wadami techniczno-legislacyjnymi (omówionymi wcześniej), które utrudniają bądź wręcz uniemożliwiają realizację zakładanych celów.

I wreszcie po piąte odnieść można wrażenie, że ustawa nowelizacyjna nie dotknęła rzeczywistych problemów, które pojawiają się na tle karnoprawnej oceny krzywdzenia dzieci. Sygnalizacyjnie wspomnieć tylko należy, iż swoją uwagą ustawodawca powinien objąć kwestię karnoprawnej oceny porwań rodzicielskich[57], zagadnienie detypizacji dzieciobójstwa oraz urealnienie katalogu przestępstw podlegających karnoprawnemu obowiązkowi denuncjacji z perspektywy praw dziecka.

Czy można więc podzielić optymistyczną refleksję sformułowaną przez przedstawicieli Fundacji Dajemy Dzieciom Siłę (dawniej Fundacji Dzieci Niczyje)? Zgodnie z ich deklaracją Fundacja, która od ponad 25 lat podejmuje interwencje na rzecz dzieci pokrzywdzonych przestępstwem, cieszy się ze zmian i popiera cel, któremu przyświeca nowelizacja[58]. Bliższa nam jest jednak negatywna ocena całej nowelizacji, a ostatecznym argumentem są słowa Sławomiry Wronkowskiej, że prawo nie powinno być zbiorem spisanych dobrych intencji władzy społecznej, ale sprawnym instrumentem układania spraw społecznych[59]. Przy tym trudno oprzeć się wrażeniu, że projektodawca/ustawodawca mógł wielu wskazanych błędów uniknąć, staranniej przygotowując projekt noweli i uważniej wsłuchując się w głosy krytyczne. Przytoczone przez nas badania i ustalenia doktryny prawa karnego stanowią powszechnie dostępny dorobek nauki, z którego warto korzystać w procesie legislacyjnym.

Bibliografia

Barczak-Oplustil A., Małecki M., *Opinia do przedstawionego przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, druk nr 846*, http://kipk.pl/dokumenty/Malecki_Barczak_druk_846_ekspertyza.pdf (dostęp: 9.08.2018).

Bojarski T., *Odmiany podstawowych typów przestępstw w polskim prawie karnym*, Lublin 1979.

Buczkowski K., *Uprowadzenie lub zatrzymanie małoletniego wbrew woli osoby powołanej do opieki. Analiza orzeczeń sądowych w sprawach o przestępstwo z art. 211 k.k.*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Karne" 2014, nr 19, s. 138–164.

Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę, *Nowelizacja prawa karnego zaostrza kary za ciężkie przestępstwa wobec dzieci*, 11.04.2017, http://fdds.pl/nowelizacja-prawa-karnego-zaostrza-kary-za-ciezkie-przestepstwa-wobec-dzieci (dostęp: 9.08.2018).

Hałas R., *Komentarz do art. 53 KK* (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, Legalis.

Kancelaria Prezydenta, *Prezydencki projekt zwiększający ochronę dzieci*, 8.09.2016, http://www.prezydent.pl/prawo/ustawy/zgloszone/art,5,prezydencki-projekt-zwiekszajacy-ochrone-dzieci.html (dostęp: 9.08.2018).

Konarska-Wrzosek V., *Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym*, Toruń 2002.

57 *Porwania rodzicielskie – odpowiedź Ministra Sprawiedliwości na wystąpienie RPO*, 30.06.2016, https://www.rpo.gov.pl/pl/content/porwania-rodzicielskie-odpowied%C5%BA-ministra-sprawiedliwo%C5%9Bci-na-wyst%C4%85pienie-rpo (dostęp: 9.08.2018).

58 Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę, *Nowelizacja prawa karnego zaostrza kary za ciężkie przestępstwa wobec dzieci*, 11.04.2017, http://fdds.pl/nowelizacja-prawa-karnego-zaostrza-kary-za-ciezkie-przestepstwa-wobec-dzieci (dostęp: 9.08.2018).

59 S. Wronkowska, *Kryteria oceny prawa* (w:) *Przemiany polskiego prawa (lata 1989–1999)*, „Studia Iuridica Toruniensia", Toruń 2001, s. 37.

Konieczniak P., *Uwagi o pojmowaniu typów zmodyfikowanych* (w:) J. Giezek, J. Brzezińska (red.), *Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej*, Warszawa 2017, s. 26–58.

Królikowski M., Żółtek S., *Komentarz do art. 53 KK* (w:) R. Zawłocki (red.) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116*, Warszawa 2017, Legalis.

Majewski J., *Komentarz do art. 115 KK* (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2007.

Małecki M., *Większa ochrona osób nieporadnych, również przed narodzeniem*, „Dogmaty Karnisty", 28.02.2017, https://dogmatykarnisty.blogspot.com/2017/02/wieksza-ochrona-osob-nieporadnych.html (dostęp: 9.08.2018).

Porwania rodzicielskie – odpowiedź Ministra Sprawiedliwości na wystąpienie RPO, 30.06.2016, https://www.rpo.gov.pl/pl/content/porwania-rodzicielskie-odpowied%C5%BA-ministra-sprawiedliwo%C5%9Bci-na-wyst%C4%85pienie-rpo (dostęp: 9.08.2018).

Sitarz O., *Funkcje prawa karnego a typy zmodyfikowane na przykładzie przestępstw przeciwko życiu* (w:) J. Giezek, J. Brzezińska (red.), *Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej*, Warszawa 2017, s. 247–256.

Studnicki F., *Znajomość i nieznajomość prawa*, „Państwo i Prawo" 1962, nr 4, s. 577–597.

Szewczyk M., Wojtaszczyk A., Zontek W., *Komentarz do art. 240 k.k.* (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2: *Komentarz do art. 212–277d (cz. 2)*, Warszawa 2017, Lex.

Śledziewski A., *Przestępstwo znęcania się w kontekście przemocy w rodzinie*, rozprawa doktorska napisana pod kierunkiem prof. dr hab. M. Melezini, Białystok 2016, http://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/5874/1/AD_Sledziewski_Przestepstwo_znecania_sie_w%20kontekscie_przemocy_w_rodzinie.pdf (dostęp: 9.08.2018).

Turska A., *O fikcji powszechnej znajomości prawa*, „Państwo i Prawo" 1957, nr 9, s. 307–324.

Wronkowska S., *Kryteria oceny prawa* (w:) *Przemiany polskiego prawa (lata 1989–1999)*, Toruń 2001, s. 33–46, *Studia Iuridica Toruniensia*.

Wyciąg z informacji o realizacji przez wymiar sprawiedliwości Krajowego Programu Przeciwdziałania Przemocy w Rodzinie w 2012 roku – dane statystyczne, https://www.ms.gov.pl/Data/Files/_public/ppwr/aktualnosci/wyciag-z-informacji-o-realizacji-przez-wymiar-sprawiedliwosci-kpppwr---dane-statystyczne.pdf (dostęp: 9.08.2018).

Ziembiński Z., *Próba empirycznego badania świadomości prawnej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1963, nr 3, s. 197–221.

Zoll A., *Konstytucyjne aspekty prawa karnego* (w:) T. Bojarski (red.), *System prawa karnego*, t. 2: *Źródła prawa karnego*, Warszawa 2011, s. 221–272.

Materiały z prac legislacyjnych

Druk sejmowy nr 846 z 5 września 2016 r., http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/C82FD2CAF85A8A2FC125803500244863/%24File/846.pdf (dostęp: 9.08.2018).

Opinia KRS z dnia 13 października 2016 r. w przedmiocie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, http://www.krs.pl/admin/files/opinie-i-stanowiska/161013%20020%20149.pdf (dostęp: 9.08.2018).

Posiedzenie Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach dnia 26 stycznia 2017 r., Biuletyn nr 1509/VIII, nr 29, http://orka.sejm.gov.pl/Zapisy8.nsf/wgskrnr/NKK-29 (dostęp: 9.08.2018).

Sprawozdanie Podkomisji Stałej do spraw nowelizacji prawa karnego z dnia 14 grudnia 2016 r., http://orka.sejm.gov.pl/opinie8.nsf/nazwa/spr_846/$file/spr_846.pdf (dostęp: 9.08.2018).

Wyniki głosowania nr 39 na 36. posiedzeniu Sejmu, http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/agent.xsp?symbol=glosowania&nrkadencji=8&nrposiedzenia=36&nrglosowania=39 (dostęp: 9.08.2018).

Michał Dudek

Komentarz do nieesencjalistycznego ujęcia pluralizmu prawnego Briana Z. Tamanahy[1]

Michał Dudek

Adiunkt w Katedrze Socjologii Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego. Autor monografii Komunikowanie prawa w dobie pluralizmu kulturowego *(Kraków 2014) oraz publikacji dotyczących m.in. polityki i aksjologii prawa, wizualności i prawa oraz technologii i prawa.*

✉ *michal.dudek@uj.edu.pl*

A Commentary to Brian Z. Tamanaha's Non-Essentialist Version of Legal Pluralism

The article highlights problems and controversies of one connected with one of the most original conceptualizations of legal pluralism proposed by Brian Z. Tamanaha. Recognizing problems with previous conceptualizations of legal pluralism and the definitions of the law they adopt, Tamanaha suggests considering as law what people identify as law. When there are discrepancies between the distinguishable social identifications of the law, it is actually possible to talk about legal pluralism in a given society. Although the non-essentialist (refraining from any assumptions about the characteristics that the law must manifest to be able to consider it as law) concept of legal pluralism offers new interesting research perspectives, it is also marked by a number of more or less subtle controversies. There are, among others, questions whether it actually allows a clear delimitation of the law from non-law and also tensions between the "democratic character" of the concept and the simultaneous negation of the likely social intuitions on the law, or its excessive descriptivism/lack of legal-political involvement and possible social consequences of its broader adoption. In the article, these and other issues are presented and critically reviewed, allowing for a more accurate assessment of Tamanaha's conceptualization.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie zasadniczej argumentacji prowadzącej Briana Z. Tamanahę do jego oryginalnego nieesencjalistycznego – wzbraniającego się od jakichkolwiek zało-

1 Poprzednia wersja tego artykułu była prezentowana podczas konferencji naukowej *Bliski Wschód a Europa. Problemy tożsamości i różnorodności*, 16–19 listopada 2017 r. w Hebdowie. Korzystając z okazji, chciałbym podziękować uczestnikom i organizatorom, zwłaszcza Bartłomiejowi Bodzińskiemu-Guzikowi, za zaproszenie i inspirujące komentarze.

żeń co do cech, które prawo musi przejawiać, by móc je uznać za prawo – podejścia do pluralizmu prawnego[2], a także próba ocenienia tej koncepcji i jej uzasadnienia. Sam pluralizm prawny, najbardziej podstawowo rozumiany jako sytuacja równoległego funkcjonowania w danym czasie i obszarze wielu (minimum dwóch) różnych porządków prawnych[3], jest problemem zauważanym na gruncie socjologii prawa w zasadzie od początków tej dyscypliny. W końcu konceptualizacji tego zjawiska można się dopatrywać nie tylko w dziele Eugena Ehrlicha, ale także Leona Petrażyckiego[4]. Oczywiście nie są to jedyne nazwiska, które są przywoływane w kontekście dyskusji o pluralizmie prawnym. Pomijając w tym miejscu kontrowersje związane z tym, czy sama autorka bądź autor interpretują swoje koncepcje jako konceptualizacje pluralizmu prawnego, czy też ewentualne zmiany pierwotnych podejść[5], warto pamiętać także o Sally Falk Moore, Johnie Griffithsie czy Guntherze Teubnerze bądź Rogerze Cotterrellu[6]. Należy jednak podkreślić, że to wskazanie jest dalekie od wyczerpującej listy uczonych próbujących nałożyć określone ramy teoretyczne na interesujące ich zjawisko.

W kontekście dotychczasowej bardzo bogatej dyskusji o pluralizmie prawnym to jednak Tamanaha okazuje się jego najciekawszym teoretykiem, gdyż zdaje

Oczywiście nie zmienia to faktu, że tylko ja jestem odpowiedzialny za jakiekolwiek merytoryczne braki tego artykułu.

2 Choć Tamanaha zajmuje się pluralizmem prawnym w kilku publikacjach (zob. zwłaszcza *The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism*, „Journal of Law and Society" 1993, t. 20, nr 2 czy *Understanding Legal Pluralism. Past to Present, Local to Global*, „Sydney Law Review" 2008, t. 30, nr 3), to najpełniejszy wyraz swojego nieesencjalistycznego podejścia daje w *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford 2001, s. 171–205 (gdzie nie tylko powiela, ale też rozwija wcześniejsze *A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism*, „Journal of Law and Society" 2000, t. 27, nr 2). W związku z tym niniejszy artykuł skupia się na B.Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence*…, dz. cyt. Obok bardzo częstego przywoływania w literaturze podejścia do pluralizmu prawnego oferowanego przez Tamanahę jest ono także przedmiotem bardziej złożonych komentarzy, z których wiele ostatecznie zdaje się jednak skupiać na zgłaszanych przez niego generalnych tezach dotyczących prawa w ogóle, związanych oczywiście z koncepcją nieesencjalistycznego pluralizmu prawnego, zob. np. K.E. Himma, *Do Philosophy and Sociology Mix? A Non-Essentialist Socio-Legal Positivist Analysis of the Concept of Law*, „Oxford Journal of Legal Studies" 2004, t. 24, nr 4; V. Saleh-Hanna, *Women, Law, and Resistance in Northern Nigeria. Understanding the Inadequacies of Western Scholarship* (w:) V. Saleh-Hanna (ed.), *Colonial Systems of Control. Criminal Justice in Nigeria*, Ottawa 2008, s. 329–336; W. Twining, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge 2009, zwłaszcza s. 88–121 (skrót z tenże, *A Post-Westphalian Conception of Law*, „Law & Society Review" 2003, t. 37, nr 1); B. Dupret, *Prawo w naukach społecznych*, przeł. J. Stryjczyk, Warszawa 2010, zwłaszcza s. 191–195; tenże, *Adjudication in Action. An Ethnometodology of Law, Morality and Justice*, transl. P. Ghazaleh, Farnham 2011, zwłaszcza s. 31–35; V.M. Muñiz-Fraticelli, *The Structure of Pluralism. On the Authority of Associations*, Oxford 2014, zwłaszcza s. 143–149; K.M. Ehrenberg, *The Functions of Law*, Oxford 2016, s. 141–145; T. Gizbert-Studnicki, A. Dyrda, A. Grabowski, *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*, Warszawa 2017, zwłaszcza A. Dyrda, s. 237–251; D. v. Daniels, *A Genealogical Perspective on Pluralist Jurisprudence* (w:) N. Roughan, A. Halpin (eds.), *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence*, Cambridge 2017, zwłaszcza s. 175–181. Na tym tle niniejszy artykuł skupia się wyłącznie na nieesencjalistycznym ujęciu pluralizmu prawnego. Poniżej chce się więc uniknąć powtarzania dostrzeżonych przez poprzednich komentatorów problemów z rozważaniami Tamanahy na temat prawa w ogóle, samego pluralizmu prawnego czy obu tych wątków ujętych razem. Zamiast tego aspiruje się do uwydatnienia wcześniej w zdecydowanej mierze nieakcentowanych kontrowersji w samej „zawartości" jego koncepcji nieesencjalistycznego pluralizmu prawnego i argumentacji na jej rzecz.

3 J. Winczorek, *Pluralizm prawny* (w:) A. Kociołek-Pęksa, M. Stępień (red.), *Leksykon socjologii prawa*, Warszawa 2013, s. 181–182; A. Kojder, *Pluralizm prawny* (w:) A. Kojder, Z. Cywiński (red.), *Socjologia prawa. Główne problemy i postacie*, Warszawa 2014, s. 295.

4 J. Winczorek, *Pluralizm prawny wczoraj i dziś. Kilka uwag o ewolucji pojęcia* (w:) D. Bunikowski, K. Dobrzeniecki (red.), *Pluralizm prawny. Tradycja, transformacje, wyzwania*, Toruń 2009, s. 18–19.

5 Por. np. podejście samej Moore i zmianę zdania Griffithsa opisane w B.Z. Tamanaha, *Understanding Legal Pluralism*…, dz. cyt., s. 392–396.

6 J. Winczorek, *Pluralizm prawny wczoraj i dziś*…, dz. cyt., s. 23–24, 25–31.

się odrzucać wszystkie poprzednie konceptualizacje tego zjawiska i w ich miejsce proponuje nowe, swoiście radykalne ujęcie. Jak sam przekonuje, jego zaletą jest przede wszystkim uniknięcie jednego zasadniczego problemu z dotychczasowymi koncepcjami pluralizmu prawnego – zbyt szerokiego ujmowania prawa, wskutek czego wręcz niemożliwe staje się odróżnianie prawa od nie-prawa. Jak będzie argumentowane poniżej, nie tylko oferowane przez Tamanahę rozwiązanie tego problemu zdaje się dyskusyjne. Nieesencjalistyczna koncepcja pluralizmu prawnego prowadzi do wielu innych problemów. Próba dokładniejszego wyliczenia zalet, ale i wad omawianej koncepcji będzie potrzebna przed jej ewentualną generalną oceną oraz decyzją o zastosowaniu jej w analizach konkretnych realiów. W końcu nawet pobieżna obserwacja zjawisk związanych z szeroko pojętą praktyką ustrojową bądź prawną, nie tylko w rodzimych realiach[7] i nie tylko jak najbardziej aktualnych[8], ale także poza granicami Polski[9], może usprawiedliwiać przypuszczenie, iż pluralizm prawny jest faktem. Jako taki wymaga więc odpowiednich narzędzi teoretycznych. Warto zatem zadać sobie trud udzielenia odpowiedzi na pytanie: w obliczu sugerowanych zjawisk i tendencji, w jakim sensie i stopniu użyteczna może się okazać koncepcja Tamanahy? Nim jednak zaproponuje się odpowiedź na to pytanie i przedstawi szereg innych uwag do komentowanej koncepcji, trzeba ją pokrótce przybliżyć.

Tamanaha swoje rozważania nad pluralizmem prawnym oraz dochodzenie do własnej koncepcji otwiera przez wytknięcie najistotniejszych w jego przekonaniu błędów w dotychczasowych konceptualizacjach[10]. Przede wszystkim uważa, że błędne jest rozpoczynanie analiz zjawiska pluralizmu prawnego od przyjęcia określonej, mniej lub bardziej rozbudowanej definicji prawa, choć nie tylko wśród samych teoretyczek i teoretyków pluralizmu prawnego, ale także w ogóle (niezależnie, czy chodzi o „zwykłych" ludzi, czy uczonych prawników, socjologów, antropologów bądź filozofów) nie było, nie ma i najprawdopodobniej nie będzie zgody co do jakiejkolwiek definicji. Błędne jest jednak nie tylko to upieranie się przy definiowaniu prawa na przekór temu, że każda definicja zdaje się w mniejszym lub większym stopniu kontestowana. Tamanaha podnosi także, że definicje oferowane przez dotychczasowe teoretyczki i teoretyków pluralizmu prawnego zazwyczaj uniemożliwiają odróżnienie na ich gruncie prawa od tego, co prawem nie jest lub co za prawo trudno uznać. Jako przykład podaje klasyka, wspomnianego już wcześniej Ehrlicha, który przecież nie tylko przez Tamanahę jest krytykowany za to, że jego ujęcie prawa jest po prostu zbyt ogólne, by mogło posłużyć za podstawę szczegółowych (a więc zakładających subtelne dystynkcje) analiz[11]. Nie rozważając w tym miejscu tego, na ile bardzo generalne wnioski Tamanahy są faktycznie adekwatne względem wszystkich pozostałych ujęć pluralizmu prawnego[12], trzeba zaznaczyć, że komentowany autor ochoczo posługuje się podobnymi, bardzo szerokimi generalizacjami.

Analiza definicji konstruowanych przez teoretyczki i teoretyków pluralizmu prawnego albo wykorzy-

7 Szereg sporów wchodzących w skład szerszego kryzysu konstytucyjnego, zob. np. P. Radziewicz, P. Tuleja (red.), *Konstytucyjny spór o granice zmian organizacji i zasad działania Trybunału Konstytucyjnego: czerwiec 2015 – marzec 2016*, Warszawa 2017. Choć należy także pamiętać, że pluralizację/odchodzenie od monizmu polskiego porządku prawnego, także w nawiązaniu do działalności i wpływu Trybunału Konstytucyjnego, zauważono znacznie wcześniej, zob. T. Stawecki, W. Staśkiewicz, J. Winczorek, *Między policentrycznością a fragmentaryzacją. Wpływ Trybunału Konstytucyjnego na polski porządek prawny*, Warszawa 2008, s. 76.

8 Nieograniczające się do okresu którejkolwiek z dotychczasowych kadencji Sejmu RP zjawisko regionalizacji wykładni, zob. np. T. Stawecki, *Prawo w książkach i prawo na dyskach – konsekwencje dla praktyki wykładni prawa* (w:) S. Lewandowski, H. Machińska, J. Petzel (red.), *Prawo, język, logika. Księga jubileuszowa profesora Andrzeja Malinowskiego*, Warszawa 2013, s. 243.

9 Np. spór dotyczący referendum niepodległościowego w Katalonii z 1 października 2017 r.

10 B.Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence...*, dz. cyt., s. 172–175.

11 Tamże, s. 176; zob. także A. Kojder, *Z Czerniowców w szeroki świat... Eugen Ehrlich i narodziny idei socjologii prawa* (w:) A. Flis (red.), *Stawanie się społeczeństwa. Szkice ofiarowane Piotrowi Sztompce z okazji 40-lecia pracy naukowej*, Kraków 2006, s. 143–144.

12 Np. czy podobne problemy delimitacyjne występują u wspomnianego Petrażyckiego.

stywanych przez nich do własnych celów prowadzi bowiem Tamanahę do wyróżnienia *de facto* tylko dwóch zasadniczych sposobów definiowania prawa[13]. Po pierwsze, odwołując się głównie do prac z zakresu antropologii czy antropologii prawa bądź części socjologii prawa, wskazuje on na ujmowanie prawa jako ustabilizowanych wzorów określonych działań w danych grupach czy całych społecznościach. Oczywiście to właśnie na gruncie takich konceptualizacji bardzo trudne, a może wręcz po prostu niemożliwe staje się odróżnienie prawa od tego, co prawem nie jest lub czego prawem by raczej nie określono. W końcu, jeśli za prawo uznać tylko pewne wzory postępowania wykształcone w praktyce społecznej wśród określonej ludności, to prawem okazują się także reguły wzajemnej sąsiedzkiej pomocy przy zbiorach plonów rolnych, podwórkowych rozgrywek w piłkę nożną, właściwego ubierania się stosownie do okazji czy reguły grzecznościowe. W zasadzie trudno jest wskazać coś, co prawem nie jest. W konsekwencji natomiast wykazanie mnogości „praw" może okazać się relatywnie łatwym zadaniem, choć niewykluczona jest inna optyka, zgodnie z którą skoro prawem jest ogół uznanych wzorców postępowania w społeczeństwie, to nie będzie dochodziło do pluralizmu, rozumianego jako współwystępowanie minimum dwóch różnych porządków. Ostatecznie przecież w jednym prawie będzie się mieściło lub mogło pomieścić w zasadzie wszystko. Występowanie zatem obok siebie dwóch, nie wspominając już o większej liczbie, różnych porządków prawnych może być uznane za w znikomym stopniu prawdopodobne.

Z kolei drugi wskazany przez Tamanahę zasadniczy sposób definiowania prawa kojarzony jest przez niego przede wszystkim z tradycją analitycznej teorii i filozofii prawa spod znaku Herberta L.A. Harta. Sprowadza go do ujmowania prawa jako zinstytucjonalizowanego stosowania bądź wymuszania norm, które powstały same w ramach działania określonych instytucji. Temu sposobowi ujmowania prawa także zarzuca nieadekwatność. Co prawda można podejrzewać, że definicje posługujące się kategorią instytucjonalizacji *de facto* uprzywilejowują nowoczesne państwo i prawo tworzone w jego strukturach, ale trzeba pamiętać, że zinstytucjonalizowane tworzenie, stosowanie, a nawet przymusowe egzekwowanie reguł występuje także całkowicie poza strukturami państwowymi. Wystarczy tu podać przykład działalności współczesnych związków sportowych czy stowarzyszeń naukowych i spróbować odpowiedzieć na pytanie, czy reguły tworzone w ramach takich struktur są prawem, by to sobie w pełni uzmysłowić. Mimo więc znacznego zawężenia tego sposobu ujmowania prawa w porównaniu do pierwszego wyróżnionego przez Tamanahę, i tak zdaje się on zbyt szeroki. Ponownie rezygnując w tym miejscu z próby oceny, na ile zrekonstruowane przez Tamanahę tylko dwa sposoby definiowania prawa są adekwatne względem bogactwa dotychczasowych wysiłków uchwycenia domniemywanej istoty prawa, można zgodzić się z następującym twierdzeniem komentowanego autora. W ramach obu zasadniczych sposobów definiowania prawa ostatecznie szuka się jednej formuły, która miałaby być adekwatna względem całego prawa. Według Tamanahy posługiwanie się przez teoretyków pluralizmu prawnego jakąś konkretniejszą formą pierwszego lub drugiego sposobu definiowania nie jest jednak ostatnim zasadniczym błędem, jaki popełniają.

Mianowicie Tamanaha także występuje przeciw szeroko pojmowanemu funkcjonalizmowi w definicjach prawa[14]. Chodzi mu konkretnie o formuły zawierające wskazanie najistotniejszych celów, które ma realizować prawo, by mogło być w ogóle określane mianem prawa. Komentowany autor uznaje formuły podobne do przykładowej „prawo zapewnia porządek społeczny" za błędne, nie tylko z tego powodu, iż nie wszystkie elementy prawa są równie skuteczne w realizowaniu zakładanej funkcji czy w zależności od okoliczności generalna skuteczność funkcjonalna prawa może ulegać znacznym zmianom i w obliczu jej spadków trzeba liczyć się z pytaniem, czy prawo tracące na swojej skuteczności jest w mniejszym stopniu prawem. Funkcjonalistyczne ujmowanie prawa jest także błędne, gdyż dana funkcja mająca być urzeczywistniana przez prawo, a którą może być nie tylko wspomniany porządek społeczny, ale także wymiana społeczna, socjalizacja czy w zasadzie cokolwiek, co

13 B.Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence*..., dz. cyt., s. 175–181.

14 Tamże, s. 176, 179, 180.

dana teoretyczka bądź teoretyk gotowi byliby akcentować, może być z powodzeniem realizowana przez coś innego niż samo zjawisko, które jest przez tę funkcję definiowane. W końcu – czy faktycznie prawo i tylko prawo jest odpowiedzialne za porządek społeczny? Jeśli nie, a więc gdy porządek społeczny mógłby być tłumaczony także przez odwołanie się do czegoś innego niż prawo, na przykład moralność, normy zwyczajowe, a nawet religijne, to definiowanie i identyfikowanie prawa w oparciu o funkcję zapewniania porządku społecznego okazuje się po prostu nieadekwatne.

Skoro prawem jest ogół uznanych wzorców postępowania w społeczeństwie, to nie będzie dochodziło do pluralizmu, rozumianego jako współwystępowanie minimum dwóch różnych porządków. Ostatecznie w jednym prawie będzie się mieściło lub mogło pomieścić w zasadzie wszystko.

Skoro uprzywilejowana w danej funkcjonalistycznej definicji prawa funkcja tak naprawdę jest realizowana przez wiele innych zjawisk czy obiektów w życiu społecznym, to nie jest ona zdatna do uchwycenia prawa i niczego więcej prócz prawa. Tamanaha po raz kolejny więc na bardzo dużym, nie niedyskusyjnym poziomie ogólności wskazuje na błędny sposób ujmowania prawa, który może być także wykorzystywany na gruncie rozważań o pluralizmie prawnym.

Jednakże, jak już zapowiadano, Tamanaha nie uprawia krytyki dotychczasowego pluralizmu prawnego dla samej krytyki, ale na podstawie swoich obserwacji i analiz chce zaproponować nowe ramy teoretyczne. W obliczu zasygnalizowanych problemów proponuje, by zrezygnować z esencjalistycznego ujmowania prawa, czyli definiowania go przez jakiekolwiek cechy, które prawo musi posiadać, by mogło być określone mianem prawa. Zamiast tego, zajmując się zjawiskiem pluralizmu prawnego, powinno się jako punkt wyjścia przyjąć twierdzenie, iż prawem jest to, co jest uznawane za prawo przez ludzi[15]. Taką swoistą ucieczkę od wysiłku bardziej substancjalnego ujęcia prawa Tamanaha uzasadnia wnioskiem z przeprowadzonych przez niego i pokrótce przedstawionych powyżej analiz, które doprowadzają go do konkluzji, iż tego, czym prawo jest i co prawo czyni, nie da się ująć w jedną uniwersalną formułę. Prawo zdaje się zawsze w mniejszym lub większym zakresie wymykać esencjalistycznym konceptualizacjom i z tego względu ono samo winno być ujęte w sposób jak najbardziej formalny, niezakładający jakichkolwiek jego koniecznych właściwości. Tamanaha dochodzi do wniosku, że najlepszym sposobem na taki nieesencjalizm w ujmowaniu prawa jest powiedzenie *de facto*, iż prawem jest to, czemu ludzie „przypinają łatkę" prawa; co określają mianem prawa. Dodaje przy tym, że w zasadzie jego propozycja nie jest klasyczną definicją, a sposobem na delimitację prawa od tego, co prawem nie jest, z czym, jak już powiedziano, zdecydowana większość teoretyczek i teoretyków pluralizmu prawnego ma duży problem, niezależnie od tego, w który z trzech wskazanych wyżej sposobów

15 Tamże, s. 193. Tamanaha podtrzymuje tę formułę w późniejszym tekście o pluralizmie prawnym, zob.tenże, *Understanding Legal Pluralism*…, dz. cyt., s. 396, a także w ramach swojej najnowszej monograficznej pracy, traktującej o prawie w ogóle, ale już nie biorącej tak wyraźnie pod uwagę samego pluralizmu prawnego, zob. tenże, *A Realistic Theory of Law*, Cambridge 2017, np. s. 194.

ujmowania prawa (odwołujący się do wzorów postępowania, instytucjonalizacji czy funkcji) się wpisują. Dodatkowo, zgodnie z rekonstrukcją Tamanahy, wychodzenie przez dotychczasowych teoretyków pluralizmu prawnego od określonych substancjalnych, esencjalistycznych definicji prawa prowadzi do tego, że samo zjawisko pluralizmu prawnego jest rozumiane przez nich jako współwystępowanie w określonym przedziale czasu i obszarze różnych manifestacji prawa, rozumianego oczywiście w oparciu o jedną założoną przez daną teoretyczkę bądź teoretyka formułę[16]. Stanowisko Tamanahy uniemożliwia podobną praktykę badawczą, gdyż odrzuca zakładanie na początku analiz jakichkolwiek konkretnych cech czy właściwości, jakie ma posiadać prawo, także w jego wielu równoległych manifestacjach. Zgodnie z jego poglądami z sytuacją pluralizmu prawnego będzie się miało do czynienia, gdy ostatecznie różnym zjawiskom „przypinana" jest przez ludzi „łatka" prawa, a pomiędzy tymi społecznymi identyfikacjami prawa zachodzą mniejsze bądź większe różnice[17]. Innymi słowy, gdy w danym czasie i miejscu w danej populacji istnieją różne opinie co do tego, czym jest prawo, a więc gdy, przykładowo, jedna część społeczeństwa upatruje prawa w danych obiektach i zjawiskach, a druga niekoniecznie podziela jej zdanie i jako prawo identyfikuje co innego, to, zgodnie z twierdzeniem „prawem jest to, co ludzie tak określają", można mówić o pluralizmie prawnym. Już nie w sensie współwystępowania różnych manifestacji tego, co spełnia wymogi określonego ujęcia prawa przyjętego przez daną teoretyczkę bądź teoretyka (na wzór krytykowanych przez Tamanahę podejść), lecz w sensie mnogości różnych społecznych identyfikacji prawa.

Jak być może łatwo już się domyślić w tym miejscu, Tamanaha, rozwijając swoje nieesencjalistyczne podejście do pluralizmu prawnego, proponuje, by, stosując je, przeprowadzać analizy na dwóch różnych poziomach, z zachowaniem odpowiedniej kolejności[18]. Skoro zasadniczy akcent kładzie się na to, co ludzie traktują jako prawo, to najpierw należy ustalić, co dokładnie, a także przez jakich ludzi jest identyfikowane jako prawo. Pierwszym krokiem w zastosowaniu w praktyce nieesencjalistycznego ujęcia pluralizmu prawnego jest próba udzielenia empirycznie podbudowanej odpowiedzi na pytanie, czemu „przypinana" jest „łatka" prawa w danym przedziale czasowym, na danym obszarze zamieszkałym przez określoną populację. Po zebraniu takich „ludowych" świadectw, poglądów na to, czym jest prawo, należy przejść na drugi poziom analiz, sprowadzający się do próby zidentyfikowania w oparciu o zebrany materiał empiryczny (opinie społeczne) ogólnych cech bądź właściwości tego, czemu „przypięto łatkę" prawa. Upraszczając, można więc powiedzieć, że Tamanaha proponuje, by najpierw pytać ludzi, co traktują jako prawo (rzecz jasna, stosując przy tym odpowiednie metody badań empirycznych), a następnie, w nawiązaniu do zebranego materiału, przeprowadzić generalizującą analizę, której rezultatem byłaby charakterystyka tego, co dane grupy określają jako prawo.

Choć Tamanaha poprzestaje na wyróżnieniu tych dwóch poziomów analizy, można się zastanawiać, czy nie należałoby dodać kolejnego poziomu, który można by określić mianem kontrolnego. Mianowicie nie można *in abstracto* wykluczyć, że identyfikacje prawa w danej populacji są na tyle mnogie, wzajemnie niespójne i dotyczą ostatecznie bardzo wielu różnych obiektów i zjawisk, iż generalizacje przeprowadzane na drugim poziomie mogą być nie dość subtelne, by zachować adekwatność względem określonych społecznych świadectw zebranych w ramach pierwszego etapu. Skoro więc Tamanaha jednoznacznie popiera formułowanie empirycznie ugruntowanych twierdzeń, warto zgłosić postulat uzupełnienia jego schematu badawczego o trzeci etap – przedstawienie opracowanych generalizacji z drugiego etapu do zaopiniowania samym przedstawicielom danej populacji, których identyfikacje prawa zbierano w ramach pierwszego etapu. Jeśli te osoby uznają, że dokonana generalizacja oddaje ich spojrzenie na prawo, to zasadniczy wysiłek badawczy można uznać za udany. Gdyby natomiast ludzie, których świadectwa na temat prawa zebrano w pierwszym etapie, nie odnajdywali pełni swojego spojrzenia na prawo w generalizacjach z drugiego etapu, to taki negatywny wynik trzeciego, kontrolnego etapu skłaniałby do dokonania odpowiednich korekt w analizach przeprowadzanych wokół materiału empi-

16 B.Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence*…, dz. cyt., s. 194.

17 Tamże.

18 Tamże, s. 195–197.

rycznego. Jakkolwiek taki kierunek rozwinięcia ustaleń Tamanahy jest możliwy, to trudno w tym miejscu spekulować, czy sam by go zaakceptował.

Pewne jest jednak to, iż względem jego nieesencjalistycznego ujęcia pluralizmu prawnego można sformułować wiele innych uwag. Podążając tropem analiz samego Tamanahy, który po przedstawieniu podstaw swojego podejścia decyduje się na wskazanie zalet i wad jego koncepcji – według jego własnej opinii – warto najpierw zająć się zaletami, zarówno tymi bezdyskusyjnymi, jak i mogącymi budzić wątpliwości, jak również tymi dostrzeganymi oraz niezauważanymi przez samego komentowanego autora.

Za niekwestionowaną zaletę własnego stanowiska Tamanaha uznaje to, iż na gruncie nieesencjalistycznego pluralizmu prawnego z powodzeniem można odróżniać prawo od nie-prawa[19]. Jakkolwiek na pierwszy rzut oka ta pozytywna ocena nie powinna budzić wątpliwości, to trzeba powiedzieć wprost, że jest ona zasadna, a więc nieesencjalistyczne ujęcie pluralizmu prawnego faktycznie nie popada w problemy delimitacyjne poprzednich koncepcji, pod jednym wszak zasadniczym warunkiem. Subiektywne przeświadczenia poszczególnych ludzi na temat jakiegoś obiektu bądź zjawiska winny być po prostu zrównane z samym przedmiotem (punktem odniesienia) tych przeświadczeń. Stanowisko Tamanahy okazuje się więc uwikłane w bardzo subtelny, acz istotny problem ontologiczny. Zdaje się on bowiem utożsamiać przedmiot indywidualnych sądów – prawo – z samymi sądami – opiniami na temat tego, czym jest prawo czy też co można za prawo uznać. Oczywiście akceptacja bądź brak akceptacji takiego poglądu zależą od zapatrywań na ogólnie pojmowany konstruktywizm społeczny, do którego Tamanaha się odwołuje[20]. Sympatycy konstruktywizmu mogą po prostu zaakceptować na swój sposób radykalne stanowisko Tamanahy co do definiowania bądź delimitowania prawa od nie-prawa, wraz z jego sugerowaną tu konsekwencją utożsamiania przedmiotu przeświadczeń z samymi przeświadczeniami. Natomiast osoby zakładające w mniejszym lub większym stopniu obiektywność określonych zjawisk życia społecznego, a więc mogące nie stawiać znaku równości między prawem a twierdzeniami ludzi na temat tego, co nim jest, mogą podchodzić sceptycznie do koncepcji Tamanahy. Dla nich przecież same zebrane twierdzenia o tym, co z perspektywy poszczególnych ludzi jest prawem, wcale nie są podstawą identyfikacji prawa i odróżniania go od tego, co prawem nie jest. Upatrywany przez Tamanahę najistotniejszy plus jego koncepcji – możliwość odróżniania prawa od nie-prawa – przestaje być zatem obiektywną, niezaprzeczalną zaletą. To, czy faktycznie przyzna się komentowanemu autorowi osiągniecie, jakie sam zdaje się sobie przypisywać, zależy bowiem od preferencji oceniających jego koncepcję osób, stopnia akceptacji/odrzucania przez nich podstawowych idei konstruktywizmu społecznego. W tym sensie przytoczona zaleta stanowiska Tamanahy okazuje się bardzo silnie relatywna.

Podobny charakter zdaje się mieć druga zaleta, jaką przypisuje sobie sam Tamanaha, ostatecznie ściśle powiązana z pierwszą. Mianowicie przekonuje on, iż jego koncepcja umożliwia znacznie bogatsze instrumentarium pojęciowe, w którym wyraźnie odróżnialne od siebie będą kategorie różnych rodzajów norm społecznych (pluralizm normatywny), a także wewnętrzne pluralizmy wyróżnionych kategorii norm społecznych, jak i sam pluralizm prawny[21]. W nawiązaniu do wcześniejszego komentarza można natomiast zadać pytanie, czy faktycznie odróżnialne będą same zasadnicze rodzaje norm społecznych i ich ewentualne wewnętrzne pluralizmy, czy też będzie można odróżnić, oddzielić od siebie jedynie społeczne twierdzenia, identyfikacje norm moralnych, prawnych, religijnych bądź zwyczajowych, na podstawie których będzie można stwierdzić stopień pluralizacji poglądów na dany temat w określonej populacji. Ponownie więc akceptacja twierdzenia o tej zalecie nieesencjalistycznego pluralizmu prawnego zdaje się ostatecznie zależeć od tego, czy podziela się mogące budzić kontrowersje stanowisko konstruktywizmu społecznego.

Z kolei zaletą koncepcji Tamanahy, która zdaje się nierelatywna, niezależna od przyjmowanych założeń czy kryteriów ocen, jest generowanie na jej podstawie wielu problemów badawczych. Choć sam Tamanaha skupia się na łatwo nasuwającym się na gruncie jego wywodów pytaniu badawczym: „kto, co i dlaczego

19 Tamże, s. 197.

20 Tamże, s. 142, 162.

21 Tamże, s. 198.

identyfikuje jako prawo?"[22], to można wskazać zdecydowanie więcej interesujących problemów godnych rozważenia. Nie tylko warto przemyśleć korelowanie odpowiedzi na wskazane pytanie z różnymi zmiennymi socjodemograficznymi respondentów, ale także ustalanie na podstawie zebranych świadectw ewentualnych brzegowych warunków uznawania określonych zjawisk jako zjawisk prawnych w danym społeczeństwie czy w ramach określonych, dających się wyodrębnić grup społecznych. To ostatnie przedsięwzięcie można by natomiast realizować w ramach wspomnianego wcześniej, wyróżnionego przez Tamanahę wprost drugiego poziomu analiz zjawiska pluralizmu prawnego, a otrzymane rezultaty ewentualnie poddać kontroli w ramach sugerowanego trzeciego etapu lub jego odpowiedniej modyfikacji. Choć już nawet bardzo skromna analiza koncepcji Tamanahy pod kątem jej aplikacji empirycznej czy budowania rodzajów prawa[23]. Jednakże w świetle takiego twierdzenia od razu może nasunąć się pytanie, czy faktycznie brak hierarchii różnych rodzajów prawa jest dobry. Do tego wątku jednak powróci się w późniejszych rozważaniach dotyczących wad omawianej koncepcji.

Sam Tamanaha wskazuje pewne problemy związane z jego koncepcją, choć jak jest to ukazane poniżej, można się zastanawiać, czy zwraca uwagę na wszystkie i najważniejsze kwestie. Skoro prawem ma być to, co ludzie uznają jako prawo, to Tamanaha dostrzega konieczność uzupełnienia jego koncepcji o odpowiedź na pytanie: „kto dokładnie i jak wiele osób musi uznać coś za prawo, by się to «liczyło»?"[24]. Faktycznie, uzupełnienie jego koncepcji o rozwiązanie tego problemu wydaje się konieczne. Trzeba jednak zaznaczyć, z bardziej krytycznej perspektywy, iż wprowadzanie pewnych cezur ilościowych bądź jakościowych, jakie muszą spełnić społeczne identyfikacje prawa i ludzie

Stanowisko Tamanahy okazuje się uwikłane w bardzo subtelny, acz istotny problem ontologiczny. Zdaje się on utożsamiać przedmiot indywidualnych sądów – prawo – z samymi sądami – opiniami na temat tego, czym prawo jest czy też co można za prawo uznać.

na jej podstawie badań socjologiczno-prawnych sugeruje jej duży potencjał, to sam jej autor zdaje się go nie dostrzegać. Zamiast rozwinąć wątek tej istotnej zalety, przechodzi on do wskazania kolejnej pozytywnej strony jego koncepcji, która jednak może budzić poważne wątpliwości, podobnie jak wcześniej komentowane elementy afirmatywnej samooceny Tamanahy.

Mianowicie podnosi on, iż twierdzenie, że prawo jest tym, co ludzie jako prawo oznaczają, jest nie tylko pozytywne pod tym względem, że unika się jakichkolwiek presupozycji co do prawa, ale także unika się zakładanych hierarchii ważności, istotności różnych je wyrażający, zawsze może budzić wątpliwości, iż ostatecznie wspiera się bardzo partykularne ujęcia prawa, a nie sporządza się neutralnego opisu pewnych zjawisk i tendencji. Jak jeszcze będzie to rozwijane poniżej, koncepcja Tamanahy zdaje się całkowicie pozbawiona nawet najprostszych elementów bardziej podejrzliwego, krytycznego spojrzenia na prawo, jak i na same konstrukcje teoretyczne dotyczące prawa.

Kontynuując wątek problemów swojej własnej koncepcji, Tamanaha słusznie formułuje pytanie: „dokładnie jakie użycia pojęcia prawa należy uznać za istotne

22 Tamże, s. 199.

23 Tamże, s. 199–200.

24 Tamże, s. 200, ale także s. 166–167.

w ustalaniu tego, co ludzie traktują jako prawo, a przez to dochodzeniu, czym jest prawo (na gruncie danej populacji lub jej części)?"[25]. Faktycznie, Tamanaha kładzie nacisk na ustalanie, czemu ludzie „przypinają łatkę" prawa. Natomiast lakonicznie traktuje problematykę tego, co ludzie zdają się bądź mogą wiązać z samym słowem „prawo", a to może przecież konotować bardzo dużo. Mianowicie to, że ktoś określi coś jako prawo – „przypnie łatkę" prawa – wcale nie oznacza, że ma na myśli prawo w sensie np. produktów działalności organów legislacyjnych. Kluczowe w omawianym kontekście pojęcie jest przecież używane także na oznaczenie pewnych empirycznych prawidłowości. Nie jest to jednak najistotniejszy problem. Nawet jeśli ktoś używa pojęcia prawa w sposób, który zdaje się mieć na myśli sam Tamanaha, czyli na oznaczenie pewnego rodzaju normatywności występującej (lub mogącej występować) w społeczeństwach ludzkich, to warto mieć także na względzie takie ewentualne użycia pojęcia prawa, które na przykład nie są wyrażane na poważnie i z przekonaniem, ale ironicznie bądź bez pewności. Choć jest to naprawdę bardzo istotny problem w komentowanej koncepcji, to sam jej autor, dostrzegając tę kontrowersję, poświęca zaskakująco mało miejsca na nawet wstępną próbę jej choćby częściowego rozwiązania. Ta zdaje się konieczna, jeśli chcieć wykorzystać koncepcję Tamanahy zgodnie z jednym z jej przeznaczeń – do prowadzenia badań empirycznych. Bez odniesienia się do podniesionej tu kwestii adekwatne interpretowanie zebranego materiału empirycznego, czyli poglądów społeczeństwa bądź jego części na temat tego, czym jest prawo, będzie bardzo utrudnione, a może wręcz niemożliwe[26].

Tymczasem Tamanaha szybko przechodzi do wskazania kolejnego problemu, jakim są, jego zdaniem, różnice językowe (a także kulturowe) związane ze słowem „prawo"[27]. Podnosi mianowicie, iż jakkolwiek na gruncie wielu języków etnicznych można znaleźć słowa będące odpowiednikiem na przykład polskiego sformułowania „prawo", to mogą one ostatecznie znaczyć coś innego bądź być używane w subtelnie odmiennych kontekstach. Przykładowo, czy można zestawiać ze sobą oświadczenia Polaków na temat tego, czym jest dla nich „prawo", z oświadczeniami Niemców wskazującymi, czym jest dla nich „*Recht*"? Innymi słowy, Tamanaha obawia się dużych trudności w porównywaniu przeprowadzonych badań empirycznych w różnych państwach. W świetle wcześniej podniesionego zasadniczego problemu związanego z użyciem pojęcia prawa nawet na gruncie tylko jednego języka etnicznego, które miałoby być brane pod uwagę w badaniach empirycznych, zaskakujące jest, że Tamanaha, nie rozwiązując tego problemu, rozważa stosowanie własnej koncepcji także w wymiarze międzynarodowym. Nawet nie sugerując rozwiązania problemów związanych z ewentualnym użyciem jego koncepcji w skali jednego państwa, podnosi, iż może być ona wykorzystana do badań komparatystycznych. W nich zaś najprawdopodobniej dojdzie tylko do spiętrzenia problemu związanego ze zidentyfikowaniem relewantnego użycia pojęcia prawa z problemami translacji.

Ewidentne skupienie się na słowie „prawo" i jego ekwiwalentach w innych językach etnicznych prowadzi Tamanahę także do dostrzeżenia kolejnego, jego zdaniem, problemu – nieadekwatności jego koncepcji względem społeczności tubylczych, rdzennych bądź plemiennych, które w swoich językach mogą nie zawierać słowa „prawo"[28]. Innymi słowy, przyznaje, iż jego koncepcja nie ma zasięgu uniwersalnego. Nie może być stosowana względem wszystkich społeczności ludzkich. Jakkolwiek jest to zasadna obserwacja, to można się zastanawiać, czy faktycznie nieuniwersalność podobnej koncepcji należy oceniać w kategoriach jej wad czy niedoskonałości.

Choć komentowany autor zdaje się dostrzegać pewne istotne problemy własnej konstrukcji, to można odnieść wrażenie, że nie przykłada zbyt dużej wagi

25 Tamże, s. 200, ale także s. 168–169.

26 Do tego zaś można dodać obawę przed indywidualnymi uprzedzeniami interpretatorów/badaczy i ich wpływem na opracowanie materiału empirycznego, zob. B. Truffin, O. Struelens, *Through the Looking Glass of Diversity. The Right to Family Life from the Perspectives of Transnational Families in Belgium* (w:) G. Corradi, E. Brems, M. Goodale (eds.), *Human Rights Encounter Legal Pluralism. Normative and Empirical Approaches*, Oxford–Portland–Oregon 2017, s. 207–208.

27 B.Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence*…, dz. cyt., s. 200, ale także s. 169.

28 Tamże, s. 203–205.

do choćby częściowego odniesienia się do nich w bardziej krytyczny sposób. Poza tym względem nieesencjalistycznego pluralizmu prawnego można wskazać inne kontrowersje, już niepodnoszone w żaden sposób przez jego autora.

Przede wszystkim w zetknięciu się z tą koncepcją nasuwają się następujące pytania. Czy o prawie ma faktycznie świadczyć tylko to, że określona grupa ludzi zdaje się oznaczać coś jako prawo? Czy prawo to tylko „łatka przypinana" przez ludzi do różnych obiektów i zjawisk? Czy sami ludzie, których Tamanaha chciałby badać zgodnie ze swoimi założeniami, zgodziliby się z jego koncepcją? W stanowisku Tamanahy można zidentyfikować specyficzne napięcie. Z jednej strony słusznie chce badać, poznawać, co ludzie postrzegają jako prawo. Z drugiej strony jednak wychodzi od mało popularnej i raczej przeczącej intuicjom tezy, iż prawo jest puste, bez jakiejkolwiek najmniejszej nawet esencji, a o tym, co jest prawem, decydują ostatecznie subiektywne poglądy. Zdaje się więc faworyzować spojrzenie „ludowe", demokratyczne na prawo, lecz w konsekwencji proponuje na swój sposób radykalną teoretyczną konstrukcję, o najprawdopodobniej znikomym społecznym poparciu. Oczywiście dokładniejsze przyjrzenie się omawianej koncepcji najpewniej doprowadzi do wniosku, że Tamanaha, zgłaszając twierdzenie, iż prawem jest to, co ludzie jako prawo oznaczają, tak naprawdę porusza się na poziomie pewnych metapoglądów, a nie ustawia swojej koncepcji w tym samym rzędzie, co konkretne poglądy na temat prawa, które najpewniej w większości przypadków są esencjalistyczne (mniej lub bardziej). Można jednak powątpiewać, czy Tamanaha dostatecznie wyraźnie podkreśla sugerowany tu status własnych twierdzeń.

Takie uwydatnienie poziomu, na którym zdaje się poruszać Tamanaha, jest konieczne, zwłaszcza jeśli wyobrazić sobie sytuację wzrostu popularności jego tezy, iż prawo nie ma esencji, jest tylko tym, co ludzie za takie uznają. Jeśli bowiem członkowie określonego społeczeństwa zaczną w coraz większej liczbie wierzyć w tę tezę, to można spodziewać się negatywnych społecznych konsekwencji. Gdy ludzie będą przekonani, iż tak naprawdę ich subiektywne oceny determinują to, co jest prawem, a co prawem nie jest, i ich poglądy nie są ze sobą zgodne, to można się spodziewać wzrostu antagonizmów między reprezentantami odmiennych poglądów czy niekoniecznie funkcjonalnego społecznie nonkonformizmu (łamania czegoś, co jedni uważają za prawo, przez tych, którzy nie zgadzają się z tą opinią). W świetle tego twierdzenia można powiedzieć, iż Tamanaha zdecydowanie chce uwzględniać jak najwięcej poglądów społecznych, reprezentuje swojego rodzaju demokratyczny deskryptywizm, ale można się zastanawiać, czy nie idzie on za daleko, czy w konsekwencji nie zdaje się oportunistycznie uciekać od brania pod uwagę i sugerowania rozstrzygnięć możliwych do przewidzenia lub faktycznie obserwowanych głębokich sporów polityczno-społecznych o prawo. Oczywiście wspomniane na początku niniejszego tekstu spory dotyczące polskiego Trybunału Konstytucyjnego

Czy o prawie ma faktycznie świadczyć tylko to, że określona grupa ludzi zdaje się oznaczać coś jako prawo? Czy prawo to tylko „łatka" przypinana przez ludzi do różnych obiektów i zjawisk? Czy sami ludzie, których Tamanaha chciałby badać zgodnie ze swoimi założeniami, zgodziliby się z jego koncepcją?

czy referendum w Katalonii z 1 października 2017 r. z powodzeniem dają się wpisać w generalną ideę Tamanahy, zgodnie z którą ludzie mogą nie zgadzać się w swoich identyfikacjach sprawa. Mówiąc kolokwialnie, jedni mogą uważać tak, a drudzy zupełnie inaczej. Między takimi stronnictwami może zaś dochodzić do wyraźnych, czasem wręcz zażartych konfliktów, w których każda ze stron będzie podtrzymywała swoją pierwotną tezę, a więc upierała się przy swojej identyfikacji prawa. Trzeba jednak powiedzieć wprost, że do wysnucia podobnych wniosków nie jest potrzebna jakaś ogólniejsza koncepcja teoretyczna. W świetle ogólnej życiowej obserwacji, iż ludzie mają tendencję do niezgadzania się w określonych kwestiach, a więc w obliczu pluralizacji poglądów na dane sprawy, nieesencjalistyczny pluralizm prawny zdaje się dość trywialną koncepcją. Jest tylko bardzo ogólną ramą służącą do opisu pewnych zjawisk.

Tamanaha jednak w żaden sposób nie proponuje ani nawet nie zdaje się zainteresowany odpowiedzią na pytanie, jak postępować w świetle określonych przypadków pluralizmu prawnego. To właśnie tutaj objawia się daleko idący brak zaangażowania Tamanahy i jego nacisk na deskryptywność, z całkowitym pominięciem krytycznej dyskusji nad tym, jak oceniać przejawy pluralizmu prawnego i jak ewentualnie reagować na negatywne przypadki. Ujmując to inaczej, Tamanaha nie zadaje sobie trudu uwzględnienia społecznych realiów, gdy przekonuje, że definicje prawa czy hierarchie rodzajów prawa są nieadekwatne. Z perspektywy teoretyczki czy teoretyka może nawet większość z nich jest faktycznie błędna. Trzeba jednak pamiętać także o tym, że definicje czy hierarchie mogą pełnić również funkcje społeczne, strukturyzując interakcje w danej populacji, przyczyniając się do większej przewidywalności życia i stanowiąc jeden z filarów porządku społecznego. Czy faktycznie za niewłaściwą można uznać sytuację, gdy dana definicja prawa bądź zhierarchizowanie rodzajów prawa, wskutek odpowiedniej, rzetelnej i pozbawionej elementów przymusu argumentacji na ich rzecz, staje się bardziej popularna w społeczeństwie, a nawet po prostu akceptowana przez członków tego społeczeństwa? Czy z tej społecznej perspektywy definicje i hierarchie są bezwarunkowo złe? Tamanaha zdaje się całkowicie ignorować te pytania bądź nie dostrzegać ich. Jest to na swój sposób paradoksalne zajmować się pluralizmem prawnym jako zjawiskiem społecznym biorącym się z tego, iż ludzie różnie identyfikują prawo, pomijając przy tym wagę szerzej uznawanych definicji prawa dla funkcjonowania społeczeństwa. Nie należy bowiem mieć złudzeń, że różne przejawy pluralizmu prawnego mogą powodować więcej problemów społecznych, niż stanowić ich rozwiązanie. Tych ostatnich natomiast Tamanaha w żaden sposób nawet nie sugeruje. Zdaje się więc u niego przeważać perspektywa społecznie niezaangażowanego badacza nad chęcią uwzględniania bieżących realiów i ich problemów bądź potrzeb[29]. W tym sensie można powiedzieć, że Tamanaha jest dość konserwatywnym socjologiem prawa. Opisuje, lecz nawet nie rozważa różnych alternatyw postępowania względem czegoś, co nie zawsze może być pozytywnie oceniane.

Co jeszcze warte podkreślenia – dla samego Tamanahy jego koncepcja wydaje się dość trudna do konsekwentnego przestrzegania. W założeniach chce badać identyfikowanie przez różnych ludzi różnych obiektów i zjawisk jako prawo. Kładzie więc zdecydowanie duży nacisk na subiektywność. Jednakże w wielu miejscach swoich rozważań wzmiankuje o badaniu relacji między różnymi rodzajami prawa, a nawet przeprowadza uproszczone analizy, na przykład jak prawo państwowe ma się do prawa religijnego[30]. Można więc powiedzieć, że w tych fragmentach dyskutuje już nie o samych subiektywnych przeświadczeniach, tylko o tym, do czego subiektywne przeświadczenia mogą się odnosić. Oczywiście można tłumaczyć Tamanahę, iż wcale nie rezygnuje w tych fragmentach ze swojego zasadniczego konstruktywistycznego założenia, iż prawem jest to, co ludzie jako prawo oznaczają. Można wszak podnosić, że rozważa wówczas relacje między już zidentyfikowanymi i zgeneralizowanymi charakterystykami określonych rodzajów prawa, ustalonych w oparciu o badania empiryczne. Problematyczne jest

29 To zaś można wiązać z jego wcześniejszymi, niepozbawionymi racji, uwagami na temat politycznego uwikłania części anglo-amerykańskiej socjologii prawa, zob. B.Z. Tamanaha, *Realistic Socio-Legal Theory. Pragmatism and a Social Theory of Law*, Oxford 1997, s. 20–24.

30 B.Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence*…, dz. cyt., s. 199; tenże, *Understanding Legal Pluralism*…, dz. cyt., s. 396–409.

jednak to, że Tamanaha dotąd nie przeprowadził takich badań ani nawet nie powołuje się na badania, które mogłyby mu posłużyć za podstawę takiej generalizacji i dyskusję o relacjach między różnymi rodzajami praw. Nie tylko jednak ten szczegół w sposobie argumentacji Tamanahy może budzić wątpliwości.

Choć jest to niewątpliwie bardzo mocne sformułowanie, to można doszukać się w jego rozważaniach pewnej sprzeczności, wręcz graniczącej z hipokryzją. U podstaw nieesencjalistycznego pluralizmu prawnego deklaruje on swoistą otwartość na różne poglądy, zgodnie ze sformułowaniem, iż prawem jest to, co ludzie za takie uznają, lecz z drugiej strony przeprowadza dość mocną krytykę prowadzącą ostatecznie do odrzucenia innych sposobów ujmowania prawa, które, tak jak choćby Hartowska koncepcja, zyskały duże uznanie i niewykluczone, że wpisują się w część potocznych intuicji na temat prawa. Trudno jest bez popadania w sprzeczność krytykować spotykane definicje prawa i budowane na ich podstawie ujęcia pluralizmu prawnego, przyjmując założenie, iż prawem jest ostatecznie to, co ludzie uznają za prawo. Egzemplifikacją tego stanu rzeczy jest choćby dyskusja Tamanahy z koncepcją wspomnianego już wcześniej Teubnera[31]. Warto ją przytoczyć także z tego względu, iż pozwala ukazać być może dalszy problem z koncepcją Tamanahy, dający się sprowadzić do kolejnego zarzutu niepełnego realizowania własnych założeń i popadania przez to w sprzeczność, którą można wręcz określić mianem fundamentalnej czy zasadniczej.

Teubner, jako jeden z bardziej znanych przedstawicieli teoriosystemowych czy też autopoietycznych ujęć prawa, odwołując się do dzieła Niklasa Luhmanna, przyjmuje, iż prawem jest ostatecznie zespół komunikatów (komunikacji) dokonywanych w oparciu o binarny kod prawne/bezprawne. Upraszczając, określone zjawiska, których dotyczą komunikaty oparte na kodach zysk/strata czy władza/brak władzy, a więc stanowiące odpowiednio zjawiska ekonomiczne bądź polityczne, póki nie zostaną zaobserwowane z perspektywy prawnego kodu binarnego, niezależnie od tego, czy określi się je mianem prawnych bądź bezprawnych, są prawnie irrelewantne. Gdy natomiast zostanie sformułowany prawny komunikat, nawet dotyczący zjawiska bardzo rzadko kojarzonego z oficjalnym prawem albo obiektywnie niestanowiącego przedmiotu formalnie obowiązujących regulacji, wchodzi on w skład teoriosystemowo pojmowanego prawa. Wychodząc z takich generalnych założeń, dla Teubnera pluralizmem prawnym jest „wielość różnorodnych procesów komunikacji obserwujących działania społeczne z perspektywy kodu prawne/bezprawne”[32], a – dodając – różne obserwacje tego samego szeroko pojętego przedmiotu nie muszą być zbieżne w kodowaniu. To samo może być ujmowane jako prawne przez określone komunikaty i, jednocześnie, jako nieprawne przez inne.

Pomijając problem, na ile rzetelnie i adekwatnie Tamanaha oddaje koncepcję Teubnera[33], trzeba powiedzieć, że jego najistotniejszym, w omawianym kontekście, zarzutem jest wytknięcie ogromnego skomplikowania identyfikacji prawa w oparciu o kod binarny z uwagi na płynność i dynamikę komunikacji, a także to, że dystynkcja prawne/bezprawne jest przywoływana nie tylko jawnie i wyraźnie, ale także wyłącznie w sposób dorozumiany. Innymi słowy, Tamanaha krytykuje językowość czy uprzywilejowanie procesów komunikacji w konceptualizacji prawa i pluralizmu prawnego u Teubnera. Jakkolwiek można zgłaszać podobne wątpliwości, to zastanawiające, a wręcz paradoksalne jest to, że taką krytykę formułuje właśnie Tamanaha. Sam przecież ostatecznie faworyzuje język, a właściwie jedno słowo – „prawo” – i jego ewentualne odpowiedniki w pozostałych językach etnicznych. Twierdzi bowiem, że „(…) jeśli żadna grupa w danym społeczeństwie nie odnosi się do «prawa», to w tym społeczeństwie nie ma prawa”[34]. Prawo istnieje wtedy, gdy dana grupa ludzi określi coś jako prawo, używając właściwego słowa w odpowiednim znaczeniu. Nie tylko więc można doszukiwać się w ocenie stanowiska Teubnera swoistej hipokryzji Tamanahy, ale także zacząć się zastanawiać, czy ostatecznie Tamanaha sam sobie nie przeczy i jednak nie udaje mu się przepro-

31 B.Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence…*, s. 186–191.

32 G. Teubner, *The Two Faces of Janus. Rethinking Legal Pluralism* (w:) K. Tuori, Z. Bankowski, J. Uusitalo (eds.), *Law and Power. Critical and Socio-Legal Essays*, Liverpool 1997, s. 128.

33 Por. R. Nobles, D. Schiff, *Observing Law through Systems Theory*, Oxford–Portland–Oregon 2013, s. 91–99.

34 B.Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence…*, dz. cyt., s. 201.

wadzić całości rozważań w zgodzie z pierwotnymi założeniami. W końcu, czy faktycznie Tamanaha unika jakichkolwiek założeń o choćby minimalnej esencji prawa, jeśli przykłada tak dużą wagę do tego, czy w danej społeczności są ludzie określający coś przez specyficznie rozumiane słowo „prawo" i jego odpowiedniki w innych językach?

Jak widać więc po powyższym komentarzu, koncepcja Tamanahy jest kontrowersyjna i problematyczna na wielu płaszczyznach. Pewne wątpliwości może budzić również sama argumentacja prowadząca do niej i uzasadniająca ją. Jej autorowi można wytknąć m.in. bardzo ogólne i wyjątkowo śmiałe generalizacje stanowiące punkt wyjścia; stawianie zarzutów innym, samemu zdając się powielać niektóre z krytykowanych schematów; nierozwinięcie istotnych wątków dotyczących językowego oznaczania określonych obiektów i zjawisk jako prawo oraz możliwych perspektyw badawczych; wręcz nadmierny deskryptywizm i swoistą akrytyczność oraz brak nawet śladów zaangażowania w obliczu faktycznych i przewidywalnych przejawów społecznie negatywnego (destruktywnego) pluralizmu prawnego; niedostrzeganie ważnych społecznych funkcji definicji i hierarchii prawa; czy mogące budzić wątpliwości przekonanie o nieesencjalizmie własnej konstrukcji i możliwości delimitacji prawa od nie-prawa na jej gruncie. Oczywiście na tle innych konceptualizacji pluralizmu prawnego idea Tamanahy zdaje się umożliwiać zdecydowanie wyraźniejsze odróżnianie prawa od nie-prawa, przy akceptacji perspektywy konstruktywistycznej. Choćby z tego względu sięganie po nią daje się wytłumaczyć. Trzeba jednak być jej – jako narzędzia do potencjalnego wykorzystania we własnych przedsięwzięciach – świadomym w pełniejszy sposób. Powyższe rozważania pomyślane są właśnie jako bardziej szczegółowa, krytyczna analiza nieesencjalistycznego pluralizmu prawnego, która sugeruje zainteresowanym nim, teoretycznie bądź empirycznie, jego nieraz subtelne, acz istotne problemy, których choćby częściowe rozwiązanie może wymagać modyfikacji oryginalnej propozycji Tamanahy, sięgnięcia po inną podstawę teoretyczną bądź stworzenia własnej koncepcji pluralizmu prawnego. To ostatnie rozwiązanie może być wskazane zwłaszcza, gdy aspiruje się do analizy konkretnych realiów (np. określonego państwa w danym przedziale czasowym). Z kolei Tamanaha ma niewątpliwie ambicje uniwersalne co do własnej koncepcji. Jego generalna idea ma być stosowalna do bardzo wielu różnorodnych sytuacji. Być może jednak jest to kolejny błąd, nie tylko Tamanahy, a koncepcje pluralizmu prawnego nie powinny mieć aż tak szerokich, wręcz globalnych aspiracji. Zamiast tego może najwłaściwszym podejściem jest właśnie budowanie wielu koncepcji pluralizmu prawnego zorientowanych na bardzo konkretne realia, np. współczesnej Polski, Hiszpanii, Irlandii, Kanady, Japonii, Indonezji, Indii, Turcji, Libanu itd. By ocenić, czy taki scenariusz faktycznie przyniesie lepsze rezultaty od nieesencjalistycznego pluralizmu prawnego, trzeba podjąć próbę jego realizacji.

Czy faktycznie Tamanaha unika jakichkolwiek założeń o choćby minimalnej esencji prawa, jeśli przykłada tak dużą wagę do tego, czy w danej społeczności są ludzie określający coś przez specyficznie rozumiane słowo „prawo" i jego odpowiedniki w innych językach?

Bibliografia

Daniels D. v., *A Genealogical Perspective on Pluralist Jurisprudence* (w:) N. Roughan, A. Halpin (eds.), *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence*, Cambridge 2017, s. 163–191.

Dupret B., *Adjudication in Action. An Ethnometodology of Law, Morality and Justice*, transl. P. Ghazaleh, Farnham 2011.

Dupret B., *Prawo w naukach społecznych*, przeł. J. Stryjczyk, Warszawa 2010.

Ehrenberg K.M., *The Functions of Law*, Oxford 2016.

Gizbert-Studnicki T., Dyrda A., Grabowski A., *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*, Warszawa 2017.

Himma K.E., *Do Philosophy and Sociology Mix? A Non-Essentialist Socio-Legal Positivist Analysis of the Concept of Law*, „Oxford Journal of Legal Studies" 2004, t. 24, nr 4, s. 717–738.

Kojder A., *Pluralizm prawny* (w:) A. Kojder, Z. Cywiński (red.), *Socjologia prawa. Główne problemy i postacie*, Warszawa 2014, s. 295–298.

Kojder A., *Z Czerniowców w szeroki świat… Eugen Ehrlich i narodziny idei socjologii prawa* (w:) A. Flis (red.), *Stawanie się społeczeństwa. Szkice ofiarowane Piotrowi Sztompce z okazji 40-lecia pracy naukowe*j, Kraków 2006, s. 125–146.

Muñiz-Fraticelli V.M., *The Structure of Pluralism. On the Authority of Associations*, Oxford 2014.

Nobles R., Schiff D., *Observing Law through Systems Theory*, Oxford–Portland–Oregon 2013.

Radziewicz P., Tuleja P. (red.), *Konstytucyjny spór o granice zmian organizacji i zasad działania Trybunału Konstytucyjnego: czerwiec 2015 – marzec 2016*, Warszawa 2017.

Saleh-Hanna V., *Women, Law, and Resistance in Northern Nigeria. Understanding the Inadequacies of Western Scholarship* (w:) V. Saleh-Hanna (ed.), *Colonial Systems of Control. Criminal Justice in Nigeria*, Ottawa 2008, s. 293–353.

Stawecki T., *Prawo w książkach i prawo na dyskach – konsekwencje dla praktyki wykładni prawa* (w:) S. Lewandowski, H. Machińska, J. Petzel (red.), *Prawo, język, logika. Księga jubileuszowa profesora Andrzeja Malinowskiego*, Warszawa 2013, s. 237–259.

Stawecki T., Staśkiewicz W., Winczorek J., *Między policentrycznością a fragmentaryzacją. Wpływ Trybunału Konstytucyjnego na polski porządek prawny*, Warszawa 2008.

Tamanaha B.Z., *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford 2001.

Tamanaha B.Z., *A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism*, „Journal of Law and Society" 2000, t. 27, nr 2, s. 296–321.

Tamanaha B.Z., *A Realistic Theory of Law*, Cambridge 2017.

Tamanaha B.Z., *Realistic Socio-Legal Theory. Pragmatism and a Social Theory of Law*, Oxford 1997.

Tamanaha B.Z., *The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism*, „Journal of Law and Society" 1993, t. 20, nr 2, s. 192–217.

Tamanaha B.Z., *Understanding Legal Pluralism. Past to Present, Local to Global*, „Sydney Law Review" 2008, t. 30, nr 3, s. 375–411.

Teubner G., *The Two Faces of Janus. Rethinking Legal Pluralism* (w:) K. Tuori, Z. Bankowski, J. Uusitalo (eds.), *Law and Power. Critical and Socio-Legal Essays*, Liverpool 1997, s. 119–140.

Truffin B., Struelens O., *Through the Looking Glass of Diversity. The Right to Family Life from the Perspectives of Transnational Families in Belgium* (w:) G. Corradi, E. Brems, M. Goodale (eds.), *Human Rights Encounter Legal Pluralism. Normative and Empirical Approaches*, Oxford–Portland–Oregon 2017, s. 203–221.

Twining W., *A Post-Westphalian Conception of Law*, „Law & Society Review" 2003, t. 37, nr 1, s. 199–257.

Twining W., *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge 2009.

Winczorek J., *Pluralizm prawny* (w:) A. Kociołek-Pęksa, M. Stępień (red.), *Leksykon socjologii prawa*, Warszawa 2013, s. 181–186.

Winczorek J., *Pluralizm prawny wczoraj i dziś. Kilka uwag o ewolucji pojęcia* (w:) D. Bunikowski, K. Dobrzeniecki (red.), *Pluralizm prawny. Tradycja, transformacje, wyzwania*, Toruń 2009, s. 12–35.

Tomasz Barszcz

Postępowanie dyscyplinarne wobec studentów. Kwestia prowadzenia rozprawy pod nieusprawiedliwioną nieobecność obwinionego

Tomasz Barszcz

Doktor nauk prawnych, magister filozofii, adiunkt w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II, referendarz sądowy.

✉ *tbarszcz@kul.lublin.pl*

Disciplinary Proceedings Against Students. The Question of Conducting a Hearing under the Unjustified Absence of a Defendant

The article discuss disciplinary proceedings against students mostly provided by The Higher Education Act of 2005 (and, in the forthcoming future, by the so-called Constitution for Science). The author focuses on the validity of the norms reflecting such fundamental principles as the right to a defense as well as the trial's adversary, directness, orality and openness. Thus, he formulates arguments for the thesis that conducting a hearing in the course of disciplinary proceedings against students is allowed when the defendant student: 1) was summoned for the hearing; 2) is absent from the hearing without a valid cause; and 3) did not make any explanation during the hearing. Legal provisions do not justify any contradictory norm's reconstruction. After presenting arguments for that statement, the author insists on the validity of the allowance to conduct a hearing in the course of disciplinary proceedings against students when 1)–3) happen. At the end marked defects of the presented argumentations are given, as well as the ways in which they may be corrected.

1. Wstęp

Zgodnie art. 211 ust. 1 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym (PSW)[1]

1 Dz.U. 2017, poz. 2183 ze zm.; dalej: PSW lub Prawo o szkolnictwie wyższym. Warto podkreślić, iż chociaż rozważania będą opierały się na stanie prawnym wyznaczonym przez Prawo o szkolnictwie wyższym i Rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 6 grudnia 2006 r. w sprawie szczegółowego trybu postępowania wyjaśniające-

„za naruszenie przepisów obowiązujących w uczelni oraz za czyny uchybiające godności studenta student ponosi odpowiedzialność dyscyplinarną przed komisją dyscyplinarną". Z kolei na mocy art. 219 ust. 3 PSW ustalanie tej odpowiedzialności odbywa się w toku „rozprawy, podczas której wysłuchuje [się] rzecznika dyscyplinarnego do spraw studentów i obwinionego". Skoro zaś w języku prawnym czasowniki w trybie oznajmującym i czasie teraźniejszym oznaczają nakaz zachowania się adresata normy[2], to budujące art. 219 ust. 3 PSW wyrażenie „rozprawy, podczas której wysłuchuje (…) obwinionego" należy traktować jako wskazujące na nakaz wysłuchania obwinionego w trakcie rozprawy. Skoro zatem komisji dyscyplinarnej jest nakazane wysłuchanie obwinionego studenta podczas rozprawy, to nie jest jej dozwolone przeprowadzenie rozprawy pod jego nieobecność[3].

Zaprezentowanego rozumowania nie można zaakceptować. Postępowanie dyscyplinarne wobec studentów wyznacza bowiem norma – chociaż nie została *expressis verbis* zakomunikowana przez prawodawcę – iż komisji dyscyplinarnej jest dozwolone przeprowadzenie rozprawy pod nieobecność obwinionego studenta, gdy 1) doręczono mu wezwanie na rozprawę, a 2) jego niestawiennictwo jest nieusprawiedliwione 3) i nawet wtedy, gdy nie złożył on wyjaśnień na rozprawie. W artykule tę normę będę nazywał regułą wykazywaną, albowiem celem poniższych dociekań jest przedstawienie racji na rzecz jej obowiązywania; przy czym wpierw będę argumentował „nie wprost", tj. że przepisy prawa nie usprawiedliwiają rekonstrukcji normy sprzecznej z regułą wykazywaną; ta norma – określana poniżej jako reguła negowana – stanowi, iż komisji dyscyplinarnej nie jest dozwolone przeprowadzenie rozprawy w sytuacji, na którą składają się okoliczności 1–3. W drugiej części dociekań sformułuję argumenty wskazujące bezpośrednio, iż reguła wyznaczająca komisji dyscyplinarnej dozwolenie przeprowadzenia rozprawy w okolicznościach 1–3 obowiązuje. Część trzecia, dopełniając skonstruowane argumentacje, zostanie poświęcona mankamentom z nich wynikającym. Jako taka będzie również stanowiła postulaty odnośnie do treści tzw. Konstytucji dla nauki.

2. Argumentacja „nie wprost"

Tekst prawny, który *expressis verbis* traktuje o obecności obwinionego studenta na rozprawie w postępowaniu dyscyplinarnym wobec studentów, nie jest obszerny. Oprócz art. 219 ust. 3 PSW tworzą go art. 219

go i dyscyplinarnego wobec studentów (Dz.U. 2006, nr 236 poz. 1707; dalej: Rozp. lub Rozporządzenie w sprawie postępowania dyscyplinarnego wobec studentów), to jednak pozostaną one aktualne dla tzw. Konstytucji dla nauki (zob. projekt z dnia 26 marca 2018 r. ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, http://konstytucjadlanauki.gov.pl/content/uploads/2018/03/projekt-ustawy-prawo-o-szkolnictwie-wyszym-i-nauce-26032018.pdf, dostęp: 29.05.2018; dalej: projekt PSW lub Konstytucja dla nauki).

2 Zob. np. T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2014, s. 247; *Wyrok SA w Szczecinie z dnia 15 grudnia 2016 r. w sprawie I ACa 579/16*, https://www.saos.org.pl/judgments/273515 (dostęp: 29.05.2018); *Wyrok SA w Krakowie z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie I ACa 1685/15*, LEX nr 2026155; *Wyrok SN z dnia 22 listopada 2013 r. w sprawie II CSK 90/13*, LEX nr 1422113; *Wyrok NSA z dnia 30 stycznia 2015 r. w sprawie II FSK 3260/12*, LEX nr 1655733; *Wyrok KIO z dnia 24 marca 2017 r. w sprawie KIO 425/17*, LEX nr 2285319.

3 W artykule zakładam, że 1. prawem są pewne reguły postępowania (normy prawne). Każda taka norma: 2. jest to wypowiedź 3. zakomunikowana przez autorytet społeczny pewnego rodzaju (prawodawcę) 4. w aktach normatywnych, uporządkowanych głównie za pomocą przepisów prawa, 5. skierowana do generalnie określonego adresata, 6. wyznaczająca bezpośrednio (w sposób podstawowy) 7. albo obowiązek (bądź nakaz, bądź zakaz), albo dozwolenie 8. określonej abstrakcyjnie aktywności 9. w danego rodzaju okolicznościach; przy czym 10. wyznaczanie przez normę prawną dozwolenia aktywności, czyli potwierdzenie przez prawo jej dopuszczalności, równocześnie (lecz pochodnie) oznacza również wyznaczanie innym podmiotom (które są złączone węzłem prawnym z tym, kto ma dozwolenie) obowiązku. Stanowisko, na które składają się pkt. 1–10, jest zbliżone do poglądów wyrażonych w: T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, dz. cyt., s. 90–107 oraz w H. Izdebski, *Elementy teorii i filozofii prawa*, Warszawa 2008, s. 207–210, 217–225. Warto jednak podkreślić, iż każde z wymienionych założeń pozostaje przedmiotem dyskusji w prawoznawstwie. Zob. np. A. Bator, *Norma prawna* (w:) A. Bator (red.), *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, Warszawa 2010, s. 130–133; J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2007, s. 41–47, 64–83.

ust. 4 PSW i § 16 ust. 1 pkt 4, § 17 ust. 1 i 2 zdanie pierwsze, § 20 ust. 2, 3, i 7 oraz § 22 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie postępowania dyscyplinarnego wobec studentów[4]. Żaden z tych przepisów nie jest jednak źródłem dla wykładni reguły negowanej.

I. Sprawa jest klarowana co do art. 219 ust. 4 PSW. Przepis ten stanowi bowiem, że „[k]omisja dyscyplinarna, po wysłuchaniu rzecznika dyscyplinarnego do spraw studentów, może zawiesić studenta w prawach studenta w przypadku uporczywego nieusprawiedliwionego niestawiania się (…) na posiedzenie komisji dyscyplinarnej mimo prawidłowego zawiadomienia"[5]. Tak zatem, po pierwsze, w myśl powołanego przepisu – jeżeli rozprawa jest formą posiedzenia, a wezwanie stanowi odmianę zawiadomienia – przed komisją dyscyplinarną, w razie nieusprawiedliwionej i uporczywej absencji na rozprawie prawidłowo wezwanego obwinionego studenta aktualizuje się dozwolenie zawieszenia takiego obwinionego w prawach studenta. Po drugie z samego tylko tego przepisu (tj. wyłącznie w oparciu o sformułowania użyte do jego budowy i językowe reguły wykładni prawa), nawet przy przyjęciu dwóch wymienionych założeń, nie da się wyprowadzić reguły negowanej. Zresztą w art. 219 ust. 4 PSW użyto wyrażenia „uporczywego nieusprawiedliwionego niestawiania się". Uporczywe zaś jest jedynie to, co się powtarza lub jest trwałe[6]. W rezultacie pojedyncza nieusprawiedliwiona absencja na rozprawie obwinionego studenta – którą także obejmuje reguła negowana – nie realizuje hipotezy normy z art. 219 ust. 4 PSW. Po trzecie można co prawda argumentować, iż reguła negowana obowiązuje (w przypadkach gdy nieusprawiedliwiona absencja prawidłowo wezwanego obwinionego jest uporczywa), ponieważ – w przeciwnym razie – ustanowienie art. 219 ust. 4 PSW byłoby zbędne. Rzecz jednak w tym, iż temu, apelującemu do racjonalności prawodawcy (i wykorzystującemu rozumowanie *a contrario*), argumentowi można przeciwstawić argument odwołujący się do idei systemu prawa. Otóż na mocy § 17 ust. 1. Rozp. komisja dyscyplinarna zawsze może uznać obecność na rozprawie niestawającego obwinionego „za konieczną"[7]. To zaś znaczy, że art. 219 ust. 4 PSW nie jest zbędny, bowiem otwiera dla komisji dozwolenie na pozbawienie obwinionego praw studenta wtedy, gdy sama komisja dyscyplinarna *in casu*, np. ze względów wychowawczych, uznała obecność obwinionego za konieczną.

Tekst prawny, który *expressis verbis* traktuje o obecności obwinionego studenta na rozprawie w postępowaniu dyscyplinarnym wobec studentów, nie jest obszerny. Żaden jednak z odnośnych przepisów nie jest źródłem dla wykładni reguły negowanej.

II. Źródłem dla rekonstrukcji reguły negowanej nie jest § 16 ust. 1 pkt 4 Rozp., zgodnie z którym „[p]rze-

4 Postępowania dyscyplinarnego wobec studentów przed komisją dyscyplinarną dotyczą art. 213 i 216–224 PSW (z wyj. art. 219 ust. 5), a w projekcie PSW takiemu postępowaniu poświęcono art. 311–312 i 315–322 (z wyj. art. 316 ust. 1); przepisy projektu PSW stanowią równokształtne lub prawie równokształtne odpowiedniki przepisów PSW.

5 Odpowiednikiem art. 219 ust. 4 PSW w projekcie PSW jest art. 317 ust. 4. Przepisy te różnią się co do wyrażenia „po wysłuchaniu rzecznika dyscyplinarnego do spraw studentów", którego art. 317 ust. 4. nie zawiera. Ta różnica nie jest istotna dla konstruowanego argumentu.

6 E. Sobol (red.), *Nowy słownik języka polskiego*, Warszawa 2003, s. 1086.

7 Regulację § 17 ust. 1. Rozp. omawiam w pkt. III.

wodniczący składu orzekającego: wzywa na rozprawę obwinionego i zawiadamia obrońcę o terminie rozprawy"[8]. Chociaż bowiem powołany przepis można uznać za zawierający normę, która wyznacza obwinionemu studentowi nakaz stawienia się na rozprawę[9], to jednak z tego, że obwinionemu jest nakazane stawienie się na rozprawę, nie wynika, iż komisji dyscyplinarnej nie jest dozwolone przeprowadzenie rozprawy pod nieusprawiedliwioną nieobecność prawidłowo wezwanego obwinionego. Pomiędzy tymi normami nie ma bowiem istotnego związku treściowego. Otóż, po pierwsze, są one zaadresowane do innych podmiotów, mianowicie – odpowiednio – do obwinionego oraz do komisji dyscyplinarnej. Po drugie dotyczą odrębnych zagadnień faktycznych. Norma z § 16 ust. 1 pkt 4 Rozp. wyznacza to, co obwiniony ma uczynić w związku z rozprawą, a reguła negowana określa to, co komisja powinna uczynić, gdy prawidłowo wezwany obwiniony bez usprawiedliwienia nie stawia się na rozprawę. Ponadto wymienione normy nie służą wzajemnej realizacji; w szczególności to, że komisji nie jest dozwolone przeprowadzenie rozprawy pod nieusprawiedliwioną nieobecność prawidłowo wezwanego obwinionego, nie sprzyja wypełnieniu przezeń obowiązku stawiennictwa.

III. Wykładni reguły negowanej nie usprawiedliwiają § 17 ust. 1 ani § 17 ust. 2 zdanie pierwsze Rozp. Stosownie do pierwszego z tych przepisów „[n]ieusprawiedliwione niestawiennictwo na rozprawę obwinionego, któremu wezwanie doręczono prawidłowo i który złożył już wyjaśnienia na rozprawie, nie stanowi przeszkody do rozpoznania sprawy, chyba że komisja dyscyplinarna uzna jego obecność za konieczną". Z kolei zgodnie z § 17 ust. 2 zdanie pierwsze Rozp. „[w] razie uznania niestawiennictwa obwinionego na rozprawę za usprawiedliwione skład orzekający odracza rozprawę i wyznacza nowy termin". Tak zatem, jeżeli przedstawione przepisy zostaną użyte przy formułowaniu przesłanek na rzecz reguły negowanej, to otrzymane w ten sposób argumenty nie będą rzetelne. Problem z argumentem nabudowanym na § 17 ust. 2 zdanie pierwsze Rozp. będzie wynikał z następującej okoliczności: reguła negowana dotyczy sytuacji, gdy nieobecność obwinionego studenta jest nieusprawiedliwiona, a sformułowanie wymienionego przepisu, tj. wyrażenia „uznania niestawiennictwa obwinionego (…) za usprawiedliwione", informuje, iż norma w nim zawarta znajduje zastosowanie, gdy absencja obwinionego pozostaje usprawiedliwiona. Jeżeli – na chwilę – założymy, iż § 17 ust. 1 Rozp. nie istnieje, to będziemy mogli stwierdzić, że zakres zastosowania normy z § 17 ust. 2 zdanie pierwsze Rozp. dopełnia się z zakresem zastosowania reguły negowanej wobec usprawiedliwienia (nieusprawiedliwienia) nieobecności obwinionego studenta na rozprawie dyscyplinarnej. To z kolei będzie prowadziło do wniosku, że § 17 ust. 2 zdanie pierwsze Rozp. – regulując klasę sytuacji zupełnie różnych aniżeli reguła negowana – pozostaje nieistotny dla jej obowiązywania.

Z uwzględnieniem § 17 ust. 1 Rozp. sytuacja jest bardziej złożona. Jeżeli bowiem reguła negowana obowiązuje, to jest tak, że z normą z § 17 ust. 2 zdanie pierwsze Rozp. dopełnia się – wobec usprawiedliwienia (nieusprawiedliwienia) nieobecności obwinionego na rozprawie dyscyplinarnej – zarazem reguła z § 17 ust. 1 Rozp. oraz reguła negowana. Otóż komisja może odwołać się do § 17 ust. 1 Rozp. – tak jak w przypadku reguły negowanej – tylko wówczas, gdy nieobecność na rozprawie obwinionego jest nieusprawiedliwiona. Niemniej jednak dla użycia reguły z § 17 ust. 1 Rozp. jest konieczne jeszcze, aby: a) obwiniony został prawidłowo wezwany na rozprawę oraz b) złożył na rozprawie wyjaśnienia; i o ile okoliczność a) jest stypizowana w hipotezie reguły negowanej, o tyle okoliczność b) tej hipotezie nie odpowiada. Innymi słowy, fakt, iż § 17 ust. 1 Rozp. znajduje

8 Rozporządzenie w sprawie postępowania dyscyplinarnego wobec studentów zostało ustanowione na podstawie art. 224 PSW. Odpowiednikiem tego przepisu w projekcie PSW jest art. 322. Warto zaznaczyć, iż projekt z dnia 26 marca 2018 r. ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce nie przewiduje, aby Rozporządzenie w sprawie postępowania dyscyplinarnego wobec studentów – w przeciwieństwie do innych aktów wykonawczych ustanowionych na podstawie PSW – „zachowało moc" (zob. art. 343 pkt 6–8 tego projektu, http://konstytucjadlanauki.gov.pl/content/uploads/2018/03/projekt-ustawy-prawo-o-szkolnictwie-wyszym-i-nauce-26032018.pdf, dostęp: 29.05.2018).

9 Sformułowania § 16 ust. 1 pkt 4 Rozp. dają podstawę do rozróżnienia wezwania na rozprawę i zawiadomienia o rozprawie; wówczas należy uznać, iż na wezwanym ciąży nakaz stawienia się na rozprawę, a zawiadomionemu przysługuje uprawnienie, aby być obecnym na rozprawie.

zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy obwiniony składał już wyjaśnienia, powoduje, że podstawy dla reguły negowanej nie można upatrywać w tym przepisie.

IV. Podstawą dla interpretacji reguły negowanej nie są § 20 ust. 2 i § 20 ust. 3 zdanie pierwsze Rozp. Otóż zgodnie § 20 ust. 2 Rozp. „[r]ozprawa rozpoczyna się od sprawdzenia obecności stron i innych osób wezwanych na rozprawę, po czym przewodniczący zarządza opuszczenie sali przez świadków oraz odczytuje wniosek o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego i o ukaranie wraz z uzasadnieniem. Następnie zapytuje obwinionego, czy przyznaje się do popełnienia zarzucanego mu czynu oraz czy i jakie zamierza złożyć wyjaśnienia". Z kolei § 20 ust. 3 zdanie pierwsze Rozp. stanowi, że „[p]o złożeniu wyjaśnień przez obwinionego przewodniczący zarządza postępowanie dowodowe, przesłuchuje świadków, zasięga opinii biegłych oraz przeprowadza inne dowody". Sformułowania wymienionych przepisów informują zatem, że porządek rozprawy dyscyplinarnej jest wyznaczany przez szereg obowiązków przewodniczącego[10]. Jest on zobowiązany m.in. odczytać wniosek rzecznika dyscyplinarnego i zarządzić odebranie od obwinionego jego ustosunkowania się – czyli wyjaśnień – do okoliczności przedstawionych w tym wniosku. Z kolei „po złożeniu wyjaśnień przez obwinionego" przed przewodniczącym aktualizuje się nakaz zarządzenia postępowania dowodowego.

Pokreślić należy, że wyprowadzanie z tego układu obowiązków reguły negowanej jest błędne. Nie wolno mianowicie zaakceptować wykładni: aby zarządzić postępowanie dowodowe, przewodniczący musi odebrać wyjaśnienia od obwinionego studenta, a to zakłada jego obecność podczas rozprawy, czego z kolei konsekwencją jest reguła negowana. Kluczowa dla tej interpretacji zależność (zarządzenie postępowania dowodowego jest dopuszczalne dopiero po złożeniu wyjaśnień przez obwinionego) bowiem nie tylko prowadzi do konkluzji nieracjonalnej, lecz również pozostaje w niezgodności z innymi przepisami Rozporządzenia w sprawie postępowania dyscyplinarnego wobec studentów. Otóż, jak na to wskazuje użyte w § 20 ust. 2 Rozp. wyrażenie „czy zamierza złożyć wyjaśnienia" oraz jak o tym wprost informuje § 3 ust. 2 Rozp. („[o]bwiniony ma prawo odmówić złożenia wyjaśnień"), obwiniony może składać wyjaśnienia. Złożenie wyjaśnień nie jest obowiązkiem, lecz stanowi dozwolenie. Tymczasem, w myśl wskazanej wykładni, nieskorzystanie przez obwinionego z tego dozwolenia uniemożliwiałoby prowadzenie rozprawy. Ponadto § 3 ust. 1 Rozp. stanowi, iż „w toku postępowania (…) dyscyplinarnego obwinionemu należy umożliwić złożenie wszelkich wyjaśnień, które uważa się za istotne dla sprawy". To zaś wprost znaczy, że prawodawca nie obliguje obwinionego do wyjaśnień, a w rezultacie – że postępowania dowodowego (czyli koniecznego składnika rozprawy) nie uzależnia od zrealizowania przez obwinionego dozwolenia na ich złożenie. Wystarczy, aby obwiniony miał możliwość złożenia wyjaśnień. Wymóg ten można zaś uznać za zachowany już wtedy, gdy obwiniony student zostanie prawidłowo wezwany na rozprawę.

V. Przepisy § 20 ust. 7 i § 22 ust. 1 Rozp. nie są źródłem dla interpretacji reguły negowanej. Pierwszy stanowi: „[p]o zakończeniu postępowania dowodowego przewodniczący składu orzekającego udziela głosu rzecznikowi dyscyplinarnemu, obrońcy i obwinionemu. Obwinionemu przysługuje zawsze głos ostatni". Z kolei zgodnie z § 22 ust. 1 Rozp. „[p]o wysłuchaniu stron przewodniczący składu orzekającego zamyka rozprawę, a komisja dyscyplinarna przystępuje niezwłocznie do narady nad orzeczeniem". Chociaż bowiem w powołanych przepisach, dotyczących ostatniej fazy rozprawy, prawodawca traktuje o obecności obwinionego studenta na rozprawie[11], to jednak błędne jest ich interpretowanie w sposób następujący: pod nieobecność obwinionego studenta przewodniczący nie może wypełnić obowiązku udzielenia obwinionemu głosu przed zamknięciem rozprawy, a komisja dyscyplinarna nie może uczynić zadość nakazowi wysłuchania obwinionego; w rezultacie: obowiązuje reguła negowana. Należy bowiem zwrócić uwagę na to, iż użyte w tych przepisach wyrażenia „prawo głosu" i „wysłuchanie" odnoszą się do tego samego zdarzenia w tym sensie, że jeżeli obwiniony korzysta z udzielonego przez przewodniczącego prawa gło-

10 Jeżeli zostanie przyjęte założenie, iż czasownik w czasie teraźniejszym i trybie oznajmującym wyraża obowiązek (zob. przyp. 2).

11 Wprost lub za pomocą słowa „strona". Zob. § 1 pkt 3 Rozp.

su, to formułuje wypowiedzi, których wysłuchanie jest obowiązkiem komisji. Wypowiedzi mają na celu umożliwienie obwinionemu ustosunkowania się do przebiegu rozprawy i jej wyników. Nie zmienia to jednak faktu, iż ich wygłaszanie jest prawem obwinionego studenta: jeżeli nie chce on ustosunkować się do przebiegu rozprawy i jej wyników, to nie musi ich wygłaszać; i ta okoliczność ma podwójne znaczenie dla rozumienia § 20 ust. 7 oraz § 22 ust. 1 Rozp. Otóż przede wszystkim w jej perspektywie użyte w § 20 ust. 7 Rozp. wyrażenie „przewodniczący składu orzekającego udziela głosu (…) obwinionemu" trzeba rozumieć jako skierowany do przewodniczącego nakaz stworzenia obwinionemu możliwości wypowiedzenia się. Natomiast z tego, że po zakończeniu postępowania dowodowego przewodniczący ma stworzyć obwinionemu możliwość wypowiedzenia się, nie można wnosić, iż komisji nie jest dozwolone prowadzenie rozprawy wtedy, gdy obwiniony nie chce z skorzystać tej możliwości. Z kolei reguła negowana dotyczy tylko tych sytuacji, gdy obwiniony student nie chce na rozprawie korzystać z dozwoleń i uprawnień. Ma ona znajdywać zastosowanie w tych przypadkach, gdy obwiniony został zaznajomiony z terminem rozprawy (doręczono mu wezwanie na rozprawę), zna jej granice (razem z wezwaniem doręczono mu wniosek rzecznika dyscyplinarnego)[12], a mimo to bez usprawiedliwienia nie stawia się na rozprawę. Pozostała doniosłość okoliczności, że zabranie głosu przez obwinionego studenta w końcowej części rozprawy jest jego prawem, dla interpretacji § 20 ust. 7 i § 22 ust. 1 Rozp. jest następująca: komisja dyscyplinarna jest obowiązana do wysłuchania obwinionego studenta dopiero wtedy, gdy korzysta on z przysługującego mu prawa głosu. Norma wyznaczająca ten obowiązek dla komisji może znaleźć zastosowanie tylko wtedy, gdy obwiniony zdecydował się skorzystać z dozwolenia zabrania głosu. Tak zatem § 20 ust. 7 i § 22 ust. 1 Rozp. nie nadają się na przesłanki na rzecz konkluzji o obowiązywaniu reguły negowanej. Pierwszy nie stanowi, iż obwiniony musi być obecny na rozprawie, aby mogła ona być prowadzona przez komisję dyscyplinarną. Określa jedynie, że obwiniony student ma mieć możliwość wypowiedzenia się w ostatniej fazie rozprawy. Z kolei § 22 ust. 1 Rozp. odnosi się tylko do sytuacji, gdy obwiniony zdecydował się skorzystać z prawa głosu, a więc sytuacji, gdy jest on obecny na rozprawie.

VI. Argumentację odnośnie do § 20 ust. 7 i § 22 ust. 1 Rozp. należy odnieść do art. 219 ust. 3 PSW, który we *Wstępie* artykułu posłużył za źródło dla zakazu przeprowadzenia rozprawy pod nieobecność obwinionego studenta; wyprowadzenie tego zakazu zostało usprawiedliwione użytym w art. 219 ust. 3 PSW wyrażeniem „wysłuchuje (…) obwinionego". Tak zatem, jeżeli uznamy, że normy z Prawa o szkolnictwie wyższym oraz z Rozporządzenia w sprawie postępowania dyscyplinarnego wobec studentów tworzą zbiór spójny, a prawodawca nie nadaje równokształtnym wyrażeniom (dokładnie: słowu „wysłuchaniu" i wyrazowi „wysłuchuje") różnych znaczeń (co wynika z interpretacyjnej dyrektywy konsekwencji terminologicznej[13]), to możemy tylko uznać, że w art. 219 ust. 3 PSW oraz w § 22 ust. 1 Rozp. jest mowa o tym samym obiekcie. Oba te przepisy traktują o obowiązku wysłuchania obwinionego studenta przez komisję dyscyplinarną w toku ostatniej części rozprawy[14]. Ten nakaz, jak zostało to przedstawione w poprzednim akapicie, aktualizuje się jednak tylko wtedy, gdy obwiniony postanowi skorzystać z prawa głosu, co zakłada jego stawienie się na rozprawie. Norma z art. 219 ust. 3 PSW pozostaje zatem bez znaczenia dla kwestii obowiązywania reguły negowanej[15].

3. *Argumenty bezpośrednie*

Dotychczas formułowałem argumenty, iż nie jest tak, że Prawo o szkolnictwie wyższym i Rozporządzenie w sprawie postępowania dyscyplinarnego wobec studentów – czyli jedyne akty normatywne *expressis ver-*

12 Zob. § 16 ust. 2 Rozp.

13 Zob. np. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 104–105.

14 Zob. np. M. Gałązka, *Komentarz do art. 219 PSW* (w:) M. Pyter (red.), *Prawo o szkolnictwie wyższym. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1048; E. Ura, *Komentarz do art. 219 PSW* (w:) M. Sanetra, M. Wierzbowski (red.), *Prawo o szkolnictwie wyższym. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 504.

15 Art. 219 ust. 3 PSW nie ma odpowiednika projekcie PSW, który został upubliczniony w dniu 26 marca 2018 r. W pierwszej z podanych do publicznej wiadomości wersji projektu, tj. wersji z dnia 19 września 2017 r., art. 219 ust. 3 PSW odpowiadał art. 312 ust. 3 projektu PSW.

bis traktujące o postępowaniu dyscyplinarnym wobec studentów – stanowią źródło dla interpretacji reguły negowanej. Jeżeli bowiem te akty nie dają podstaw do uznania, iż komisji dyscyplinarnej nie jest dozwolone przeprowadzenie rozprawy pod nieobecność obwinionego studenta, gdy nie złożył on wyjaśnień na rozprawie, a zarazem doręczono mu wezwanie na rozprawę i jego niestawiennictwo pozostaje nieusprawiedliwione, to może być tak, że obowiązuje norma sprzeczna z regułą negowaną, czyli norma wyznaczająca komisji dozwolenie przeprowadzenia rozprawy w takich okolicznościach. Poniżej przedstawię przepisy, które mogą stanowić podstawę dla rekonstrukcji tej reguły, oraz wskażę przyczyny, które usprawiedliwiają taką ich wykładnię. Będę zatem argumentował bezpośrednio na rzecz reguły wykazywanej.

I. Stosownie do art. 146 ust. 2 PSW „[p]osiedzenie komisji dyscyplinarnej może odbyć się pod nieobecność obwinionego lub rzecznika dyscyplinarnego, o ile zostali oni prawidłowo zawiadomieni o terminie i miejscu posiedzenia". Jeżeli rozprawa jest formą posiedzenia, a wezwanie stanowi odmianę zawiadomienia, to ten przepis – wyłącznie ze względu na jego sformułowania oraz reguły językowej wykładni prawa – jest punktem oparcia dla wykładni reguły wykazywanej; wówczas bowiem da się wyprowadzić konkluzję, iż zakres zastosowania reguły, iż komisji jest dozwolone przeprowadzenie rozprawy pod nieusprawiedliwioną nieobecność prawidłowo wezwanego obwinionego studenta (gdy nie składał on na rozprawie wyjaśnień), prawidłowo zawiera się w klasie przypadków, które – wyłącznie ze względu na słowa budujące ten przepis – zostały scharakteryzowane w art. 146 ust. 2 PSW. Tak zatem, przy założeniach, z których pierwsze dotyczy nazw „posiedzenie" i „rozprawa", a drugie nazw „zawiadomienie" i „wezwanie", można otrzymać zgrabne i bezpośrednie usprawiedliwienie dla rekonstrukcji reguły wykazywanej.

Problem w tym, iż to rozwiązanie nie uwzględnia reguły *a rubrica* oraz okoliczności, że art. 146 ust. 2 PSW znalazł się w rozdziale Prawa o szkolnictwie wyższym, który dostarcza normatywnych charakterystyk dla postępowania dyscyplinarnego innego rodzaju, mianowicie dla postępowania wobec nauczycieli akademickich. Jako taki art. 146 ust. 2 PSW nie jest odpowiedni dla postępowania dyscyplinarnego wobec studentów. Co więcej, można rozumować następująco: skoro prawodawca, określając postępowanie dyscyplinarne wobec nauczycieli akademickich, sformułował art. 146 ust. 2 PSW, a – determinując postępowanie dyscyplinarne wobec studentów – takiego samego (podobnego) przepisu nie ustanowił, to nie chciał wprowadzać reguły wykazywanej do systemu prawa.

Istnieją jednak racje, aby oba te zastrzeżenia uznać za nietrafne. Otóż zagadnienie odpowiedzialności dyscyplinarnej – tak studentów, jak i nauczycieli akademickich – nie stało się obiektem głębszej dyskusji w toku prac nad Prawem o szkolnictwie wyższym. Ten fakt, łącznie z okolicznością, że obie odmiany postępowań dyscyplinarnych lapidarnie uregulowano wprost (i pomimo tego, że na mocy art. 13 ust. 1 pkt 2 PSW „wychowywanie studentów" – czyli aktywność, której istotnym narzędziem pozostaje m.in. postępowanie dyscyplinarne, stanowi podstawowe zadanie każdej uczelni wyższej), usprawiedliwia wniosek, że w regulacjach o postępowaniu dyscyplinarnym wobec studentów – w odniesieniu do nieusprawiedliwionej nieobecności na rozprawie prawidłowo wezwanego obwinionego studenta, który nie składał na rozprawie wyjaśnień – istnieje luka konstrukcyjna[16]. Nie jest więc tak, że taką nieobecność prawodawca uważał za przeszkodę dla prowadzenia rozprawy. Co istotne, jeżeli mamy do czynienia z luką konstrukcyjną, a uznamy jeszcze, że obie odmiany postępowań dyscyplinarnych są podobne (np. co do: przedmiotu, celu, podmiotu prowadzącego i przebiegu), to – w myśl powszechnie akceptowanych kryteriów stosowania analogii w prawie[17] – zasadne będzie uznanie, iż norma z art. 146 ust. 2 PSW może być aplikowana *per analogiam* w postępowaniu dyscyplinarnym wobec studentów. W rezultacie reguła wykazywana jest ugruntowana w art. 146 ust. 2 PSW[18].

16 Na temat pojęcia luki w prawie zob. np. T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, dz. cyt., s. 150; A. Kozak, *Luka konstrukcyjna* (w:) A. Bator (red.), *Wprowadzenie do nauk prawnych…*, dz. cyt., s. 180–181.

17 Zob. np. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, dz. cyt., s. 197–202; L. Nowacki, *Analogia legis*, Warszawa 1966, *passim*.

18 Warto pokreślić, iż: a) art. 146 ust. 2 PSW jest dokładnie taki sam jak art. 294 ust. 3 projektu PSW; b) art. 294 ust. 3 został umieszczony w tej części projektu PSW, która dotyczy postę-

II. Podstawą dla reguły wykazywanej jest art. 377 § 3 zdanie pierwsze w ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego[19]. Otóż, po pierwsze, przepis ten stanowi, że „[j]eżeli oskarżony, którego obecność na rozprawie jest obowiązkowa, zawiadomiony o terminie rozprawy oświadcza, że nie weźmie udziału w rozprawie, uniemożliwia doprowadzenie go na rozprawę albo zawiadomiony o niej osobiście nie stawia się na rozprawę bez usprawiedliwienia, sąd może prowadzić postępowanie bez jego udziału"; przy czym w wymienionym przepisie wyraz „zawiadomiony" należy traktować jako synonim słowa „wezwany". Chodzi tu bowiem o sytuacje, gdy „obecność [oskarżonego] na rozprawie jest obowiązkowa". Stosownie zaś do art. 402 § 1 KPK na rozprawę wzywa się tylko te osoby, których obecność jest obowiązkowa. Natomiast osoby uprawnione do wzięcia udziału w rozprawie podlegają zawiadomieniu o niej[20]. Z kolei użyte w art. 377 § 3 zdanie pierwsze KPK wyrażenie „prowadzić postępowanie" denotuje m.in. przeprowadzenie rozprawy[21].

Po drugie na mocy art. 223 PSW do „postępowania dyscyplinarnego wobec studentów (…) w sprawach nieuregulowanych w ustawie [czyli PSW i Rosp.[22] – przyp. T.B.], stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, z wyłączeniem art. 82". Tak zatem nieusprawiedliwiona nieobecność obwinionego studenta na rozprawie, gdy został on prawidłowo wezwany na jej termin i nie składał w jej toku wyjaśnień, pozostaje sprawą niewyrażoną *expressis verbis* w Prawie o szkolnictwie wyższym oraz w Rozporządzeniu w sprawie postępowania dyscyplinarnego wobec studentów, a istnieją racje, aby kwestionować rekonstruowanie reguły negowanej na podstawie tych aktów normatywnych[23]. Z kolei wyrażenie „stosuje się odpowiednio przepis" oznacza wybór jednej z trzech opcji. Pierwsza polega na uznaniu, że tekst przepisu może być podstawą rekonstruowanej normy bez modyfikacji w jego rozumieniu; przy czym chodzi tu o sens przyjmowany w punkcie wyjścia interpretacji dokonywanej w perspektywie faktów, dla których ten przepis jest modelowo-zwykle odnoszony. W razie wyboru drugiej opcji dochodzi do zastąpienia niektórych znaczeń wyrazów przepisu innymi sensami (zazwyczaj uboższymi w treść, co powoduje, że przekształcana nazwa uzyskuje szerszą denotację). Ostatnia możliwość sprowadza się do stwierdzenia, że dany przepis nie może stanowić punktu odniesienia przy rekonstrukcji normy prawnej. Co istotne, wybór danej opcji determinują łącznie: a) różnice zachodzące pomiędzy sytuacjami, do których dany przepis zwykle-modelowo jest odnoszony, i sytuacją, do której „stosuje się [go] odpowiednio"; b) konteksty systemowy i funkcjonalny (celowościowy) tego przepisu[24].

Po trzecie nie ma różnic odnośnie do uzasadnienia obecności obwinionego studenta na rozprawie w postępowaniu dyscyplinarnym i co do *ratio* obecności oskarżonego na rozprawie w postępowaniu karnym. Celem obecności na rozprawie osoby, przeciwko której toczy się postępowanie karne lub postępowanie dyscyplinarne, jest zapewnienie jej możliwości osobistego ustosunkowania się do zarzutów i ich uzasadnienia oraz możliwości osobistego dokonania czynności

powania dyscyplinarnego wobec nauczycieli akademickich; c) w części projektu PSW, która reguluje postępowanie dyscyplinarne wobec studentów, brak jest przepisu odsyłającego do art. 294 ust. 3; d) regulacja „wprost" obu wymienionych odmian postępowań pozostaje skromna (na mocy art. 308 i art. 321 projektu PSW każda z tych odmian ma być dynamicznie dookreślana przez ustawę z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego).

19 Dz.U. 2017, poz. 1904 ze zm.; dalej: KPK lub Kodeks.

20 Zob. np. P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 2011, s. 100.

21 Zob. np. P. Rogoziński, *Komentarz do art. 377 KPK* (w:) S. Steinborn (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, System informacji prawnej LEX 2016, teza 8.

22 Tak jest to przyjmowane np. w: E. Ura, *Komentarz do art. 223 PSW* (w:) M. Sanetra, M. Wierzbowski (red.), *Prawo o szkolnictwie wyższym…*, dz. cyt., s. 509–510; *Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 29 maja 2013 r. w sprawie III SA/Gd 230/13*, LEX nr 1368859.

23 Odpowiednikiem art. 223 PSW jest art. 321 projektu PSW. Oba te przepisy mają taki sam kształt. Prowadzenie rozprawy dyscyplinarnej pod nieusprawiedliwioną nieobecność prawidłowo wezwanego obwinionego studenta nie jest „sprawą uregulowaną" w projekcie PSW.

24 Zob. np. *Uchwała SN (7) z dnia 30 stycznia 2001 r. w sprawie I KZP 50/00*, OSNKW 2001/3-4/16; L. Nowacki, *Analogia legis*, dz. cyt., s. 141–147.

przedsiębranych na rozprawie[25]. Nie istnieją więc przeszkody, aby art. 377 § 3 zdanie pierwsze KPK nie mógł być „stosowany odpowiednio" w postępowaniu dyscyplinarnym wobec studentów. Oczywiście nie będzie to stosowanie bez modyfikacji sensu użytych w tym przepisie słów. Zmiany będą jednak wynikały z kontekstu systemowego i sprowadzą się do uznania, że wyraz „oskarżony" oznacza obwinionego studenta, słowo „rozprawa" denotuje rozprawę w postępowaniu dyscyplinarnym, a termin „sąd" odnosi się do komisji dyscyplinarnej.

Nie ma różnic odnośnie do uzasadnienia obecności obwinionego studenta na rozprawie w postępowaniu dyscyplinarnym i co do *ratio* obecności oskarżonego na rozprawie w postępowaniu karnym. Celem obecności na rozprawie osoby, przeciwko której toczy się postępowanie karne lub postępowanie dyscyplinarne, jest zapewnienie jej możliwości osobistego ustosunkowania się do zarzutów i ich uzasadnienia oraz możliwości osobistego dokonania czynności przedsiębranych na rozprawie.

III. Na mocy art. 277 PSW przepisy tej ustawy o postępowaniu dyscyplinarnym wobec studentów weszły w życie z dniem 1 września 2005 r. W tym dniu art. 374 § 1 KPK stanowił, że „[o]becność oskarżonego na rozprawie głównej jest obowiązkowa, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej". Ten przepis – wraz z art. 382 zdanie pierwsze KPK, zgodnie z którym „[w] razie nieusprawiedliwionego niestawiennictwa oskarżonego, którego obecność jest obowiązkowa, przewodniczący (…) przerywa w tym celu rozprawę albo też sąd ją odracza" – był rozumiany jednolicie. Przyjmowano, iż w postępowaniu karnym obowiązuje reguła, że sądowi karnemu – poza przypadkami określonymi w ustawie – nie jest dozwolone prowadzenie rozprawy w razie nieobecności prawidłowo wezwanego oskarżonego; i to nawet wtedy, gdy jego absencja pozostaje nieusprawiedliwiona[26]. Co istotne, art. 374 § 1 i art. 382 zdanie pierwsze KPK – ze względu na art. 223 PSW – były traktowane jako wyznaczające również postępowanie dyscyplinarne wobec studentów[27]. Tak zatem w dniu wejścia w życie przepisów

25 Zob. *Postanowienie SN z dnia 27 stycznia 2015 r. w sprawie V KK 203/14*, LEX nr 1650308.

26 Zob. np. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do artykułów 297–467*, t. 2, Warszawa 2011, s. 471–472; A. Murzynowski, *Ogólna charakterystyka nowego Kodeksu postępowania karnego*, „Państwo i Prawo" 1997, z. 8, s. 15; *Postanowienie SN z dnia 2 października 2013 r. w sprawie V KK 62/13*, Prok.i Pr.-wkł. 2014/1/17; *Wyrok SN z dnia 16 listopada 2005 r. w sprawie III KK 250/05*, OSNwSK 2005/1/2086; *Wyrok SN z dnia 2 marca 2005 r. w sprawie IV KK 344/04*, LEX nr 147118.

27 Tak to jest założone np. w: E. Ura, *Komentarz do art. 219 PSW*, dz. cyt., s. 504–505; D. Mucha, *Komentarz do art. 219*

o postępowaniu dyscyplinarnym wobec studentów art. 374 § 1 i art. 382 zdanie pierwsze KPK mogły stanowić podstawę dla reguły negowanej.

Prawodawca uznał jednak, „że (…) zasadne jest odwrócenie obowiązującej dotychczas reguły w ten sposób, że obecność oskarżonego na rozprawie ma być co do zasady jedynie jego prawem”[28]. W rezultacie ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, która weszła w życie w dniu 1 lipca 2015 r., przekształcił art. 374 § 1 KPK do postaci: „[o]skarżony ma prawo brać udział w rozprawie. Przewodniczący lub sąd mogą uznać jego obecność za obowiązkową”, którą ten przepis ma obecnie. Jeżeli zatem aktualnie art. 374 § 1 i art. 382 zdanie pierwsze KPK mogą nadal być „stosowane odpowiednio” do postępowania dyscyplinarnego wobec studentów, to podstawy w nich już nie znajdzie reguła negowana. Będą one natomiast źródłem dla reguły wykazywanej. Otóż w odpowiednio stosowanych w postępowaniu dyscyplinarnym wobec studentów art. 374 § 1 i art. 382 zdanie pierwsze KPK jest zakodowana reguła, iż komisja dyscyplinarna może przeprowadzić rozprawę pod nieusprawiedliwioną nieobecność prawidłowo wezwanego obwinionego studenta (gdy nie składał on na rozprawie wyjaśnień), bowiem odpowiednie stosowanie art. 382 zdanie pierwsze KPK oznacza, że komisji dyscyplinarnej – w razie nieusprawiedliwionej absencji obwinionego studenta – jest nakazane odroczyć rozprawę (przewodniczącemu zarządzić przerwę w rozprawie) tylko wtedy, gdy obecność obwinionego jest obowiązkowa; a w rezultacie: gdy obecność obwinionego studenta nie jest obowiązkowa, to komisja może przeprowadzić rozprawę. Z kolei na mocy odpowiednio stosowanego art. 374 § 1 KPK jest tak, iż skoro obwiniony student „ma prawo brać udział w rozprawie” w postępowaniu dyscyplinarnym, to jego obecność na takiej rozprawie nie jest obowiązkowa; i to nawet wtedy, gdy nie składał wyjaśnień.

Komisja dyscyplinarna może przeprowadzić rozprawę pod nieobecność obwinionego, gdy doręczono mu wezwanie na rozprawę, a jego niestawiennictwo jest nieusprawiedliwione (i to nawet wtedy, gdy nie złożył on wyjaśnień na rozprawie). Zastrzeżenia są jednak istotne.

Zgodnie z art. 223 PSW do postępowania dyscyplinarnego wobec studentów nadal należy stosować odpowiednio art. 374 § 1 i art. 382 zdanie pierwsze KPK. Po pierwsze normatywny charakter (obowiązek, dozwolenie, uprawnienie) obecności obwinionego na rozprawie w postępowaniu dyscyplinarnym nie jest *expressis verbis* wyznaczany Prawem o szkolnictwie wyższym i Rozporządzeniem w sprawie postępowania dyscyplinarnego wobec studentów, a określanie tego charakteru wyłącznie w oparciu o przepisy tych aktów – jak zostało to unaocznione w poprzedniej części rozważań – pozostaje dyskusyjne. Po drugie uzasadnienie kwestii obecności obwinionego studenta na rozprawie w postępowaniu dyscyplinarnym i uzasadnienie kwestii obecności oskarżonego na rozprawie

PSW (w:) P. Chmielnicki, P. Stec (red.), *Prawo o szkolnictwie wyższym. Komentarz*, System informacji prawnej LEX 2017, teza 11.

28 P. Rogoziński, *Komentarz do art. 374 KPK* (w:) S. Steinborn (red.), *Kodeks postępowania karnego…*, dz. cyt., teza 2.

w postępowaniu karnym jest takie samo: powinni oni mieć możliwość osobistego podjęcia obrony odpowiedniej do stanu sprawy. Po trzecie modyfikacja tych przepisów do postępowania dyscyplinarnego wobec studentów będzie wynikała z kontekstu systemowego i pozostanie nieznaczna. W obu przepisach będzie polegała na uznaniu, że wyraz „oskarżony" oznacza obwinionego studenta, a słowo „rozprawa" odnosi się do rozprawy w postępowaniu dyscyplinarnym. Ponadto będzie trzeba przyjąć, iż użyte w art. 382 KPK wyrazy „sąd" i „przewodniczący" wskazują na – odpowiednio – komisję dyscyplinarną i przewodniczącego jej składu orzekającego[29].

4. Zastrzeżenia

W postępowaniu dyscyplinarnym wobec studentów obowiązuje reguła, że komisji dyscyplinarnej jest dozwolone przeprowadzenie rozprawy pod nieobecność obwinionego, gdy doręczono mu wezwanie na rozprawę, a jego niestawiennictwo jest nieusprawiedliwione (i to nawet wtedy, gdy nie złożył on wyjaśnień na rozprawie). Otóż art. 146 ust. 2 PSW oraz art. 377 § 3 zdanie pierwsze KPK lub art. 374 § 1 i art. 382 zdanie pierwsze KPK – ze względu na użyte do ich budowy sformułowania (oraz, w przypadku przepisów KPK, art. 223 PSW) – mogą stanowić źródło dla jej rekonstrukcji, a norma sprzeczna z tą regułą nie jest zakodowana ani w przepisach Prawa o szkolnictwie wyższym, ani w przepisach Rozporządzenia w sprawie postępowania dyscyplinarnego wobec studentów[30]. Te twierdzenia, w perspektywie przeprowadzonych dociekań, należy jednak uzupełnić o kilka zastrzeżeń.

Po pierwsze twierdzenie, iż reguła sprzeczna z regułą wykazywaną nie jest zakodowana ani w Prawie o szkolnictwie wyższym, ani w Rozporządzeniu w sprawie postępowania dyscyplinarnego wobec studentów, trudno zaakceptować wyłącznie w oparciu o analizę słów budujących te akty. Celowe pozostaje tu posłużenie się rozumowaniami *ad absurdum* oraz *a fortiori*, jak również odwołanie się do konsekwencji założenia, iż prawo stanowi system. Nie są to instrumenty odpowiednie dla adresatów norm wyznaczających postępowanie dyscyplinarne wobec studentów. Obwinieni studenci i członkowie komisji dyscyplinarnych przeważnie nie posiadają wykształcenia prawniczego[31].

Po drugie rekonstruowanie reguły wykazywanej z art. 146 ust. 2 PSW albo złamie regułę *a rubrica*, albo będzie stanowiło prawniczy *argumentum a simili*. W pierwszym przypadku treść takiej wypowiedzi pominie fakt, iż ten przepis dotyczy postępowania dyscyplinarnego wobec nauczycieli akademickich. Natomiast w drugim treść wypowiedzi argumentacyjnej będzie stanowiła charakterystykę wymykającej się teoretycznemu opisowi analogii pomiędzy postępowaniem dyscyplinarnym wobec nauczycieli akademickich i postępowaniem dyscyplinarnym wobec studentów[32].

Po trzecie wykładnia odpowiednio stosowanego art. 377 § 3 zdanie pierwsze KPK w kierunku reguły wykazywanej – pomimo tego, iż ten przepis ma charakter wyjątkowy (*lex specialis*) – będzie rozszerzająca. Sformułowania tego przepisu nie dotyczą bowiem tych wszystkich przypadków absencji oskarżonego na rozprawie, w których wezwanie na nią zostało mu doręczone pośrednio (art. 132 § 2 i 3 KPK) lub w jed-

29 Z tych samych przyczyn art. 374 § 1 i art. 382 zdanie pierwsze KPK, na mocy art. 321 projektu PSW, będą mogły być „stosowane odpowiednio" do postępowań dyscyplinarnych wobec studentów, prowadzonych na podstawie projektowanej PSW.

30 Norma negowana nie jest zakodowana w przepisach projektu PSW. Ponadto art. 294 ust. 3 projektu PSW i art. 377 § 3 zdanie pierwsze KPK lub art. 374 § 1 i art. 382 zdanie pierwsze KPK, ze względu na użyte do ich budowy sformułowania (i art. 321 projektu PSW), mogą stanowić podstawę dla rekonstrukcji reguły wykazywanej dla tych postępowań dyscyplinarnych, które będą toczyły się na podstawie przepisów Konstytucji dla nauki.

31 Sytuacja wyznaczana przez projekt PSW wydaje się klarowniejsza. Chociaż nie jest jeszcze podany do publicznej wiadomości projekt rozporządzenia wykonawczego o postępowaniu dyscyplinarnym wobec studentów (zob. art. 322 projektu PSW), to jednak z projektu PSW usunięto odpowiednik art. 219 ust. 3 PSW (w wersji projektu PSW, podanej po raz pierwszy do publicznej wiadomości, tj. w wersji z dnia 19 września 2017 r., art. 219 ust. 3 był prawie równokształtny z art. 312 ust. 3).

32 Sytuacja wyznaczana przez projekt PSW jest dokładnie taka sama: wykładnia oparta na art. 294 ust. 3 projektu PSW jest podatna na te same zarzuty, co interpretacja zbudowana na podstawie art. 146 ust. 2 PSW.

nej z form zastępczych (art. 133, art. 136 § 1, art. 138, art. 139 § 1 KPK)[33], których to wyłączeń nie ma w regule wykazywanej. Ponadto adresat normy z art. 377 § 3 KPK, czyli sąd – co do kwalifikacji dotyczących jego członków oraz stopnia skomplikowania zagadnień, o których rozstrzyga – różni się od komisji dyscyplinarnej[34].

Po czwarte dyskusyjne jest to, czy art. 374 § 1 KPK w aktualnym brzmieniu może być na mocy art. 223 KPW stosowany do postępowania dyscyplinarnego wobec studentów. Chociaż bowiem powołany przepis konstytuuje odesłanie dynamiczne[35], to jednak Prawo o szkolnictwie wyższym i Rozporządzenie w sprawie postępowania dyscyplinarnego wobec studentów były ustanawiane jako korespondujące z art. 374 § 1 KPK w brzmieniu: „[o]becność oskarżonego na rozprawie głównej jest obowiązkowa (…)". Z kolei można przyjąć za pewnik, iż w toku prac nad PSW w 2005 r. nie przewidywano, iż w 2013 r. dojdzie do odwrócenia reguły stanowiącej o obowiązkowej obecności oskarżonego na rozprawie w postępowaniu karnym[36].

Żadne z tych zastrzeżeń nie powinno mieć miejsca. Określenie relacji pomiędzy nieobecnością na rozprawie w postępowaniu dyscyplinarnym wobec studentów prawidłowo wezwanego obwinionego studenta a dozwoleniem (albo brakiem dozwolenia) na przeprowadzenie rozprawy przez komisję dyscyplinarną – jako wyraz szeregu zasad procesowych[37] – nie powinno być określane za pomocą złożonej argumentacji, lecz jest warte tego, aby znalazło swoje proste i nieskomplikowane wysłowienie w tekście prawnym.

Bibliografia

Bator A., *Norma prawna* (w:) A. Bator (red.), *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, Warszawa 2010.

Chauvin T., Stawecki T., Winczorek P., *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2014.

Gałązka M., *Komentarz do art. 219 PSW* (w:) M. Pyter, (red.), *Prawo o szkolnictwie wyższym. Komentarz*, Warszawa 2012.

Hofmański P., Sadzik E., Zgryzek K., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do artykułów 297–467*, Warszawa 2011.

Hofmański P., Zabłocki S., *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 2011.

Izdebski H., *Elementy teorii i filozofii prawa*, Warszawa 2008.

Kozak A., *Luka konstrukcyjna* (w:) A. Bator (red.), *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, Warszawa 2010.

Morawski L., *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006.

Mucha D, *Komentarz do art. 219 ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym* (w:) P. Chmielnicki, P. Stec (red.), *Prawo o szkolnictwie wyższym. Komentarz*, System informacji prawnej LEX 2017.

Murzynowski A., *Ogólna charakterystyka nowego Kodeksu postępowania karnego*, „Państwo i Prawo" 1997, z. 8.

Nowacki J., *Analogia legis*, Warszawa 1966.

Nowacki J., Tobor Z., *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2007.

33 Nie istnieją względy, które usprawiedliwiałyby „zneutralizowanie" wyrażenia „zawiadomiony o niej osobiście", gdy art. 377 § 3 zdanie pierwsze KPK miałby stać się podstawą dla rekonstrukcji reguły wykazywanej. Por. postanowienie SN z dnia 2 marca 2012 r. w sprawie SDI 1/12, LEX nr 1212360.

34 Sytuacja wyznaczana przez projekt PSW jest dokładnie taka sama: rekonstruowanie reguły wykazywanej na podstawie art. 377 § 3 KPK w zw. z art. 321 projektu PSW będzie prowadziło do wykładni rozszerzającej przepisu o charakterze *lex specialis*.

35 Odesłanie dynamiczne jest to odesłanie do obowiązujących przepisów prawnych w brzmieniu, jakie będą one miały każdorazowo w czasie obowiązywania przepisu odsyłającego. Zob. §§ 159–160 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. Zasady techniki prawodawczej*, Dz.U. 2016, poz. 283.

36 Sytuacja wyznaczana przez projekt PSW jest jasna: ten akt – w zakresie przepisów o postępowaniu dyscyplinarnym – ma wejść w życie z dniem 1 października 2018 r. (zob. art. 471 projektu PSW i art. 1 projektu ustawy przepisy wprowadzające PSW). W rezultacie określone w art. 321 projektu PSW odesłanie do KPK będzie dotyczyło tego brzmienia karnej ustawy procesowej, które od dnia 1 października 2018 r. będzie pozostawało „w życiu". Jeżeli chodzi o art. 374 § 1 KPK – wobec braku informacji o pracach nad zmianą tego przepisu – najprawdopodobniej będzie to treść: „[o]skarżony ma prawo brać udział w rozprawie. Przewodniczący lub sąd mogą uznać jego obecność za obowiązkową".

37 „Dotyczy to zwłaszcza zasad: prawa do obrony (w ujęciu formalnym, jak i materialnym), kontradyktoryjności (prawo walki stron procesowych o korzystne dla siebie rozstrzygnięcie), bezpośredniości (zetknięcia się organu procesowego ze źródłem i środkiem dowodowym, którym jest oskarżony), jawności (proces powinien być jawny przede wszystkim dla stron postępowania) oraz ustności (bezpośredniego komunikowania wszystkich uczestników procesu)" – *Postanowienie SN z dnia 27 stycznia 2015 r. w sprawie V KK 203/14*; zob. np. E. Ura, *Komentarz do art. 223 PSW*, dz. cyt., s. 510.

Rogoziński P., *Komentarz do art. 374 KPK* (w:) S. Steinborn (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, System informacji prawnej LEX 2016.

Rogoziński P., *Komentarz do art. 377 KPK* (w:) S. Steinborn (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, System informacji prawnej LEX 2016.

Sobol E. (red.), *Nowy słownik języka polskiego*, Warszawa 2003.

Ura E., *Komentarz do art. 219 PSW* (w:) M. Sanetra, M. Wierzbowski (red.), *Prawo o szkolnictwie wyższym. Komentarz*, Warszawa 2013.

Ura E., *Komentarz do art. 223 PSW* (w:) M. Sanetra, M. Wierzbowski (red.), *Prawo o szkolnictwie wyższym. Komentarz*, Warszawa 2013.

Akty prawne

Projekt z dnia 26 marca 2018 r. ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, http://konstytucjadlanauki.gov.pl/content/uploads/2018/03/projekt-ustawy-prawo-o-szkolnictwie-wyszym-i-nauce-26032018.pdf (dostęp: 29.05.2018).

Projekt z dnia 26 marca 2018 r. ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, http://konstytucjadlanauki.gov.pl/content/uploads/2018/03/projekt-ustawy-przepisy-wprowadzajce-ustaw-prawo-o-szkolnictwie-wyszym-i-nauce-26032018.pdf (dostęp: 29.05.2018).

Rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 6 grudnia 2006 r. w sprawie szczegółowego trybu postępowania wyjaśniającego i dyscyplinarnego wobec studentów, Dz.U. 2006, nr 236 poz. 1707.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. Zasady techniki prawodawczej, Dz.U. 2016, poz. 283.

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego, Dz.U. 2017, poz. 1139 ze zm.

Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym, Dz.U. 2016, poz. 1842 ze zm.

Orzecznictwo

Postanowienie SN z dnia 2 marca 2012 r. w sprawie SDI 1/12, LEX nr 1212360.

Postanowienie SN z dnia 2 października 2013 r. w sprawie V KK 62/13, Prok.i Pr.-wkł. 2014/1/17.

Postanowienie SN z dnia 27 stycznia 2015 r. w sprawie V KK 203/14, LEX nr 1650308.

Uchwała SN (7) z dnia 30 stycznia 2001 r. w sprawie I KZP 50/00, OSNKW 2001/3-4/16.

Wyrok KIO z dnia 24 marca 2017 r. w sprawie KIO 425/17, LEX nr 2285319.

Wyrok NSA z dnia 30 stycznia 2015 r. w sprawie II FSK 3260/12, LEX nr 1655733.

Wyrok SA w Krakowie z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie I ACa 1685/15, LEX nr 2026155.

Wyrok SA w Szczecinie z dnia 15 grudnia 2016 r. w sprawie I ACa 579/16, https://www.saos.org.pl/judgments/273515 (dostęp: 29.05.2018).

Wyrok SN z dnia 2 marca 2005 r. w sprawie IV KK 344/04, LEX nr 147118.

Wyrok SN z dnia 16 listopada 2005 r. w sprawie III KK 250/05, OSNwSK 2005/1/2086.

Wyrok SN z dnia 22 listopada 2013 r. w sprawie II CSK 90/13, LEX nr 1422113.

Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 29 maja 2013 r. w sprawie III SA/Gd 230/13, LEX nr 1368859.

Kamila Sobieraj

Dostęp do informacji o środowisku w sprawach z zakresu zmian klimatu w świetle orzecznictwa unijnego

Kamila Sobieraj

Doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Zarządzania Środowiskiem na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II w Lublinie. Specjalizuje się w gospodarczym prawie ochrony środowiska.

✉ *kamilasobieraj@wp.pl*

Access to Information about the Environment with Regard to Cases Concerning Climate Change in Light of the European Union Courts Judicature

The purpose of the article is to evaluate the critique around the refusal of access to information with regard to cases concerning climate change by the Tribunal of Justice and Court. Is the way of the interpretation of refusal premises and the range of entitled and obligated subjects followed by the Tribunal of Justice and Court favourable to the full accomplishment of the Aarhus Convention and directive 200/4/CE, the resolution 1049/2001, the resolution 1367/2006 within climate change cases? What kind of disturbing trend (practice) may be perceived in the analysed cases and what kind of challenges may be met by EU courts with regard to the necessity of procedural environmental rights enshrinement in the context of the progressive climate protection instruments centralization process (mainly EU Emission Trading Scheme) and the spreading of climate change law range?

1. Wprowadzenie

Działania, które mają na celu ograniczanie zmian klimatu, w szczególności te zmierzające do redukcji emisji gazów cieplarnianych (głównie z zakresu energii odnawialnej, efektywności energetycznej i oszczędności energii oraz stosowania technologii wychwytywania i geologicznego składowania dwutlenku węgla)[1], w dużej części są związane z wykorzystywaniem innowacyjnych technik i technologii, nieznanych

1 Odnośnie do początków działań UE na rzecz przeciwdziałania zmianom klimatu, np.: K. Rietig, *Sustainable Climate Policy Integration in the European Union*, „Environmental Policy and Governance" 2013, nr 5, s. 297–299.

powszechnie, a przez to budzących nieufność społeczeństwa. Brak odpowiedniego dostępu do informacji o planowanych działaniach w obszarach „wrażliwych", włączenia społeczeństwa w proces podejmowania decyzji odnośnie do działań (realizacji inwestycji) zmierzających do ograniczenia zmian klimatu, powoduje, że takie działania budzą często sprzeciw społeczny i stają się powodem wielu istotnych konfliktów. To z kolei skutecznie hamuje realizację działań ograniczających zmiany klimatu, w wielu przypadkach skutkuje wstrzymaniem, a nawet ostatecznym zaprzestaniem wykonania tego rodzaju przedsięwzięć[2]. Zapewnienie proceduralnych praw środowiskowych społeczeństwu[3] jest też szczególnie ważne w obszarze funkcjonowania unijnego systemu handlu uprawnieniami do emisji (EU ETS)[4]. EU ETS wiąże się z pewnym transferem kompetencji regulacyjnych z władz publicznych na przedsiębiorcę prywatnego[5]. EU ETS pozwala operatorowi instalacji, który uzyskał stosowne zezwolenie weryfikujące jego zdolność do monitorowania i raportowania emisji, kontynuować swoją działalność[6], a nawet (poprzez zakup dodatkowych uprawnień) zwiększyć ilość emisji wprowadzanych do atmosfery, o ile nie dochodzi do przekroczenia całkowitych wielkości emisji. Co więcej, operator instalacji, jak każdy przedsiębiorca, będzie często intuicyjnie dążył do zwiększania swoich zysków i zmniejszania kosztów, poprzez szukanie i korzystanie z „luk" regulacyjnych (relokacja przemysłów zanieczyszczających środowisko lub zmiany w praktyce przemysłowej). Proceduralne prawa środowiskowe umożliwiają społeczeństwu stanie na straży dobra wspólnego[7], jakim jest atmosfera, „wspólnego dziedzictwa ludzkości" koniecznego do utrzymania życia na Ziemi[8], z którego korzysta podmiot prywatny. Proceduralne prawa środowiskowe mogą też mieć wpływ na zapewnienie skuteczności funkcjonowania tego systemu. Świadomość kontroli społecznej (poprzez dostęp do danych, raportów, sprawozdań i innych informacji dotyczących emisji gazów cieplarnianych) może zmotywować przedsiębiorcę do pełnego zastosowania się do wymagań stawianych przez EU ETS, aby nie narazić się na prawdopodobne sankcje karne[9] i zyskać społeczną aprobatę.

Potencjalne korzyści, jakie mogą wyniknąć z efektywnego stosowania przepisów gwarantujących proceduralne prawa środowiskowe w dziedzinie zmian klimatu, są duże. Dotychczas prawa te, regulowane

2 Szerzej: M. Bednarek-Szczepańska, *Energetyka wiatrowa jako przedmiot konfliktów lokalizacyjnych w Polsce*, „Polityka Energetyczna" 2016, t. 1, z. 1.

3 Odnośnie do proceduralnych praw środowiskowych: G. Bándi, *Right to environment. Procedural guarantees* (w:) G. Bándi (ed.), *Environmental Democracy and Law. Public Participation in Europe*, Groningen–Amsterdam 2014, s. 79–94; J. Ciechanowicz-McLean, *Udział społeczeństwa w postępowaniu w zakresie ochrony środowiska* (w:) J. Ciechanowicz-McLean, *Leksykon ochrony środowiska*, Warszawa 2009, s. 378–380. Proceduralnym Prawom środowiskowym w kontekście międzynarodowym poświęconych jest też wiele artykułów zawartych w monografii naukowej J. Jedrośka, M. Bar (eds.), *Procedural Environmental Rights. Principle X in Theory and Practice*, Cambrige–Antwerp–Portland 2017.

4 Na temat prawnych aspektów związanych z funkcjonowaniem EU ETS: J.B. Skjærseth, *Linking EU climate and energy policies. Policy-making, implementation and reform*, „International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics" 2016, nr 16; J. Dyduch, *Handel uprawnieniami do emisji zanieczyszczeń powietrza*, Warszawa 2013; L. Karski, *System handlu uprawnieniami do emisji gazów cieplarnianych. Komentarz do ustawy*, Warszawa 2012; A. Szafrański, *Prawo energetyczne. Wartości i instrumenty ich realizacji*, Warszawa 2014, s. 221–230.

5 K. MacDonald, Z. Makuch, *Emissions trading and the Aarhus Convention. A proportionate symbiosis?* (w:) M. Peeters, K. Deketelaere (eds.), *EU Climate Change Policy. The Challenge of New Regulatory Initiatives*, Cheltenham–Northampton 2006, s. 127.

6 N. Van Aken, *The „Emissions Trading Scheme" case law. Some new paths for a better European environmental protection?* (w:) M. Faure, M. Petters (eds.), *Climate Change and European Emission Trading. Lessons for theory and practice*, Cheltenham–Northampton 2008, s. 89.

7 A. Jaworowicz-Rudolf, *Środowisko jako dobro chronione* (w:) Z. Duniewska (red.), *Dobra chronione w prawie administracyjnym*, Łódź 2014, s. 169–178.

8 K. MacDonald, Z. Makuch, *Emissions trading and the Aarhus Convention…*, dz. cyt., s. 128.

9 W szczególności sankcje opisane w rozdziale 12 Ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o systemie handlu uprawnieniami do emisji gazów cieplarnianych, tekst jedn. Dz.U. 2017, poz. 568 ze zm.

przede wszystkim na szczeblu unijnym[10] przez sporządzoną w 25 czerwca 1998 r. w Aarhus Konwencję o dostępie do informacji, udziale społeczeństwa w podejmowaniu decyzji oraz dostępie do sprawiedliwości w sprawach dotyczących środowiska[11] (Konwencja z Aarhus); w zakresie dostępu do informacji o środowisku na poziomie UE przez Rozporządzenie nr 1049/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 maja 2001 r. w sprawie publicznego dostępu do dokumentów Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji (rozporządzenie 1049/2001)[12] w zw. z Rozporządzeniem nr 1367/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 września 2006 r. w sprawie zastosowania postanowień Konwencji z Aarhus do instytucji i organów Wspólnoty (Rozporządzenie 1367/2006)[13], a w zakresie dostępu do informacji o środowisku na poziomie państw członkowskich przez Dyrektywę 2003/4/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2003 r. w sprawie publicznego dostępu do informacji dotyczących środowiska i uchylająca Dyrektywę Rady 90/313/EWG[14] (Dyrektywa 2003/4/WE), stały się przedmiotem analizy Trybunału Sprawiedliwości lub Sądu co do zasady w dwóch obszarach związanych ze zmianami klimatu. Są to sprawy z zakresu funkcjonowania EU ETS oraz ustanowienia zrównoważonych standardów biopaliw i biopłynów. Dodatkowo najszersza grupa spraw rozpoznawanych przez Trybunał Sprawiedliwości lub Sąd, z zakresu proceduralnych praw środowiskowych, dotyczyła prawa dostępu do informacji o środowisku, które można uznać za filar proceduralnych praw środowiskowych, ponieważ informacja często stanowi punkt wyjścia dla możliwości skorzystania z tych praw.

Celem tego artykułu jest przedstawienie tendencji w sposobie rozstrzygania przez Trybunał Sprawiedliwości oraz Sąd zarzutów w zakresie odmowy udostępnienia informacji właśnie w obszarze funkcjonowania EU ETS oraz ustanowienia zrównoważonych standardów biopaliw i biopłynów. Czy stosowana przez sądy unijne interpretacja przesłanek odmowy i zakresu podmiotowego udostępnienia informacji sprzyja pełnej realizacji postanowień Konwencji z Aarhus (także Dyrektywy 2003/4/WE, Rozporządzenia 1049/2001 oraz Rozporządzenia 1367/2006) w sprawach zmian klimatu? Jakie niepokojące tendencje (praktyki) mogą zostać zauważone w analizowanych sprawach i jakie wyzwania mogą stanąć przed sądami unijnymi w związku z koniecznością zagwarantowania proceduralnych praw środowiskowych w kontekście postępującego procesu centralizacji instrumentów ochrony klimatu (głównie EU ETS) oraz rozszerzania się spraw z zakresu prawa zmian klimatu? Wskazanie (zdefiniowanie) tendencji w sposobie rozstrzygania przez Trybunał Sprawiedliwości lub Sąd zagadnień dotyczących udostępnienia informacji o środowisku w sprawach z zakresu zmian klimatu może być przydatne dla krajowych organów i sądów, które z takimi sprawami coraz częściej mogą się spotykać, a dla których orzeczenia unijne stanowią często wskazówkę

10 Szerzej: E. Kružíková, *Implementation of Public Participation Principles. Experience of the EU* (w:) G. Bándi (ed.), *Environmental Democracy and Law. Public Participation in Europe*, Groningen–Amsterdam 2014, s. 142–144.

11 Dz.U 2003, nr 78 poz. 706. Weszła w życie 30 października 2001 r. Stała się częścią unijnego porządku prawnego na mocy Decyzji Rady z dnia 17 lutego 2005 r. w sprawie zawarcia w imieniu Wspólnoty Europejskiej Konwencji o dostępie do informacji, udziale społeczeństwa w podejmowaniu decyzji oraz dostępie do sprawiedliwości w sprawach dotyczących środowiska, Dz.Urz. L 124/1 z dnia 17.05.2005.

12 Dz.Urz. UE L 145/43 z dnia 31.05.2001. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Rozporządzenie nr 1049/2001 ma na celu, jak wynika z jego motywu 4 i art. 1, zapewnienie opinii publicznej jak najszerszego prawa dostępu do dokumentów instytucji (zob. w szczególności wyroki: z dnia 21 września 2010 r., Szwecja i in./API i Komisja, C-514/07 P, C-528/07 P i C-532/07 P, UE:C:2010:541, pkt 69; a także z dnia 17 października 2013 r., Rada/Access Info Europe, C-280/11 P, UE:C:2013:671, pkt 28). Zob. Wyrok Trybunału z dnia 23.11.2016 w sprawie C-673/13P, Komisja przeciwko Stichting Greenpeace Nederland i PAN Europe, ECLI:EU:C:2016:889, par. 52.

13 Dz.Urz. L 264/13 z dnia 25.09.2006. Rozporządzenie to ma na celu, jak przewiduje jego art. 1, zapewnienie dostępności i systematycznego rozpowszechniania informacji o środowisku będących w posiadaniu instytucji i organów Unii. Zob. też. Wyrok w sprawie C-673/13P, par. 52.

14 Dz.Urz. L 41/26 z dnia 14.02.2003. Zgodnie z art. 1 pkt a tej dyrektywy celem dyrektywy jest „Zagwarantowanie prawa dostępu do informacji o środowisku, które znajdują się w posiadaniu organów władzy publicznej lub które są przeznaczone dla tych organów (…)".

interpretacyjną i które w praktyce w uzasadnieniach swoich rozstrzygnięć odwołują się do orzecznictwa unijnego. Artykuł ten zmierza zatem do włączenia się w dyskusję na temat gwarancji prawnych demokratyzacji ochrony środowiska oraz istniejących ograniczeń w tym zakresie w regulacjach z obszaru klimatyczno-energetycznego, ale też wpisuje się w szerszą dyskusję na temat jawności działania władzy publicznej.

Problematyka udostępniania informacji o środowisku (sama w sobie) była i nadal jest często i szeroko omawianym zagadnieniem, zarówno na tle regulacji prawa międzynarodowego i unijnego (głównie analiza Konwencji z Aarhus oraz Dyrektywy 2003/4/WE)[15], jak i prawa polskiego[16]. Natomiast prawo zmian klimatu jest nowym, ale ostatnio szybko rozwijającym się obszarem. Z tego powodu problematyka ta – z wyjątkiem szeroko omówionej w literaturze Ramowej konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu[17] (Konwencja klimatyczna)[18] – dopiero zaczyna być przedmiotem zainteresowania przedstawicieli nauki polskiej (wskazać należy na pierwszą, aczkolwiek o charakterze ogólnym, monografię Janiny Ciechanowicz-McLean *Prawo ochrony klimatu*, Warszawa 2016, s. 227; oraz monografię Moniki Adamczak-Reteckiej *Odpowiedzialność odszkodowawcza za szkody klimatyczne z perspektywy prawa Unii Europejskiej*, Gdańsk 2017, ss. 239). Nie została jednak podjęta w literaturze polskiej problematyka spraw z zakresu zmian klimatu w kontekście zapewnienia proceduralnych praw środowiskowych, a należy wskazać, że problematyka ta będzie miała coraz istotniejsze znaczenie w kontekście procesu centralizacji instrumentów ochrony klimatu oraz szybkiego rozwoju obszaru prawa zmian klimatu[19].

Należy też zaznaczyć, że z tematem tego artykułu związanych jest kilka kwestii pobocznych, które ze względu na ograniczone ramy tego artykułu zostaną jedynie zasygnalizowanie (poprzez odesłania do odpowiedniej literatury). Punkt drugi artykułu zwięźle przedstawia akty prawa unijnego regulujące dostęp do informacji o środowisku (zarówno na płaszczyźnie UE, jak i krajowej państw członkowskich), które mają zastosowanie do spraw w dziedzinie zmian klimatu, ze szczególnym zwróceniem uwagi na relacje pomiędzy tymi aktami. W punkcie trzecim wyodrębnione zostały dwa reżimy dostępu do informacji w sprawach EU ETS: tzw. specjalny reżim prawny oraz reżim oparty na Dyrektywie 2003/4/WE oraz Rozporządze-

15 Szerzej na temat dostępu do informacji o środowisku w prawie międzynarodowym oraz w prawie unijnym: M. Kenig-Witkowska, *Prawo środowiska Unii Europejskiej. Wybór i wprowadzenie*, Warszawa 2012, s. 24; A. Habuda, *Dostęp i rozpowszechnianie informacji o środowisku* (w:) W. Radecki (red.), *Instytucje prawa ochrony środowiska. Geneza, rozwój, perspektywy*, Warszawa 2010, s. 238–241; A. Erechemla, *Prawo dostępu do informacji o środowisku w Unii Europejskiej*, „Prawo i Środowisko" 2009, nr 1 (57); A. Haładyj, *Udział społeczeństwa w ochronie środowiska w prawie publicznym międzynarodowym jako gwarancja procesowa prawa do środowiska* (w:) Z. Galicki, A. Gubrynowicz (red.), *Międzynarodowe prawo ochrony środowiska w XXI wieku*, Warszawa 2013, s. 45–54.

16 Szerzej na temat dostępu do informacji o środowisku w prawie polskim J. Jendrośka, *Dostęp do informacji o środowisku a dostęp do informacji publicznej*, Warszawa 2004; A. Kosieradzka-Federczyk, *Informacje o środowisku* (w:) W. Federczyk, A. Fogel, A. Kosieradzka-Federczyk, *Prawo ochrony środowiska w procesie inwestycyjno-budowlanym*, Warszawa 2015, s. 32–41; A. Habuda, *Dostęp i rozpowszechnianie informacji…*, dz. cyt., s. 241–249; M. Nyka, *Dostęp do informacji o środowisku w systemie prawa ochrony środowiska* (w:) P. Korzeniowski (red.), *Zagadnienia systemu prawa ochrony środowiska*, Łódź 2015, s. 175–191; cyklicznie wydawane komentarze do ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko – jednym z ostatnio wydanych, np. T. Filipowicz, A. Plucińska-Filipowicz, M. Wierzbowski, *Ustawa o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko. Komentarz*, Warszawa 2017.

17 Dz.U. 1996, nr 53 poz. 238. Sporządzona w Nowym Jorku dnia 9 maja 1992 r. Weszła w życie 21 marca 1994 r.

18 M. Pietraś, *Międzynarodowy reżim zmian klimatu*, Toruń 2011, s. 177–283; K. Kępka, *Prawnomiędzynarodowe aspekty zmian klimatu*, Warszawa 2013, s. 153–291; A. Olecka, *Ochrona klimatu w działaniach międzynarodowych*, Warszawa 2004, s. 94–101.

19 Na temat relacji prawa zmian klimatu i prawa ochrony klimatu oraz szybkiego rozwoju obszaru prawa zmian klimatu: L. Karski, *Istota prawa zmian klimatu – cel i klasyfikacja* (w:) L. Karski, I. Grochowska (red.), *Zmiany klimatu a społeczeństwo*, Warszawa 2010, s. 438–444.

niu 1049/2001 w zw. z Rozporządzeniem 1367/2006. W tym punkcie autor stara się analizować tendencje orzecznicze sądów unijnych w zakresie tych dwóch reżimów. Czy sposób interpretacji przesłanek odmowy i zakresu podmiotowego omawianego proceduralnego prawa środowiskowego służy rozszerzaniu dostępu do informacji oraz sprzyja pełnej realizacji Konwencji z Aarhus, Dyrektywy 2003/4/WE oraz Rozporządzenia 1049/2001 w zw. z Rozporządzeniem 1367/2006, czy też służy ochronie tajemnicy handlowej i przemysłowej? W punkcie czwartym zwrócona została uwaga na niepokojącą praktykę Komisji przewlekania udostępniania żądanych informacji w sprawach z zakresu ustanawiania zrównoważonych standardów biopaliw i biopłynów. Punkt piąty stanowią wnioski i wyzwania, jakie stanąć mogą przed sądami unijnymi w związku z koniecznością zagwarantowania proceduralnych praw środowiskowych w kontekście postępującej centralizacji instrumentów ochrony klimatu oraz rozszerzania się prawa zmian klimatu.

W kwestii dostępu do informacji o środowisku w obszarze funkcjonowania EU ETS zostały wprowadzone dwa reżimy prawne. Pierwszy jest to tzw. specjalny reżim prawny oparty na art. 19 Dyrektywy 2003/87/WE oraz na Rozporządzeniu 389/2013. Drugi oparty został na Dyrektywie 2003/4/WE, Rozporządzeniu 1367/2006 oraz Rozporządzeniu 1049/2001.

2. Unijne regulacje prawne w zakresie dostępu do informacji o środowisku w sprawach zmian klimatu

Są dwa podstawowe akty prawa międzynarodowego, które regulują problematykę zagwarantowania proceduralnych praw środowiskowych w sprawach z zakresu zmian klimatu, w tym przede wszystkim dostępu do informacji o środowisku. Jest to Konwencja z Aarhus oraz Konwencja klimatyczna[20]. W literaturze przedmiotu zwraca się jednak uwagę na „miękki" i nieprecyzyjny sposób sformułowania zobowiązań państw stron w treści Konwencji klimatycznej w zakresie proceduralnych praw środowiskowych[21]. Wskazuje się na treść art. 4 ust. 1 litera (i) oraz art. 6 Konwencji klimatycznej. Co więcej, zgodnie z wyraźnymi wymaganiami tych przepisów zobowiązania te mają być rozważone w kontekście „wspólnej, ale zróżnicowanej odpowiedzialności" państw stron. Zwrot ten wyraźnie wskazuje, że nienależyte zapewnienie proceduralnych praw środowiskowych może zostać usprawiedliwione brakiem „zdolności" państwa do zapewnienia tych praw. Ponadto przedmiotowe zobowiązania mają być zapewnione zgodnie z krajowymi regulacjami prawa państw-stron[22]. Dodatkowo Marjan Peeters

20 Szerzej: J. Jendrośka, *Public Participation and Information in Emissions Trading Directive*, „Environmental Law Network International Review" 2004, nr 1, s. 7–9; M. Peeters, S. Nóbreg, *Climate Change-related Aarhus Conflicts. How Successful are Procedural Rights in EU Climate Law?*, „Review of European Community & International Law" 2014, nr 23(3), s. 354–358.

21 J. Jendrośka, *Public Participation and Information…*, s. 7.

22 Tamże.

oraz Sandra Nóbreg wskazują na znacznie mniejszą możliwość monitorowania wypełniania zobowiązań nałożonych na państwa-strony przez Konwencję klimatyczną w porównaniu do zobowiązań w zakresie zapewnienia proceduralnych praw środowiskowych regulowanych przez Konwencję z Aarhus[23], na podstawie której powołany został Komitet zgodności, do którego nawet osoby indywidualne i organizacje pozarządowe mogą przesłać komunikaty[24]. Co więcej, Konwencja z Aarhus, poza dostępem do informacji o środowisku i udziałem społeczeństwa w procesie podejmowania decyzji, reguluje też prawo do sądu, które może być wykorzystane w przypadku naruszenia tych dwóch praw.

Jerzy Jendrośka podkreśla zaś, że tego stanu rzeczy nie zmienił Protokół z Kioto do Ramowej Konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu, sporządzony w Kioto dnia 11 grudnia 1997 r.[25] Jego art. 10 lit. (e) równie enigmatycznie wymaga, aby państwa podejmowały na poziomie krajowym działania zwiększające świadomość społeczną oraz ułatwiające dostęp społeczeństwa do informacji o zmianach klimatu[26].

Ze względu na „miękki" i nieprecyzyjny sposób sformułowania zobowiązań państw stron w treści Konwencji klimatycznej oraz Protokołu z Kioto w zakresie proceduralnych praw środowiskowych, należy uznać, że to Konwencja z Aarhus jest tym aktem prawa, który odgrywa zdecydowanie ważniejszą rolę w zakresie zapewnienia tych praw w sprawach zmian klimatu[27]. Konwencja z Aarhus została nie tylko podpisana i ratyfikowana przez państwa członkowskie UE, ale została też zawarta przez (ówczesną) Wspólnotę Europejską w drodze wydania powołanej już wyżej decyzji Rady 2005/370/WE z dnia 17 lutego 2005 r. Stanowi zatem część unijnego porządku prawnego (tzw. umowę mieszaną[28]). Celem wykonania Konwencji z Aarhus prawodawca unijny przyjął przede wszystkim Dyrektywę 2003/4/WE[29], wprowadzając ogólny system regulacji zmierzający do zagwarantowania każdej osobie fizycznej lub prawnej dostępu do informacji o środowisku, które znajdują się w posiadaniu organów władzy publicznej lub które są dla tych organów przeznaczone, bez konieczności wykazywania interesu przez tę osobę[30], a także Rozporządzenie 1367/2006 (regulujące kwestie dostępu do informacji o środowisku od organów i instytucji UE)[31].

Pomimo że zasadniczo problematyka dostępu do informacji o środowisku na gruncie prawa unijnego została uregulowana w Konwencji z Aarhus, Dyrektywie 2003/4/WE, a także Rozporządzeniu 1367/2006 oraz Rozporządzeniu 1049/2001, wiele aktów prawa unijnego odnoszących się do konkretnego sektora zawiera też przepisy dotyczące dostępu do informacji o środowisku. Regulacje te można zaszeregować do jednej z dwóch grup: przepisy odwołujące się do Dyrektywy 2003/4/WE (ew. Rozporządzenia 1367/2006 oraz Rozporządzenia 1049/2001), przez co do danego obszaru stosowane są ogólne regulacje dotyczące dostępu do informacji zawarte w Dyrektywie 2003/4/WE (ew. Rozporządzeniu 1367/2006 oraz Rozporządzeniu 1049/2001); albo przepisy stanowiące *lex specialis* do postanowień Dyrektywy 2003/4/WE (ew. Rozporządzenia 1367/2006 oraz Rozporządzenia 1049/2001).

3. Dostęp do informacji w obszarze funkcjonowania EU ETS w świetle orzecznictwa unijnego

Kwestia dostępu do informacji w obszarze funkcjonowania EU ETS została natomiast uregulowana w „mieszany" (podwójny) sposób, co też znajduje swoje potwierdzenie w orzecznictwie unijnym (np.

23 M. Peeters, S. Nóbreg, *Climate Change-related Aarhus Conflicts…*, dz. cyt., s. 355.

24 Szerzej: J. Jendrośka, *Aarhus Convention Compliance Commitee. Orgins, Status and Activities*, „Journal for European Environmental and Planning Law" 2011, nr 8(4), s. 30.

25 Dz.U. 2005, nr 203 poz. 1684. Wszedł w życie 16 lutego 2005 r.

26 J. Jendrośka, *Public Participation and Information…*, dz. cyt., s. 8.

27 M. Peeters, S. Nóbreg, *Climate Change-related Aarhus Conflicts…*, dz. cyt., s. 355.

28 M. Hedemann-Robinson, *EU Enforcement of International Environmental Agreements. The Role of European Commission*, „European Energy and Environmental Law Review" 2012, nr 21(1), s. 6–7.

29 Motyw nr 5 Dyrektywy 2003/4/WE.

30 Par. 36 Orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22.12.2010 w sprawie C-524/09 Ville de Lyon przeciwko Caisse des dépôts et consignation, ECLI:EU:C:2010:822.

31 W szczególności motyw nr 3, a także art. 1 Rozporządzenia 1376/2006/WE.

sprawa C-524/09). A mianowicie Dyrektywa 2003/87/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 października 2003 r. ustanawiająca system handlu przydziałami emisji gazów cieplarnianych we Wspólnocie oraz zmieniająca Dyrektywę Rady 96/61/WE (dyrektywa 2003/87/WE) wprowadza w ramach EU ETS dwa reżimy dostępu do informacji[32]. Pierwszy z reżimów jest to tzw. specjalny (odrębny od Dyrektywy 2003/4/WE) reżim prawny oparty na art. 19 Dyrektywy 2003/87/WE oraz na wydanym na jego podstawie rozporządzeniu wykonawczym[33] (dotyczy głównie wydania, posiadania, przenoszenia oraz anulowania przydziałów). Drugi z reżimów oparty został na Dyrektywie 2003/4/WE, Rozporządzeniu 1367/2006 oraz Rozporządzeniu 1049/2001 i ma zastosowanie do działań wymienionych w art. 17 Dyrektywy 2003/87 (decyzje odnoszące się do rozdzielania przydziałów, informacje dotyczące projektów, w których dane państwo członkowskie uczestniczy lub do których upoważnia podmioty publiczne lub prywatne, oraz sprawozdania dotyczące emisji wymagane na podstawie pozwolenia na emisje gazów cieplarnianych i znajdujące się w posiadaniu właściwego organu)[34]. Odnośnie do działań regulowanych przez tzw. reżim specjalny zauważyć można ścisłą interpretację postanowień na rzecz zachowania tajemnicy handlowej w związku z żądaniem dostępu do informacji, a wyjątki od dania pierwszeństwa tajemnicy handlowej interpretowane są wąsko, co często skutkuje ograniczeniami dostępu do informacji podmiotom prywatnym (C-524/09 oraz T-317/12[35]). Odnośnie do reżimu opartego na Dyrektywie 2003/4/WE, widoczna jest interpretacja na rzecz poszerzania dostępu do informacji o środowisku (C-204/09 oraz C-60/15P).

W tzw. reżimie specjalnym zauważyć można ścisłą interpretację postanowień na rzecz zachowania tajemnicy handlowej w związku z żądaniem dostępu do informacji o środowisku, zaś wyjątki od dania pierwszeństwa tajemnicy handlowej interpretowane są wąsko, co często skutkuje ograniczeniami dostępu do informacji o środowisku, w szczególności w przypadku podmiotów prywatnych.

3.1. Dostęp do informacji oparty na tzw. specjalnym reżimie prawnym

Przedmiotem sprawy C-524/09 była odmowa udzielenia miastu Lyon informacji dotyczących przecho-

32 Kwesta podwójnego reżimu dostępu do informacji w Dyrektywie 2003/87/WE została zasygnalizowana już przez J. Jendrośkę, *Public Participation and Information*…, dz. cyt., s. 8.

33 Rozporządzenie Komisji (UE) nr 389/2013 z dnia 2 maja 2013 r. ustanawiające rejestr Unii zgodnie z dyrektywą 2003/87/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, decyzjami nr 280/2004/WE i nr 406/2009/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylające rozporządzenia Komisji (UE) nr 920/2010 i nr 1193/2011, Dz.Urz. UE L 122/1 z 4.05.2013.

34 Zmiany Dyrektywy 2003/87/WE nie przewidują zmian w tym zakresie.

35 Wyrok Sądu z 18.09.2014 w sprawie T-317/12, *Holcim (Romania) przeciwko Komisji*, ECLI:EU:T:2014:782.

wywanych przez administratora rejestru krajowego danych w zakresie transakcji uprawnień do emisji gazów cieplarnianych sprzedanych w 2005 r. przez niektórych operatorów (m.in. dotyczących ilości sprzedanych uprawnień do emisji, identyfikacji kupującego).

Przywołując motyw 13 i art. 17 Dyrektywy 2003/87/WE, które przewidują dostęp do informacji zgodnie z przepisami Dyrektywy 2003/4/WE, Rzecznik Generalny (sporządzający opinię do tej sprawy) stwierdził, że „już prawodawca UE wyszedł z założenia, że przynajmniej niektóre informacje o uprawnieniach do emisji są informacjami o środowisku. Wobec tego w szczególności przydział uprawnień do emisji jest informacją o środowisku"[36]. Rzecznik Generalny przeprowadził też analizę tego, czy dane dotyczące transakcji handlu uprawnieniami do emisji należy uznać za „informacje o środowisku" oraz „informacje dotyczące emisji do środowiska".

Rzecznik Generalny zastosował szeroką interpretację art. 2 pkt 1 lit. (b) Dyrektywy 2003/4/WE[37], uznając informacje na temat handlu uprawnieniami do emisji za informacje na temat czynników, które prawdopodobnie wywierają wpływ na atmosferę, jako jeden z elementów środowiska w rozumieniu lit. (a)[38] tego przepisu[39]. Rzecznik podkreślił, że art. 2 pkt 1 lit. (b) Dyrektywy 2003/4/WE wymaga jedynie spełnienia przesłanki możliwego wpływu, a z reguły przeniesienie uprawnień do emisji prowadzi do tego, że sprzedający powoduje mniej emisji niż przewidziano w momencie przydziału, podczas gdy kupujący może zwiększyć swoje emisje[40]. Sam zakup dodatkowych uprawnień do emisji daje kupującemu potencjalną możliwość zwiększenia ilości emisji i to stanowi czynnik, który wpływa lub może wpłynąć na elementy środowiska.

W sprawie C-524/09 Rzecznik Generalny oparł swoje rozważania na indywidualnej możliwości emitowania gazów cieplarnianych przez instalację. W międzynarodowej literaturze przypomina się jednak, że transfer (sprzedaż) uprawnień do emisji nie zmienia całkowitej ilości uprawnień do emisji[41]. Wpływ na środowisko takiej transakcji (globalnie – z punktu widzenia wpływu na zmiany klimatu) jest ten sam (inaczej może być z punktu widzenia lokalnych emisji)[42]. Z drugiej jednak strony wskazać należy na utartą w orzecznictwie unijnym zasadę, że pojęciom „emisji do środowiska" i „informacji dotyczących emisji do środowiska", o których mowa w art. 4 ust. 2 Dyrektywy 2003/4 oraz w art. 2 ust. 3 lit. (b) Konwencji z Aarhus, należy nadać szeroki zakres celem zapewnienia szerokiego dostępu do informacji o środowisku[43].

36 Opinia Rzecznika Generalnego Juliane Kokott przedstawiona w dniu 14.10.2010 w sprawie C-524/09, *Ville de Lyon przeciwko Caisse des dépôts et consignations*, ECLI:EU:C:2010:613, par. 35.

37 W myśl art. 2 ust. 1 lit. b Dyrektywy 2003/4/WE „Informacje o środowisku" oznaczają „informacje w formie pisemnej, wizualnej, dźwiękowej, elektronicznej lub innej formie materialnej, dotyczące (…) czynników, takich jak substancje, energia, hałas, promieniowanie lub odpady, włączając w to odpady radioaktywne, emisje, zrzuty i inne rodzaje zanieczyszczeń wprowadzanych do środowiska, które wpływają lub mogą wpłynąć na elementy środowiska, o których mowa w lit. a".

38 W myśl art. 2 ust. 1 lit. a Dyrektywy 2003/4/WE „Informacje o środowisku" oznaczają „informacje w formie pisemnej, wizualnej, dźwiękowej, elektronicznej lub innej formie materialnej, dotyczące stanu elementów środowiska, takich jak powietrze i atmosfera, woda, gleba, powierzchnia ziemi, krajobraz oraz stanu obszarów naturalnych, włączając w to bagna, obszary nadmorskie i morskie, biologiczną różnorodność i jej składniki, w tym organizmy genetycznie zmodyfikowane, oraz wzajemnych oddziaływań pomiędzy tymi elementami (…)".

39 Opinia Rzecznika Generalnego Juliane Kokott z dnia 14.10.2010, par. 33.

40 Tamże, par. 37.

41 M. Peeters, S. Nóbreg, *Climate Change-related Aarhus Conflicts…*, dz. cyt., s. 359.

42 K.E. Makuch, *Regulating Environmental Information and Environmental Data* (w:) K.E. Makuch, R. Pereira (eds.), *Environmental and Energy Law*, Oxford 2012, s. 506–530, a w szczególności punkt „EU Emission Trading Scheme Regime: Synergies with the Aarhus Convention".

43 Wyrok Trybunału z dnia 21.09.2010 Królestwo Szwecji przeciwko Association de la presse internationale ASBL (API) i Komisji Europejskiej (C-514/07 P), Association de la presse internationale ASBL (API) przeciwko Komisji Europejskiej (C-528/07 P) i Komisja Europejska przeciwko Association de la presse internationale ASBL (API) (C-532/07 P), ECLI:EU:C:2010:541, a także Wyrok Trybunału z dnia

W sprawie C-524/9 Rzecznik Generalny uznał jednak, że co prawda handel uprawnieniami do emisji ma związek z emisjami do środowiska, gdyż te uprawnienia pozwalają ich posiadaczom na uwalnianie substancji do środowiska[44], jednak danych dotyczących transakcji handlu uprawnieniami do emisji nie można zakwalifikować jako „informacji o emisjach do środowiska", ponieważ handel uprawnieniami do emisji ma miejsce, zanim substancje zostaną uwolnione. W niniejszej sprawie nie mamy zatem do czynienia z „informacją o emisjach do środowiska" w rozumieniu art. 2 ust. 1 lit. (b) Dyrektywy 2003/4, co do których nie można podnieść zarzutu „poufności informacji handlowych lub przemysłowych"[45]. Z tą interpretacją należy się zgodzić również w kontekście art. 3 pkt b) Dyrektywy 2003/87/WE, zgodnie z którym „emisje" oznaczają uwolnienie gazów.

Rozpoznając sprawę C-524/09, Trybunał Sprawiedliwości niestety nie skorzystał z okazji, aby wyjaśnić kwestię, które informacje związane z obszarem funkcjonowania EU ETS są „informacjami o środowisku" w rozumieniu Konwencji z Aarhus oraz Dyrektywy 2003/4/WE (czy tylko te wyraźnie wymienione w art. 17 Dyrektywy 2003/87/WE; jeśli tak, jak się to ma do utrwalonej w orzecznictwie zasady o konieczności szerokiej interpretacji pojęcia „informacji o środowisku"[46]). Trybunał Sprawiedliwości pozostawił zatem w tej sprawie pewien stopień niejasności. Trybunał Sprawiedliwości stwierdził jedynie, że prawodawca UE nie zamierzał poddać wniosku dotyczącego danych transakcyjnych w dziedzinie uprawnień do emisji ogólnym przepisom Dyrektywy 2003/4/WE, lecz że przeciwnie, w odniesieniu do tych danych ustanowił szczególny (odrębny) i wyczerpujący system ich publicznego udostępniania, jak również ich poufności (tj. na podstawie art. 19 ust. 3 Dyrektywy 2003/87 oraz wydanego na jego podstawie rozporządzenia)[47]. Natomiast według tego specjalnego reżimu dane o transakcjach zostały uznane za poufne w odniesieniu do wszelkich innych celów niż wypełnienie wymogów rozporządzenia wykonawczego. Informacje te nie mogą być wykorzystywane bez uprzedniej zgody danego posiadacza rachunku inaczej niż do obsługi i utrzymania tych rejestrów.

Podobnie przedmiotem sprawy T-317/12 (od której odwołanie zostało oddalone wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości z 7 kwietnia 2016 r.[48]) była odmowa przez Komisję ujawnienia podmiotowi prywatnemu (spółce) danych dotyczących transferu (umiejscowienia) uprawnień do emisji rzekomo skradzionych (tj. podania do wiadomości tożsamości beneficjentów rachunków w niezależnym dzienniku transakcji Wspólnoty, na których pojawiły się rzekomo skradzione uprawnienia), tak aby pozwolić wnioskującemu na odzyskanie przypuszczalnie skradzionych uprawnień. W tej sprawie Sąd wskazał, że chodzi tu o dane transakcyjne przechowywane w rejestrach i niezależnym dzienniku Wspólnoty, dla których, w zakresie poufności i udostępniania, ustanowiony został odrębny (od Dyrektywy 2003/4/WE) reżim prawny oparty na Dyrektywie 2003/87/WE oraz wówczas obowiązującym Rozporządzeniu nr 2216/2004[49] (obecnie Rozporządzenie Komisji nr 389/2013 z dnia 2 maja 2013 r. ustanawiające rejestr Unii zgodnie z Dyrektywą 2003/87/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, Decyzjami nr 280/2004/WE i nr 406/2009/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylające Rozporządzenia Komisji [UE] nr 920/2010 i nr 1193/2011[50]). Zgodnie

17.10.2013 w sprawie C-280/11, Rada Unii Europejskiej przeciwko Access Info Europe, ECLI:EU:C:2013:671.

44 Opinia Rzecznika Generalnego Juliane Kokott przedstawiona w dniu 14.10.2010, par. 70.

45 Tamże, par. 74.

46 Komisja Europejska, Sprawozdanie Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego dotyczące doświadczeń związanych ze stosowaniem Dyrektywy 2003/4/WE w sprawie publicznego dostępu do informacji dotyczących środowiska, Bruksela, dnia 17.12.2012, COM(2012) 774 final, s. 6; np. wyrok Trybunału z dnia 16.12.2010 w sprawie C-266/09, Stichting Natuur en Milieu i inni przeciwko College voor de toelating van gewasbeschermingsmiddelen en biociden.

47 C-524/09, par. 40.

48 Wyrok Trybunału z dnia 7.04.2016 w sprawie C-556/14 P, Holcim (Romania) SA przeciwko Komisji Europejskiej, ECLI:EU:C:2016:207.

49 Rozporządzenie Komisji WE nr 2216/2004 z dnia 21 grudnia 2004 r. w sprawie standaryzowanego i zabezpieczonego systemu rejestrów stosownie do Dyrektywy 2003/87/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz Decyzji nr 280/2004/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, Dz.Urz. UE L 386/1 z dnia 29.12.2004 (nieobowiązujący).

50 Dz.Urz. L 122/1 z dnia 3.05.2013.

z art. 10 ust. 1 Rozporządzenia nr 2216/2004 (obecnie art. 110 ust. 1 Rozporządzenia 389/2013) wszystkie informacje – w tym stan posiadania rachunków, zrealizowane transakcje – uważa się za poufne. W ust. 2 art. 10 (obecnie ust. 2 art. 110) powołanych wyżej aktów prawnych wyliczone zostały organy i instytucje, które mogą złożyć wniosek o udostępnienie danych gromadzonych w rejestrach, jeżeli wnioski takie są uzasadnione i niezbędne do celów przeprowadzenia śledztwa, wykrycia i ścigania oszustw, prania pieniędzy, finansowania terroryzmu lub poważnych przestępstw lub dla działań administracji podatkowej lub organów ścigania (przy czym treść art. 110 ust. 2 Rozporządzenia 389/2013 została poszerzona i doprecyzowana w porównaniu do art. 10 ust. 2 Rozporządzenia nr 2216/2004).

W sprawie T-317/12 Sąd zastosował ścisłą interpretację wyjątków od zapewnienia ochrony tajemnicy handlowej, w tym ograniczył krąg podmiotów, którym w drodze wyjątku takie dane mogą zostać udostępnione. Zdaniem Sądu spółka handlowa w żadnym przypadku nie była uprawniona do żądania od Komisji przedmiotowych danych. Sąd wyinterpretował *a contrario* z treści ust. 2b art. 10 Rozporządzenia nr 2216/2004 (obecnie art. 110 ust. 4 Rozporządzenia 389/2013) (w myśl którego podmiot otrzymujący dane „gwarantuje, że nie zostaną one celowo lub przypadkowo udostępnione osobom niezwiązanym z celem zastosowania tych danych. Przepis ten nie wyklucza możliwości udostępnienia tych danych przez podmioty innym podmiotom wymienionym w ust. 2, jeżeli jest to niezbędne dla celów określonych we wniosku przedłożonym zgodnie z ust. 2a"), że ust. 2b nie zabrania, aby podmiot, który uzyskał informacje na podstawie ust. 2a art. 10 Rozporządzenia nr 2216/2004, mógł z kolei ujawnić je osobom fizycznym lub prawnym, których bezpośrednio dotyczą wskazane we wniosku kwestie karne lub podatkowe[51]. Według Sądu, skoro art. 10 ust. 2b zdanie pierwsze nakazuje podmiotom otrzymującym dane zagwarantować, że nie zostaną one celowo lub przypadkowo udostępnione osobom niezwiązanym z celem zastosowania tych danych, to „należy stąd wywnioskować *a contrario*, że osoby «związane z zastosowaniem danych», o których mowa we wniosku przedstawionym na podstawie ust. 2a art. 10 rozporządzenia nr 2216/2004, mogą uzyskiwać te dane od podmiotów, które wystąpiły z rzeczonym wnioskiem"[52]. Nawet jeżeli przyjmiemy taką interpretację tego przepisu, to trudno uznać, że interes (prawo dostępu do informacji „pośrednio" poprzez właściwe organy krajowe) osoby fizycznej lub prawnej jest należycie gwarantowany. Po pierwsze ust. 2 art. 10 Rozporządzenia nr 2216/2004 (obecnie art. 110 ust. 2 Rozporządzenia 389/2013) jedynie przewiduje możliwość dostarczenia właściwym organom lub instytucjom wymienionym w tym ustępie danych przechowywanych w rejestrze (nie ma takiego obowiązku). Po drugie nie ma też możliwości wymuszenia (obowiązku), aby właściwy organ lub instytucja krajowa złożyły wniosek o udostępnienie takich danych, a także aby po ewentualnym otrzymaniu żądanych danych udostępniły je osobie fizycznej i prawnej.

Jeżeli (hipotetycznie) za Rzecznikiem Generalnym (sporządzającym opinię w sprawie C-524/09) uznalibyśmy, że dane transakcyjne uprawnień do emisji są „informacjami o środowisku" w znaczeniu Konwencji z Aarhus (czego nie rozstrzygnął Trybunał Sprawiedliwości), należałoby się zastanowić nad zgodnością z Konwencją z Aarhus ustanowienia przez prawodawcę unijnego dwóch reżimów w zakresie zasad upubliczniania oraz poufności informacji związanych z funkcjonowaniem EU ETS. Przypomnieć należy, że w myśl orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości umowy międzynarodowe zawarte przez UE (np. Konwencja z Aarhus) mają pierwszeństwo przed przepisami prawa wtórnego UE[53], przepisy prawa wtórnego UE należy interpretować w świetle międzynarodowych zobowiązań UE.

51 T-317/12, par. 111

52 T-317/12, par. 154.

53 Wyrok Trybunału z dnia 10.09.1996 w sprawie C061/94, Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec, ECLI:EU:C:1996:313, pkt 52; Wyrok Trybunału z dnia 1.04.2004 w sprawie C-286/02, Bellio F.lli Srl przeciwko Prefettura di Treviso, ECLI:EU:C:2004:212, pkt 33; Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 10.01.2006 w sprawie C-344/04, The Queen, na wniosek International Air Transport Association i European Low Fares Airline Association przeciwko Department for Transport, ECLI:EU:C:2006:10, par. 35.

3.2. Dostęp do informacji o środowisku w sprawach EU ETS oparty na Dyrektywie 2003/4/WE, Rozporządzeniu 1049/2001 oraz Rozporządzeniu 1367/2006

W Konwencji z Aarhus oraz w Dyrektywie 2003/4/WE wyraźnie zaznacza się, że „informacje o emisji do środowiska" (art. 4 ust. 2 akapit 2 Dyrektywy 2003/4/WE) lub „informacje o wprowadzanych zanieczyszczeniach mające znaczenie dla ochrony środowiska" (art. 4 ust. 4 lit. (d) Konwencji z Aarhus) są informacjami o środowisku, a ponadto że te informacje podlegają ujawnieniu, nawet jeżeli zostały objęte tajemnicą handlową lub przemysłową. W stosunku natomiast do „pozostałych" informacji o środowisku zarówno Konwencja z Aarhus, jak i Dyrektywa 2003/4/WE przewidują możliwość odmowy dostępu do informacji na podstawie analizy, w konkretnym przypadku, enumeratywnie wymienionych przesłanek uprawniających do tej odmowy[54]. Oba te akty przewidują przesłankę odmowy udzielenia informacji dotyczącej środowiska, jeżeli ujawnienie jej miałoby szkodliwy wpływ m.in. na odpowiednio: „poufność postępowania prowadzonego przez władze publiczne, tam gdzie zachowanie takiej poufności jest przewidziane przez prawo krajowe" (art. 4 ust. 4 lit. [a] Konwencji z Aarhus) lub „poufność działań organów władzy publicznej, jeśli jest ona prawnie przewidziana" (art. 4 ust. 2 lit. [a] Dyrektywy 2003/4/WE).

Również przedmiotem sprawy C-60/15P[55] była odmowa przez Komisję dostępu do informacji o środowisku, tym razem odmowa pełnego dostępu do wykazu przekazanego Komisji przez Republikę Federalną Niemiec w ramach postępowania przewidzianego w art. 15 ust. 1 Decyzji Komisji 2011/278/WE z dnia 27 kwietnia 2011 r. w sprawie ustanowienia przejściowych zasad dotyczących zharmonizowanego przydziału bezpłatnych uprawnień do emisji w całej UE na mocy art. 10a Dyrektywy 2003/87/WE. Podstawą odmowy, wskazaną przez Komisję, był przepis art. 4 ust. 3 akapit 1 Rozporządzenia 1049/2001 („jeśli ujawnienie takiego dokumentu poważnie naruszyłoby proces podejmowania decyzji przez tę instytucję, chyba że za ujawnieniem przemawia nadrzędny interes publiczny"[56]).

Należy zaznaczyć, że Rozporządzenie nr 1049/2001 dotyczy wszelkich dokumentów przechowywanych przez instytucje, tj. dokumentów sporządzanych lub otrzymywanych przez nie i pozostających w ich posiadaniu, we wszystkich obszarach działalności UE, a nie tylko w dziedzinie ochrony środowiska, przy czym w obszarze ochrony środowiska obowiązują dodatkowo przepisy szczególne (Rozporządzenie 1367/2006)[57]. Istotny wymiar tej sprawy polega na tym, że możemy na podstawie jej analizy wysunąć wniosek, iż informacje (dane, dokumenty) dotyczące środowiska należy traktować inaczej niż dane (dokumenty) z innych obszarów działalności (wykonywania kompetencji) Komisji. Obowiązek dostępu do dokumentów dotyczących ochrony środowiska ma szczególny wymiar, w szczególności należy go interpretować w kontekście postanowień Konwencji z Aarhus, na rzecz dostępu do informacji o środowisku.

W sprawie C-60/15P wyłoniła się też pośrednio kwestia relacji przesłanki odmowy dostępu do informacji o środowisku zawartej art. 4 ust. 4 lit. (a) Konwencji z Aarhus („poufność postępowania prowadzonego przez władze publiczne, tam gdzie zachowanie takiej poufności jest przewidziane przez prawo krajowe") w stosunku do art. 4 ust. 2 lit. (a) Dyrektywy 2003/4 („poufność działań [obrad] organów władzy publicznej, jeśli jest ona prawnie przewidziana"), a także w stosunku do art. 4 ust. 3 akapit 1 Rozporządzenia (WE) nr 1049/2001 („naruszyłoby proces podejmowania decyzji przez tę instytucję, chyba że za ujawnieniem przemawia nadrzędny interes publiczny"). Przyczyna odmowy w treści przedmiotowej przesłanki ujętej w Konwencji z Aarhus oraz Dyrektywie 2003/4/WE

54 Art. 4 ust. 1 lit. a–h dyrektywy 2003/4/WE oraz art. 4 ust. 3 i 4 Konwencji z Aarhus.

55 Wyrok Trybunału (piąta izba) z dnia 13.07.2017 w sprawie C-60/15P, Saint-Gobain Glass Deutschland GmbH przeciwko Komisji Europejskiej, ECLI:EU:C:2017:540.

56 Szeroko na temat pojęcia interesu publicznego w prawie UE: P. Bogdanowicz, *Interes publiczny w prawie energetycznym Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 80–158.

57 Rozporządzenie (WE) nr 1367/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 września 2006 r. w sprawie zastosowania postanowień Konwencji z Aarhus o dostępie do informacji, udziale społeczeństwa w podejmowaniu decyzji oraz dostępie do sprawiedliwości w sprawach dotyczących środowiska do instytucji i organów Wspólnoty, Dz.Urz. L 264/13 z dnia 25.09.2009.

jest identyczna – poufność. Natomiast inny jest zakres jej zastosowania: w przypadku Konwencji z Aarhus szerszy – obejmuje bowiem „postępowanie'", a w Dyrektywie 2003/4/WE węższy – obejmuje jedynie „obrady", a nie całe postępowanie, którego zwieńczeniem są obrady organów władzy publicznej. Ani Konwencja z Aarhus, ani dyrektywa 2003/4/WE nie zawierają natomiast postanowień porównywalnych do art. 4 ust. 3 Rozporządzenia 1049/2001, który przewiduje, że można odmówić dostępu do informacji o środowisku, w przypadku gdy ich ujawnienie mogłoby „poważnie zagrozić procesowi podejmowania decyzji". Wobec powyższego można mieć wątpliwości (co nie było rozpatrywane przez Trybunał Sprawiedliwości) odnośnie do zgodności przesłanki zawartej w art. 4 ust. 3 akapit 1 Rozporządzenia nr 1049/2001 z Konwencją z Aarhus, gdzie mowa jest wyłącznie o „poufności" (przyczyna odmowy jest inna).

Powyższych wątpliwości nie wydaje się rozwiewać art. 6 Rozporządzenia 1367/2006, zatytułowany „Zastosowanie wyjątków dotyczących wniosków o udzielenie informacji dotyczących środowiska". W myśl ust. 1 tego przepisu „uznaje się, że nadrzędny interes publiczny nakazujący ujawnienie informacji istnieje w przypadku, gdy wnioskowane informacje dotyczą emisji do środowiska[58]. W odniesieniu do innych wyjątków określonych w art. 4 rozporządzenia 1049/2001 podstawy odmowy podlegają wykładni zawężającej (…)". Powołany przepis wyłącza możliwość odmowy udostępnienia dokumentów, jeżeli informacje w nich zawarte dotyczą emisji do środowiska, uznając, że za ich ujawnieniem przemawia nadrzędny interes publiczny. Odnośnie do pozostałych wyjątków stwierdza się jedynie, że podlegają interpretacji zawężającej.

W drugim z reżimów Trybunał Sprawiedliwości w sprawach odmowy udostępniania informacji interpretuje przepisy na rzecz osiągnięcia stanu jak najszerszej dostępności i rozpowszechnienia w społeczeństwie informacji o środowisku, decydując się wręcz na poszerzanie dostępu do informacji o środowisku.

W sprawie C-60/15P Trybunał Sprawiedliwości szeroko uzasadnił naruszenie przez Komisję powyżej cytowanego ust. 1 art. 6 Rozporządzenia 1367/2006 nakazującego zawężającą wykładnię wyjątku przewidzianego w art. 4 ust. 2 tiret pierwsze i trzecie Rozporządzenia nr 1049/2001 (poważne naruszenie procesu podejmowania decyzji). Trybunał Sprawiedliwości wskazał na błędną interpretację przez Komisję pojęcia procesu „podejmowania decyzji", którym posługuje

58 W wyroku w sprawie C-673/13 P, Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że „(…) art. 6 ust. 1 zdanie pierwsze rozporządzenia nr 1367/2006 należy dokonywać w sposób zawężający, na pewno należy przyjąć taką wykładnię tego pojęcia, która nie pozbawia wszelkiej istoty art. 339 TFUE oraz art. 4 ust. 2 tiret pierwsze rozporządzenia nr 1049/2001, w zakresie, w jakim te uregulowania chronią tajemnicę zawodową i interesy handlowe określonej osoby fizycznej lub prawnej. Prawo dostępu do dokumentów instytucji przewidziane tym rozporządzeniem podlega jednak, jak podkreślił Sąd w pkt 29 zaskarżonego wyroku, pewnym ograniczeniom z przyczyn dotyczących względów interesu publicznego lub prywatnego, pośród których znajdują się interesy handlowe określonej osoby fizycznej lub prawnej", par. 50.

się art. 4 ust. 3 akapit 1 Rozporządzenia nr 1049/2001, a które powinno być rozumiane jako odnoszące się do samego podjęcia decyzji, nie zaś do całości postępowania prowadzącego do wydania decyzji[59]. Według opinii Trybunału Sprawiedliwości Komisja, odmawiając dostępu do informacji, przede wszystkim jednak błędnie zinterpretowała przesłankę „negatywnych konsekwencji dla procesu podejmowania decyzji"[60]. Komisja bezpodstawnie twierdziła, że pełne ujawnienie informacji pozwoliłoby opinii publicznej, w tym zainteresowanym przedsiębiorstwom, na zakwestionowanie informacji przekazanych przez państwa członkowskie lub sformułowanie w odniesieniu do nich zastrzeżeń, co mogłoby zakłócić trwający proces podejmowania decyzji dotyczący licznych instalacji w wielu państwach członkowskich[61]. Odmowa dostępu do informacji była, zdaniem Komisji, uzasadniona koniecznością uniknięcia zewnętrznych wpływów, które mogłyby zakłócić normalny przebieg trwającego procesu weryfikacji przez Komisję informacji projektu zharmonizowanego przydziału bezpłatnych uprawnień do emisji, co mogłoby z kolei szkodzić dialogowi pomiędzy Komisją a państwami. Komisja wyjaśniała, że podstawowe znaczenie w sprawie miało zagwarantowanie swobody podjęcia decyzji, wolnej od wszelkich zewnętrznych zakłóceń, i zachowanie klimatu zaufania między Komisją a organami niemieckimi (co zostało podtrzymane przez Sąd). Natomiast zdaniem Trybunału Sprawiedliwości trudno uznać za zasadne, że sama możliwość, iż ujawnienie informacji o środowisku może wywołać krytykę czy też ewentualne opóźnienie, może uzasadniać odmowę dostępu do informacji. Należy zwrócić uwagę, że w istocie to właśnie krytyka ze strony opinii publicznej służy przejrzystości postępowań administracyjnych, podejmowaniu najlepszych decyzji w dziedzinie środowiska na podstawie informacji poddanych kontroli publicznej.

Kolejną kwestią wartą zasygnalizowania jest praktyka poszerzania możliwości dostępu do informacji w sprawach dotyczących funkcjonowania EU ETS poprzez „szeroką" interpretację pojęcia „organu lub instytucji działających jako władza ustawodawcza". Zarówno Konwencja z Aarhus (art. 2 ust. 2), jak i Dyrektywa 2003/4/WE definiują pojęcie „władz publicznych" lub „organu władzy publicznej" (podmiotu zobowiązanego do udostępnienia informacji o środowisku) w sposób szeroki. Przy czym postanowienia Konwencji z Aarhus wyłączają z zakresu tej definicji „organy lub instytucje w zakresie, w jakim działają jako władza sądownicza lub ustawodawcza". Natomiast Dyrektywa 2003/4/WE stwierdza, że państwo członkowskie może ustanowić regulację krajową stanowiącą, że definicja „władz publicznych" nie obejmuje organów lub instytucji pełniących funkcje o charakterze sądowym lub ustawodawczym. To postanowienie daje państwom członkowskim możliwość poszerzenia zakresu prawa do informacji o środowisku.

W sprawie C-204/09[62] Trybunał Sprawiedliwości stara się poszerzyć możliwość dostępu do informacji w sprawach dotyczących funkcjonowania EU ETS poprzez „szeroką" interpretację pojęcia „organu lub instytucji działających jako władza ustawodawcza". Niemiecki producent szkła Flachglas Torgau GmbH, który uczestniczył w handlu uprawnieniami do emisji, wniósł o udostępnienie informacji w zakresie procesu uchwalenia niemieckiego planu przydziału uprawnień do emisji gazów cieplarnianych (na lata 2005–2007). Ministerstwo odmówiło z podaniem powodu, że organy działały w zakresie ich legislacyjnych kompetencji. Zdaniem Trybunału Sprawiedliwości, nawet jeśli państwo (a tak było w przypadku Niemiec) skorzystało z przyznanej mu przez Dyrektywę 2003/4/WE możliwości wprowadzenia do prawa krajowego regulacji stanowiącej, że definicja „władz publicznych" nie obejmuje organów lub instytucji pełniących funkcje o charakterze ustawodawczym, to na takie wyłączenia państwo nie może się powołać, jeżeli dany proces legislacyjny został zakończony. Celem przedmiotowego wyłączenia jest zapewnienie prawidłowego przebiegu tego procesu (zapobieżenie utrudnianiu). Ten cel nie istnieje już po zakończeniu procesu ustawodawczego. Ani Konwencja, ani Dyrektywa 2003/4/WE nie dają natomiast wskazówek, aby przedmiotowe wyłączenie mogło mieć jeszcze inny cel i Trybunał z tego powodu

59 C-60/15P, par. 75–76.

60 C-60/15P, par. 69.

61 C-60/15P, par. 91.

62 Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 14.02.2012 w sprawie C-204/09, Flachglas Torgau GmbH przeciwko Bundesrepublik Deutschland, ECLI:EU:C:2012:71.

orzekł na korzyść dostępu do informacji, przynajmniej po zakończeniu procesu legislacyjnego[63].

4. Dostęp do informacji o środowisku w obszarze ustanowienia zrównoważonych standardów biopaliw i biopłynów

Z zakresu odnawialnych źródeł energii istotne znaczenie w kontekście dostępu do informacji o środowisku miały sprawy dotyczące ustanowienia zrównoważonych standardów biopaliw i biopłynów. Problematyka wpływu produkcji biopaliw i biopłynów na środowisko budzi kontrowersje zarówno w literaturze przedmiotu[64], jak i w orzecznictwie, np. niedawno wydanym wyroku z 22 czerwca 2017 r., w którym podniesiona została m.in. kwestia zgodności ustanowienia zrównoważonych standardów biopaliw i biopłynów ze swobodą przepływu towarów gwarantowaną w art. 34 Traktatu o funkcjonowaniu UE[65]. Występowanie różnych stanowisk odnośnie do danej kwestii wywołuje szczególne zapotrzebowanie na informacje, a brak udostępnienia ich na czas budzi szczególne negatywne emocje wśród społeczeństwa.

W sprawie T-120/10[66] konsorcjum organizacji pozarządowych wniosło o udostępnienie dokumentów dotyczących opracowanych przez Wspólne Centrum Badawcze, Instytut Badań Perspektyw Technologicznych Komisji Europejskiej modeli efektów pośredniej zmiany sposobu użytkowania gruntów spowodowanych wzrostem produkcji biopaliw, natomiast w sprawie T-449/10[67] – o udostępnienie dokumentów dotyczących sprawozdania z Raportu Międzynarodowego Instytutu Badań nad Polityką Żywnościową oceniającego wpływ celów UE w zakresie biopaliw na środowisko naturalne i handel światowy. W obu sprawach Komisja nie udostępniła żądanych dokumentów w terminach przewidzianym w ust. 2 art. 8 Rozporządzenia 1049/2001 (pomiędzy 15 dni roboczych a maksymalnie 30 dni roboczych od złożenia wniosku), dodatkowo bez podania ważnych przyczyn ich nieudostępnienia. Wobec tego wnioskodawca, zgodnie z treścią ust. 3 art. 8 Rozporządzenia 1049/2001, uznał brak odpowiedzi ze strony instytucji w podanymi limicie czasowym za odpowiedź odmowną i wniósł do Sądu o stwierdzenie nieważności tej decyzji. Jednak przed wydaniem orzeczenia przez Sąd Komisja przesłała skarżącym część żądanych dokumentów, odmawiając udostępnienia pozostałych, ponieważ naruszyłoby to ochronę interesów handlowych w rozumieniu art. 4 ust. 2 tiret 1 Rozporządzenia 1049/2001[68]. W ocenie Sądu poprzez takie działanie Komisja „faktycznie wycofała domniemaną decyzję o odmowie", decyzja ta zatem nie istnieje i skarżący nie mają już interesu prawnego we wniesieniu skargi na tę decyzję[69]. W konsekwencji nie ma potrzeby rozstrzygania w przedmiocie niniejszych skarg[70], zatem postępowania uległy umorzeniu. Skarżącym z kolei pozostała możliwość zainicjowania nowego postępowania weryfikującego od początku nową decyzję odmawiającą dostępu do części dokumentów[71].

Z kolei w sprawie T-278/11[72] konsorcjum organizacji pozarządowych wniosło do Komisji o udzielenie dostę-

63 A. Knade-Plaskacz, *Dostęp do informacji o środowisku znajdujących się w posiadaniu organów władzy publicznej pełniących funkcje o charakterze ustawodawczym – wprowadzenie i wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z 14.02.2012 r. w sprawie C-204/09 Flachglas Torgau GmbH przeciwko Bundesrepublik Deutschland*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2015, nr 8, s. 53.

64 A. Langlais, *Biomass or the story of unfinished coming together of energy and waste. Observations on the UE and French legal approach* (w:) M. Peeters (ed.), *Climate Law in EU Member States. Towards National Legislation for Climate Protection*, Cheltenham–Northampton 2012, s. 280–283; S. Romppanen, *Regulating Better Biofuels for the European Union*, „European Energy and Environmental Law Review" 2012, nr 21(3), s. 123.

65 Wyrok Trybunału (druga izba) z dnia 22.06.2017 w sprawie C-549/16, E.ON Biofor Sverige AB przeciwko Statens energimyndighet, ECLI:EU:C:2017:490, par. 20.

66 Postanowienie Sądu z 9.11.2011 w sprawie T-120/10, ClientEarth i in. przeciwko Komisji Europejskiej, ECLI:EU:T:2011:646 (wersja angielskojęzyczna).

67 Postanowienie Sądu z 21.09.2011 w sprawie T-449/10, ClientEarth i in. przeciwko Komisji Europejskiej, ECLI:EU:T:2011:647 (wersja angielskojęzyczna).

68 T-449/10, par. 11.

69 T-449/10, par 39; T-120/10, par. 52.

70 T-449/10, par 43; T-120/10, par. 56.

71 Szerzej na temat tych spraw: M. Peeters, S. Nóbreg, *Climate Change-related Aarhus Conflicts…*, dz. cyt., s. 361.

72 Postanowienie Sądu z dnia 13.11.2012 w sprawie T-278/11, ClientEarth i in. przeciwko Komisji Europejskiej, ECLI:EU:T:2012:593.

pu do kilku dokumentów związanych z dobrowolnymi systemami certyfikacji, o których uznanie za właściwe do weryfikacji kryteriów zrównoważonego rozwoju biopaliw lub biopłynów wystąpiono do Komisji na podstawie art. 18 Dyrektywy 2009/28/WE. Komisja nie udostępniła żądanych dokumentów w przedłużonym terminie 30 dni od dnia rejestracji wniosku przewidzianym w ust. 2 art. 8 Rozporządzenia 1049/2001, uznając, że nie była w stanie udzielić odpowiedzi w tym czasie ze względu na to, że wymagana analiza żądanych dokumentów oraz konsultacje ze służbami wewnętrznymi zabrały więcej czasu niż zazwyczaj. Jednocześnie Komisja wyraziła zamiar udzielenia takich informacji w możliwie najkrótszym terminie. Pomimo kilkukrotnych ponagleń przez organizacje pozarządowe i kolejnych obietnic Komisji, że udzieli informacji w możliwie najkrótszym czasie, do udostępnienia żądanych informacji nie doszło. Ostatecznie organizacje pozarządowe zdecydowały się na wniesienie skargi do Sądu, domagając się stwierdzenia nieważności dorozumianej decyzji odmownej oraz wydania nakazu sądowego na podstawie art. 9 ust. 4 Konwencji z Aarhus nakazującego Komisji udostępnienie w określonym terminie wszystkich żądanych dokumentów, chyba że podlegają one bezwzględnemu wyjątkowi przewidzianemu w art. 4 ust. 1 Rozporządzenia 1049/2001[73]. Skarga organizacji pozarządowych została uznana za niedopuszczalną z powodu upływu dwumiesięcznego okresu przewidzianego w art. 263 ust. 6 Traktatu o funkcjonowaniu UE[74] na wniesienie skargi o stwierdzenie nieważności, który w niniejszej sprawie rozpoczął się z upływem 30 dnia od złożenia wniosku przez organizacje pozarządowe o udostępnienie dokumentów. W myśl treści ust. 3 art. 8 Rozporządzenia 1049/2001 brak odpowiedzi ze strony instytucji w podanymi limicie czasowym (pomiędzy 15 dni roboczych a maksymalnie 30 dni roboczych od złożenia wniosku) jest uważany za odpowiedź odmowną i będzie uprawniał wnioskodawcę do wszczęcia postępowania sądowego wobec instytucji lub złożenia skargi u Rzecznika Praw Obywatelskich. Argumenty wnioskodawcy, że zwłoka we wniesieniu skargi na nieważność decyzji wynikła z tego, iż Komisja wielokrotnie zapewniała organizacje pozarządowe o woli szybkiego udostępnienia dokumentów, nie zostały uznane przez Sąd, który stwierdził, że termin na wniesienie skargi o stwierdzenie nieważności ma charakter bezwzględny.

W sprawach z zakresu ustanawiania zrównoważonych standardów biopaliw i biopłynów niepokojąca jest praktyka Komisji zmierzająca do opóźniania udostępniania żądanych informacji o środowisku, co w konsekwencji ogranicza możliwość kontroli prowadzonych przez Komisję postępowań i podejmowanych decyzji. Taka praktyka może naruszać proceduralne prawa środowiskowe gwarantowane przez Konwencję z Aarhus.

73 T-278/11, par. 20.

74 Dz.Urz, UE C-326/47 z 26.10.2012.

Powyższe sprawy wskazują na praktykę Komisji zmierzającą do znacznego opóźniania udostępniania żądanych informacji, co w konsekwencji (w praktyce) ogranicza możliwość kontroli przez organizacje pozarządowe prowadzonych przez Komisję postępowań i podejmowanych decyzji. Należałoby zatem rozważyć, czy w powyższych sprawach nie doszło do naruszenia proceduralnych praw środowiskowych gwarantowanych przez Konwencję z Aarhus. Skarga w przedmiocie stwierdzenia nieważności domniemanej decyzji odmawiającej dostępu do informacji nie okazała się dla organizacji pozarządowych skutecznym środkiem ochrony ich prawa dostępu do informacji. Organizacje pozarządowe nie miały prawa do przywrócenia terminu do wniesienia przedmiotowej skargi (taka instytucja nie została przewidziana), mając na względzie, że zwłoka we wniesieniu tej skargi nie wynikła z bezczynności organizacji pozarządowych (nie była zawiniona), ale z bezpodstawnego „przeciągania" przez Komisję tej sprawy. Komisja wielokrotnie zapewniała organizacje pozarządowe o woli szybkiego udostępnienia dokumentów, czego jednak nie uczyniła. Z powyższego można wywodzić złą wolę Komisji do realizacji prawa dostępu do informacji. Organizacje pozarządowe nie miały możliwości wpływu na zapewnienie prawidłowości podejmowanych przez Komisję decyzji, uchwalanych aktów[75]. W literaturze międzynarodowej wskazuje się przede wszystkim na konieczność rozważenia potrzeby zmian prawnych[76], które zapobiegałyby takim nadużyciom (opóźnienia udostępnienia dokumentów) i zagwarantowywałyby pełną realizację celów proceduralnych praw środowiskowych przewidzianych w Konwencji z Aarhus.

5. Podsumowanie

Odnośnie do spraw, w stosunku do których Dyrektywa 2003/87/WE wyraźnie stwierdza, że w zakresie dostępu do informacji o środowisku stosuje się przepisy Dyrektywy 2003/4/WE, Trybunał Sprawiedliwości, w sprawach odmowy udostępniania tych informacji, interpretuje przepisy na rzecz osiągnięcia stanu jak najszerszej dostępności i rozpowszechnienia w społeczeństwie informacji o środowisku. Trybunał Sprawiedliwości decyduje się wręcz na poszerzanie dostępu do informacji o środowisku, np. poprzez ograniczenie możliwości powoływania się na wyłączenie spod definicji organu władzy zobowiązanego do udostępnienia informacji „organów lub instytucji w zakresie, w jakim działają jako władza ustawodawcza", gdy proces legislacyjny zakończył się. W sprawach podlegających reżimowi dostępu do informacji o środowisku opartego na Dyrektywie 2003/4/WE, Rozporządzeniu 1049/2001 oraz Rozporządzeniu 1367/2006 Trybunał Sprawiedliwości stara się zaszczepić w organach i instytucjach (również Komisji i Sądzie) praktykę, że informacje (dane, dokumenty) dotyczące środowiska należy traktować inaczej (bardziej priorytetowo) niż dane (dokumenty) z innych obszarów ich działalności (wykonywania kompetencji).

Obecnie mamy do czynienia z procesem zaostrzania wymagań prawa zmian klimatu. Przykładem tego jest przyjęcie ostatnio dyrektywy dotyczącej reformy unijnego systemu handlu uprawnieniami do emisji gazów cieplarnianych (EU ETS) na lata 2021–2030[77], a także procedowanie w Parlamencie Europejskim projektu nowej Dyrektywy w sprawie promowania stosowania odnawialnych źródeł energii oraz projektu Dyrektywy zmieniającej Dyrektywę 2012/27/UE w sprawie efektywności energetycznej[78]. Ponadto spotykamy się obecnie z poszerzaniem się obszarów regulowanych przez prawo zmian klimatu (coraz większe znaczenie ma obszar adaptacji do zmian klimatu). Ze względu na powyższe dwa czynniki można się spodziewać coraz większego zapotrzebowania na informacje o środowisku przez społeczeństwo w sprawach zmian klimatu (także informacje odnośnie do potencjalnego ryzyka powodzi, fal upałów czy działań podejmowanych celem ograniczenia ich skutków), nie tylko w kwestiach

75 Szerzej na temat tych spraw: M. Peeters, S. Nóbreg, *Climate Change-related Aarhus Conflicts…*, dz. cyt., s. 362.

76 Tamże.

77 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/410 z dnia 14 marca 2018 r. zmieniająca Dyrektywę 2003/87/WE w celu wzmocnienia efektywnych pod względem kosztów redukcji emisji oraz inwestycji niskoemisyjnych oraz Decyzję (UE) 2015/1814, Dz.Urz. L 76/3 z dnia 19.03.2018.

78 Źródło informacji: http://www.europarl.europa.eu/committees/pl/search-in-documents.html?urefProcYear=2016&urefProcNum=0382&urefProcCode=COD&linkedDocument=true&ufolderComCode=&ufolderLegId=&ufolderId=#sidesForm (dostęp: 12.06.2018).

materialnych, ale też proceduralnych. Zwiększone zapotrzebowanie na informacje o środowisku może zwiększyć liczbę spraw dotyczących udostępnienia tych informacji. Z tego powodu obszar zmian klimatu może stać się wyzwaniem dla Trybunału Sprawiedliwości i Sądu oraz organów i sądów krajowych (dla których orzeczenia unijne stanowią często wskazówkę interpretacyjną) w zakresie zagwarantowania przestrzegania proceduralnych praw środowiskowych w sprawach zmian klimatu. W sytuacji zaostrzania wymaganych poziomów redukcji emisji gazów cieplarnianych tak samo organy, jak i sądy unijne i krajowe mogą coraz częściej spotykać się z koniecznością odpowiedniego wyważania pomiędzy ochroną tajemnicy handlowej i przemysłowej, ochroną konkurencji i konkurencyjności a dostępem do informacji o środowisku, a nawet konfliktem pomiędzy wartościami ekonomicznymi a dostępem do informacji o środowisku.

W obliczu zwiększonego zapotrzebowania na informacje ze względu na zaostrzanie wymagań w zakresie redukcji emisji gazów cieplarnianych i poszerzania się obszarów regulowanych przez prawo zmian klimatu organy i instytucje unijne, a w szczególności organy i sądy krajowe powinny mieć zawsze na względzie, utrwalane również w sprawach z zakresu ochrony klimatu, stanowisko Trybunału Sprawiedliwości, że obowiązek udzielenia dostępu do dokumentów i informacji dotyczących środowiska ma szczególny wymiar. Ten obowiązek w szczególności należy interpretować w kontekście postanowień Konwencji z Aarhus, na rzecz osiągnięcia przez państwa członkowskie UE jak najszerszego poziomu dostępności i rozpowszechnienia w społeczeństwie informacji o środowisku (umowy międzynarodowe zawarte przez UE, np. Konwencja z Aarhus, mają pierwszeństwo przed przepisami prawa wtórnego UE).

Sytuacja zaostrzania poziomów redukcji emisji gazów cieplarnianych oraz poszerzającego się zakresu spraw dotyczących zmian klimatu stanowić będzie dla organów i sądów wyzwanie w zakresie odpowiedniego wyważania pomiędzy ochroną tajemnicy handlowej i przemysłowej, ochroną konkurencji i konkurencyjności a dostępem do informacji o środowisku oraz wartościami ekonomicznymi a dostępem do informacji o środowisku.

Rozpoznawane przez Trybunał Sprawiedliwości i Sąd (i analizowane w tym artykule) sprawy objęte reżimem dostępu do informacji o środowisku opartym na Dyrektywie 2003/4/WE, Rozporządzeniu 1049/2001 oraz Rozporządzeniu 1367/2006 dotyczyły jednak informacji zawartych w planach przydziału uprawnień do emisji gazów cieplarnianych. W obliczu postępującej centralizacji modelu podejmowania decyzji odnośnie do instrumentów ochrony klimatu, tj. przenoszenia tego procesu z poziomu krajowego na

poziom UE (w szczególności odnośnie do funkcjonowania EU ETS, gdzie nastąpiło zastąpienie krajowych planów przydziału systemem aukcyjnym)[79], kwestia zapewnienia proceduralnych praw środowiskowych w obszarze spraw zmian klimatu wymaga pogłębionej analizy[80]. Wzrost roli Komisji w sprawach podejmowania decyzji odnośnie do instrumentów ochrony klimatu budzi bowiem niepokój w kontekście dużej liczby spraw[81], których przedmiotem jest odmowa udostępnienia przez Komisję informacji (danych, dokumentów), a także praktyki Komisji (np. w sprawach ustanowienia zrównoważonych standardów biopaliw i biopłynów) znacznego opóźniania (przewlekania) udostępniania żądanych informacji. Taka praktyka w konsekwencji ogranicza możliwość kontroli przez zainteresowane podmioty prowadzonych przez Komisję postępowań i podejmowanych decyzji. Co więcej, taka odmowa udostępniania informacji jest uzasadniana przez Komisję w sposób wręcz podważający koncepcję (cel) prawa dostępu do informacji (np. sprawa C-60/15P). Komisja powołuje się bowiem na konieczność zapewnienia „swobody" przy podejmowaniu decyzji, wyeliminowania „ryzyka" wpływania przez społeczeństwo na przebieg postępowania, a przez to możliwość jego opóźnienia, możliwość zakłócenia dobrych relacji Komisji z państwami członkowskimi.

Obowiązek udzielenia dostępu do dokumentów i informacji dotyczących środowiska powinien mieć szczególny wymiar niezależnie od stosowanego reżimu prawnego. Organy i sądy obowiązek ten powinny zawsze interpretować w kontekście postanowień Konwencji z Aarhus, na rzecz osiągnięcia przez państwa członkowskie UE jak najszerszego poziomu dostępności i rozpowszechnienia w społeczeństwie informacji o środowisku.

Powyższe sytuacje skłaniają też do rozważenia potrzeby zmian prawnych zmierzających do zapewnienia większej efektywności zagwarantowania prawa dostępu do informacji na poziomie UE. Szczególnie istotne byłyby takie instrumenty (regulacje, w tym regulacje wewnętrzne organów unijnych, także kwestie odpowiedzialności podmiotów działających w ramach organów), które zapobiegałyby opóźnieniu udostępnienia (głównie przez Komisję) informacji z zakresu ochrony środowiska, zapobiegałby „przewlekaniu" spraw z zakresu udostępnienia informacji o środowisku na poziome UE. Istotne jest też rozważenie ewentual-

79 Szerzej: J. De Cendra De Larragán, *Too much harmonization? An analysis of the Commissions' proposal to amend the EU ETS from the perspective of legal principles* (w:) M. Faure, M. Peters (eds.), *Climate Change and European Emission Trading. Lessons for theory and practice*, Cheltenham–Northampton 2008, s. 51–87.

80 M. Peters, *Greenhouse gas emission trading in the EU* (w:) D.A. Farber, M. Peeters (eds.), *Climate Change Law*, t. 1, Cheltenham–Northampton 2016, s. 382.

81 Mając na względzie stosunkowo niewielka liczbę wszystkich spraw z zakresu zmian klimatu rozpoznawanych dotąd przez sądy unijne.

nych sytuacji, w których należałoby zagwarantować możliwość realizacji również na szczeblu unijnych proceduralnych praw środowiskowych przewidzianych w Konwencji z Aarhus również podmiotom prywatnym (w kontekście sprawy T-317/12). Jest to istotne przede wszystkim w obliczu centralizacji procesu podejmowania decyzji w zakresie instrumentów ochrony klimatu.

Bibliografia

Bándi G. (ed.), *Environmental Democracy and Law. Public Participation in Europe*, Groningen–Amsterdam 2014.

Bándi G., *Right to environment. Procedural guarantees* (w:) G. Bándi (ed.), *Environmental Democracy and Law. Public Participation in Europe*, Groningen–Amsterdam 2014, s. 79–94.

Bogdanowicz P., *Interes publiczny w prawie energetycznym Unii Europejskiej*, Warszawa 2012.

Ciechanowicz-McLean J., *Leksykon ochrony środowiska*, Warszawa 2009.

Ciechanowicz-McLean J., *Prawo ochrony klimatu*, Warszawa 2016.

Ciechanowicz-McLean J., *Udział społeczeństwa w postępowaniu w zakresie ochrony środowiska* (w:) J. Ciechanowicz-McLean, *Leksykon ochrony środowiska*, Warszawa 2009, s. 378–380.

De Cendra De Larragán J., *Too much harmonization? An analysis of the Commissions' proposal to amend the EU ETS from the perspective of legal principles* (w:) M. Faure, M. Petters (eds.), *Climate Change and European Emission Trading. Lessons for Theory and Practice*, Edward Elgar 2008, s. 51–87.

Duniewska Z., *Dobra chronione w prawie administracyjnym*, Łódź 2014.

Dyduch J., *Handel uprawnieniami do emisji zanieczyszczeń powietrza*, Warszawa 2013.

Erechemla A., *Prawo dostępu do informacji o środowisku w Unii Europejskiej*, „Prawo i Środowisko" 2009, nr 1 (57), s. 32–49.

Faure M., Petters M. (eds.), *Climate Change and European Emission Trading. Lessons for theory and practice*, Cheltenham–Northampton 2008.

Farber D.A., Peeters M. (eds.), *Climate Change Law*, t. 1, Cheltenham–Northampton 2016.

Federczyk W., Fogel A., Kosieradzka-Federczyk A., *Prawo ochrony środowiska w procesie inwestycyjno-budowlanym*, Warszawa 2015.

Filipowicz T., Plucińska-Filipowicz A., Wierzbowski M., *Ustawa o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko. Komentarz*, Warszawa 2017.

Galicki Z., Gubrynowicz A. (red.), *Międzynarodowe prawo ochrony środowiska w XXI wieku*, Warszawa 2013.

Habuda A., *Dostęp i rozpowszechnianie informacji o środowisku* (w:) W. Radecki (red.), *Instytucje prawa ochrony środowiska. Geneza, rozwój, perspektywy*, Warszawa 2010, s. 238–241.

Haładyj A., *Udział społeczeństwa w ochronie środowiska w prawie publicznym międzynarodowym jako gwarancja procesowa prawa do środowiska* (w:) Z. Galicki, A. Gubrynowicz (red.), *Międzynarodowe prawo ochrony środowiska w XXI wieku*, Warszawa 2013, s. 45–54.

Hedemann-Robinson M., *EU Enforcement of International Environmental Agreements. The Role of European Commission*, „European Energy and Environmental Law Review" 2012, nr 21(1), s. 2–30.

Jaworowicz-Rudolf A., *Środowisko jako dobro chronione* (w:) Z. Duniewska (red.), *Dobra chronione w prawie administracyjnym*, Łódź 2014, s. 169–178.

Jendrośka J., *Dostęp do informacji o środowisku a dostęp do informacji publicznej*, Warszawa 2004.

Jendrośka J., *Public Participation and Information in Emissions Trading Directive*, „Environmental Law Network International Review" 2004, nr 1, s. 7–12.

Jendrośka J., *Aarhus Convention Compliance Commitee. Orgins, Status and Activities*, „Journal for European Environmental and Planning Law" 2011, nr 8(4), s. 301–314.

Jedrośka J., Bar M. (eds.), *Procedural Environmental Rights. Principle X in Theory and Practice*, Cambridge–Antwerp–Portland 2017.

Karski L., *Istota prawa zmian klimatu – cel i klasyfikacja* (w:) L. Karski, I. Grochowska (red.), *Zmiany klimatu a społeczeństwo*, Warszawa 2010, s. 433–445.

Karski L., *System handlu uprawnieniami do emisji gazów cieplarnianych. Komentarz do ustawy*, Warszawa 2012.

Karski L., Grochowska I. (red.), *Zmiany klimatu a społeczeństwo*, Warszawa 2010.

Kenig-Witkowska M., *Prawo środowiska Unii Europejskiej: wybór i wprowadzenie*, Warszawa 2012.

Kępka K., *Prawnomiędzynarodowe aspekty zmian klimatu*, Warszawa 2013.

Knade-Plaskacz A., *Dostęp do informacji o środowisku znajdujących się w posiadaniu organów władzy publicznej pełniących funkcje o charakterze ustawodawczym – wprowadzenie i wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z 14.02.2012 r. w sprawie C-204/09 Flachglas Torgau GmbH przeciwko Bundesrepublik Deutschland*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2015, nr 8, s. 56–64.

Korzeniowski P. (red.), *Zagadnienia systemu prawa ochrony środowiska*, Łódź 2015.

Kosieradzka-Federczyk A., *Informacje o środowisku* (w:) W. Federczyk, A. Fogel, A. Kosieradzka-Federczyk, *Prawo ochrony środowiska w procesie inwestycyjno-budowlanym*, Warszawa 2015, s. 32–41.

Kružíková E., *Implementation of Public Participation Principles. Experience of the EU* (w:) G. Bándi (ed.), *Environmental Democracy and Law. Public Participation in Europe*, Groningen–Amsterdam 2014, s. 141–153.

Langlais A., *Biomass or the story of unfinished coming together of energy and waste. Observations on the UE and French legal approach* (w:) M. Peeters (ed.), *Climate Law in EU Member States. Towards National Legislation for Climate Protection*, Cheltenham–Northampton 2012, s. 277–293.

MacDonald K., Makuch Z., *Emissions trading and the Aarhus Convention. A proportionate symbiosis?* (w:) M. Peeters, K. Deketelaere (eds.), *EU Climate Change Policy. The Challenge of New Regulatory Initiatives*, Cheltenham–Northampton 2006, s. 125–152.

Makuch K.E., Pereira R. (eds.), *Environmental and Energy Law*, Oxford 2012.

Makuch K.E., *Regulating environmental information and environmental data* (w:) K.E. Makuch, R. Pereira (eds.), *Environmental and Energy Law*, Oxford 2012, s. 506–530.

Nyka M., *Dostęp do informacji o środowisku w systemie prawa ochrony środowiska* (w:) P. Korzeniowski (red.), *Zagadnienia systemu prawa ochrony środowiska*, Łódź 2015, s. 175–191.

Olecka A., *Ochrona klimatu w działaniach międzynarodowych*, Warszawa 2004.

Peeters M. (ed.), *Climate Law in EU Member States. Towards National Legislation for Climate Protection*, Cheltenham–Northampton 2012.

Peters M., *Greenhouse gas emission trading in the EU* (w:) D.A. Farber, M. Peeters (eds.), *Climate Change Law*, t. 1, Cheltenham–Northampton 2016, s. 377–387.

Peeters M., Deketelaere K. (eds.), *EU Climate Change Policy. The Challenge of New Regulatory Initiatives*, Cheltenham–Northampton 2006.

Peeters M., Nóbreg S., *Climate Change-related Aarhus Conflicts. How Successful are Procedural Rights in EU Climate Law?*, „Review of European Community & International Law" 2014, nr 23(3), s. 354–366.

Pietraś M., *Międzynarodowy reżim zmian klimatu*, Toruń 2011.

Radecki W., *Instytucje prawa ochrony środowiska. Geneza, rozwój, perspektywy*, Warszawa 2010.

Rietig K., *Sustainable Climate Policy Integration in the European Union*, „Environmental Policy and Governance" 2013, nr 5, s. 297–310.

Romppanen S., *Regulating Better Biofuels for the European Union*, „European Energy and Environmental Law Review" 2012, nr 21(3), s. 123–149.

Skjærseth J.B., *Linking EU climate and energy policies. Policy-making, implementation and reform*, „International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics" 2016, nr 16, s. 509–523.

Szafrański A., *Prawo energetyczne. Wartości i instrumenty ich realizacji*, Warszawa 2014.

Van Aken N., *The "Emissions Trading Scheme" case law. Some new paths for a better European environmental protection?* (w:) M. Faure, M. Petters (eds.), *Climate Change and European Emission Trading. Lessons for theory and practice*, Cheltenham–Northampton 2008, s. 88–127.

Karol Flisek

Prawo do sądu i pojęcie wymiaru sprawiedliwości w perspektywie koncepcji merytorycznego orzekania sądów administracyjnych[1]

Karol Flisek

Absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, obecnie doktorant w Katedrze Prawa Administracyjnego, gdzie rozprawę doktorską przygotowuje pod kierunkiem prof. Jana Zimmermanna.

✉ *karol.flisek@doctoral.uj.edu.pl*

The Right to a Fair Trial and the Term of Justice in the Light of the Substantive Powers of Administrative Courts

The article considers the relation between the right to a court and the idea of the implementation of substantive powers of administrative courts. What have been also discussed, were the notions of justice and administering justice in the light of above mentioned issues. Not only have the different views presented in the legal doctrine been juxtaposed with each other, but they also have been criticized and evaluated from a fresh point of view. The author has tried to answer the question whether the right to an administrative court and a fair trial is fulfilled in Poland sufficiently. Defining the right to a court in general, based on the traditional interpretation of this legal construction, the article ends with a conclusion, that the current state of Polish administrative courts' competence is appropriate considering Article 45 Point 1 of the Polish Constitution. In the subsequent part of the text, the notion of administering justice has been analysed. Assuming that the material administrative law is not based on the construction of the legal dispute, the author, while defining this term uses the views of legal doctrine and distinguishes from the subjective and objective point of view.

1. Uwagi ogólne

Na gruncie dyskusji na temat ewentualnej implementacji do polskiego systemu prawnego merytorycznego sądownictwa administracyjnego jako istotne zagadnienie jawi się tematyka prawa do sądu, jak i, immanentnie z nim złączona, problematyka pojęcia wymiaru sprawiedliwości. Na powyższym gruncie pojawiło się wiele kontrowersji, przez co temat

1 Niniejszy artykuł jest fragmentem pracy magisterskiej obronionej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego dnia 28 czerwca 2017 r.

jest żywo dyskutowany w doktrynie prawa administracyjnego od wielu lat.

Niniejszy artykuł pomyślany jest jako głos w wyżej wspomnianej dyskusji i ma na celu odpowiedzieć na pytania, czy polski sąd administracyjny *de lege lata* spełnia wymogi prawa do sądu określone w ustawie zasadniczej[2] oraz czy sąd ten wymierza sprawiedliwość w rozumieniu Konstytucji.

Celem uporządkowania rozważań należy na początku wskazać podstawowe założenia koncepcji merytorycznego orzekania sądów administracyjnych. Sąd administracyjny orzeka więc reformacyjnie wtedy, gdy orzeka nie jedynie o uchyleniu lub utrzymaniu w mocy badanego aktu, ale również o ewentualnej jego zmianie – i to w sposób bezpośredni. W modelu merytorycznym sąd może więc sam rozstrzygnąć sprawę administracyjną, wyręczając organ administracyjny w sprawowaniu jego kompetencji. W polskim systemie takie rozwiązania są absolutnym wyjątkiem i poza niedawno wprowadzonym art. 145a p.p.s.a.[3] występują jedynie tylko w kilku innych regulacjach.

Powstaje więc pytanie, czy biorąc pod uwagę powyższe uwagi, można stwierdzić, że taki model odpowiada standardom prawa do sądu. Prawo to jest bowiem bez wątpienia jednym z filarów praworządnego państwa. Polski ustrojodawca uregulował je w dwóch przepisach ustawy zasadniczej, tj. w art. 45 ust. 1, który stanowi, że każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd, oraz w art. 77 ust. 2, który zabrania ustawie zamykania drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności i praw. W literaturze i orzecznictwie zgodnie podkreśla się, że przytoczone przepisy stanowią razem konstrukcję konstytucyjnego prawa do sądu, określając ją w wymiarze pozytywnym (art. 45 ust. 1) i negatywnym (art. 77 ust. 2)[4]. Nie ulega zatem wątpliwości, że oba te uregulowania tworzą spójną całość składającą się razem na analizowane prawo. Trafnie konstrukcję tę uchwyciła Justyna Ewa Kulikowska-Kulesza, stwierdzając, że prawo to „wiąże się (…) z jedną z podstawowych ról państwa, która przejawia się w obowiązku zapewnienia obywatelom (…) szeroko pojętego poczucia bezpieczeństwa”[5]. Należy się również zgodzić, że prawo do sądu, jako podstawa efektywnego i egzekwowalnego ładu prawnego, wynika z samej zasady demokratycznego państwa prawnego[6].

Sąd administracyjny, orzekając merytorycznie, zastępuje organ administracyjny w procesie administrowania.

2 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997, nr 78 poz. 483 ze zm. – dalej: Konstytucja RP lub ustawa zasadnicza.

3 Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Dz.U. 2017, poz. 1369 – dalej: p.p.s.a.

4 Zob. m.in. W. Sawczyn (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System prawa administracyjnego*, t. 10: *Sądowa kontrola administracji publicznej*, Warszawa 2016, s. 77; P. Grzegorczyk, K. Weitz (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, t. 1: *Art. 1–86*, Warszawa 2016, s. 1093 oraz orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, m.in. *Wyrok TK z dnia 15 czerwca 2004 r.*, SK 43/03, OTK-A 2004/6/58; *Wyrok TK z dnia 20 września 2006 r.*, SK 63/05, OTK-A 2006/8/108 oraz *Wyrok TK z dnia 11 maja 2011 r.*, SK 11/09, OTK-A 2011/4/32.

5 J.E. Kulikowska-Kulesza, *Polskie postępowanie przed sądami administracyjnymi w świetle standardów ETPC w zakresie prawa do rzetelnego procesu sądowego*, Kraków–Legionowo 2016, s. 35.

6 J. Zimmermann, *Prawo do sądu w prawie administracyjnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, z. 2, s. 307 oraz B. Adamiak, *Model sądownictwa administracyjnego a funkcje sądownictwa administracyjnego* (w:) J. Stelmasiak,

Niepodobna bowiem wyobrazić sobie takiego właśnie państwa, jeżeli jednostka nie miałaby możliwości ochrony praw i wolności. Jako uprawnienie konstytucyjne prawo do sądu nie może być interpretowane ścieśniająco[7]. Stwierdzenie to należy rozumieć w ten sposób, że ilekroć pojawią się problemy w wykładni art. 45 ust. 1 lub art. 77 ust. 2 Konstytucji RP, należy je interpretować w sposób rozszerzający, również poza brzmienie przepisu *explicite*. Wynika to z gwarancyjnej funkcji analizowanych uregulowań. Ponadto, jak twierdzi Wojciech Sawczyn, z art. 176 ust. 2 Konstytucji RP, który odsyła do ustaw szczególnych w kwestii ustroju, właściwości oraz postępowania przed sądami, można wywieść wniosek, że ustawy te stanowią gwarancję prawa do sądu[8].

Wskazać również należy, że prawo do sądu jest zagwarantowane aktami prawa międzynarodowego, a mianowicie przez art. 6 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności[9] oraz art. 14 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych[10]. Spostrzeżenia powyższe nakazują sytuować prawo do sądu na szczególnym miejscu wśród praw i wolności człowieka ujętych w Konstytucji RP.

2. Pojęcie prawa do sądu i prawa do sądu administracyjnego

Tradycyjnie prawo do sądu ujmuje się z dwóch perspektyw, tj. formalnej i materialnej[11]. Wymiar formalny prawa do sądu sprowadza się *de facto* tylko do prawa zainicjowania postępowania przez sądem[12], tj. zakazu tamowania drogi jego wszczęcia w rozumieniu art. 77 ust. 2 Konstytucji RP. Wymiar materialny natomiast, wyrażony w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP[13], polega na pozytywnym uprawnieniu jednostki do rozpoznania jej sprawy przez sąd o określonych w tym przepisie cechach oraz do rozstrzygnięcia sprawy przez ten sąd w sposób autorytatywny i władczy. Ten aspekt art. 45 ust. 1 Konstytucji RP ujmuje się też jako „prawo do wyroku sądowego"[14], tj. prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia danej sprawy przez sąd. Kładzie się na ten element szczególny nacisk, nazywając prawo do rozstrzygnięcia „ukoronowaniem prawa do sądu"[15]. Poszczególni autorzy stawiają środek ciężkości prawa do sądu bądź to w sferze formalnej, bądź to w materialnej.

2.1. Wymiar formalny prawa do sądu

Jako prawo formalne klasyfikuje się je jako proceduralne prawo człowieka[16]. Jan Boć stwierdził, że prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy to możliwość wszczęcia postępowania przez osobę zainteresowaną[17]. Pogląd ten należy uznać jednak za nie do końca trafny. „Wszcząć postępowanie" to z pewnością bowiem nie to samo co „rozpatrzyć sprawę". To drugie pojęcie bowiem odnosi się (jak już wyżej wskazano) do aspektu materialnego prawa do sądu. Ponadto użycie określenia „osoby zainteresowanej" przywodzi na myśl osoby legitymujące się jedynie interesem faktycznym[18].

J. Niczyporuk, S. Fundowicz (red.), *Polski model sądownictwa administracyjnego*, Lublin 2003, s. 17.

7 W. Sawczyn (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System*…, t. 10, dz. cyt., s. 77.

8 Tamże, s. 78.

9 Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. 1993, nr 61 poz. 284 – dalej: EKPC.

10 Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 16 grudnia 1966 r., Dz.U. 1977, nr 38 poz. 167 – dalej: MPPOiP.

11 Np. *Postanowienie SN z dnia 19 lipca 2006 r.*, I CSK 112/06, LEX nr 1101698. Sąd Najwyższy stwierdził, że prawo do sądu nie może być rozumiane tylko i wyłącznie formalnie, jako dostęp do drogi sądowej w ogóle, ale również i materialnie, jako możliwość uzyskania skutecznej ochrony prawnej.

12 P. Tuleja (w:) P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2014, s. 170.

13 Art. 45 ust. 1 Konstytucji RP ujmowany jest również jako przepis wyrażający formalny aspekt prawa do sądu. Zob. *Orzeczenie TK z dnia 7 stycznia 1992 r.*, K 8/91, OTK 1992/1/5.

14 Zobacz m.in. *Wyrok TK z dnia 9 czerwca 1998 r.*, K 28/97, OTK 1998/4/50 oraz *Wyrok TK z dnia 10 lipca 2000 r.*, SK 12/99, OTK 2000/5/143.

15 P. Grzegorczyk, K. Weitz (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*…, dz. cyt., s. 1148 oraz przywoływane tam orzeczenia TK.

16 K. Wojtyczek (w:) P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne*…, dz. cyt., s. 96.

17 J. Boć (w:) J. Boć (red.), *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 r.*, Wrocław 1998, s. 90.

18 J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2016, s. 355.

Na gruncie prawa administracyjnego formalne prawo do sądu należy interpretować jako „możliwość uruchomienia postępowania przed (…) sądem administracyjnym”[19], tj. możliwość zaskarżenia aktów administracyjnych[20] do tego sądu. Część przedstawicieli doktryny zdaje się w tej konstrukcji upatrywać w ogóle istoty prawa do sądu administracyjnego, pojmując je jedynie jako prawo do bycia czynnikiem sprawczym kontroli aktu administracyjnego[21]. Należy jednak stwierdzić, że prawo do sądu administracyjnego nie wyczerpuje się jedynie w prawie do wniesienia skargi, ale obejmuje również prawo do przeprowadzenia sądowej kontroli rzeczonego aktu zakwestionowanego przez stronę. Ponadto, jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny, „prawo do sądu, będąc jednym z podstawowych praw jednostki, stanowi zarazem fundamentalną gwarancję praworządności”[22]. Trybunał zdaje się zatem wywodzić, że prawo do sądu zapewnia nie tylko formalne wszczęcie postępowania, ale również materialne ukształtowanie rzeczywistości społecznej w zgodzie z obowiązującym prawem[23], tj. gwarancję, że organy administracji publicznej będą działały na podstawie i w granicach prawa. Nie ma przy tym żadnych podstaw do różnicowania tego aksjologicznego wymiaru prawa do sądu pomiędzy sądownictwem administracyjnym i powszechnym. Jednocześnie Naczelny Sąd Administracyjny podkreślił, że z właściwą realizacją prawa do sądu mamy do czynienia wtedy, gdy ochrona sądowa jest rzeczywista, a nie tylko formalna[24]. Dlatego właśnie trzeba stanowczo stwierdzić, że sam wymiar formalny prawa do sądu administracyjnego jest niewystarczającą gwarancją uregulowań konstytucyjnych.

W perspektywie merytorycznego orzekania sądów administracyjnych wymiar formalny prawa do sądu nie różni się jednak od jego ujęcia na gruncie kasatoryjnego modelu orzeczniczego. Prawo do wszczęcia kontroli aktu administracyjnego w jednym i w drugim przypadku ma bowiem jednakowy charakter jako prawo do skargi do sądu administracyjnego.

2.2. Wymiar materialny prawa do sądu

Wymiar materialny prawa do sądu przewiduje bardziej konkretne uprawnienia i to w tym ujęciu należy dopatrywać się istoty tego prawa. Po pierwsze jego elementem jest prawo do rozstrzygnięcia sądowego, tj. konkretyzacji prawa wobec jednostki[25]. Aby organ mógł być uznany za sąd, musi pełnić funkcje orzecznicze[26].

Po drugie orzeczenie to musi gwarantować efektywność wykonania (skuteczność) swoich postanowień[27]. Pojęcie efektywności można jednak rozumieć dwojako. W ujęciu węższym można uznać, że prawo do efektywnego wyroku sądowego ogranicza się do ustanowienia gwarancji prawnych, które mają zapewniać odzwierciedlenie treści wyroku w rzeczywistości społecznej. W takim rozumieniu przyjmuje się, że sąd powinien mieć odpowiednie instrumenty w celu

19 *Postanowienie TK z dnia 11 sierpnia 2010 r.*, Ts 309/09, OTK-B 2011/1/72.

20 Rekomendacja Rady Europy (2004)20 za: B. Dauter, *Metodyka pracy sędziego sądu administracyjnego*, Warszawa 2014, s. 24.

21 M. Wiącek (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, t. 2: *Art. 87–243*, Warszawa 2016, s. 1093. Autor pisze bowiem: „Istotą prawa do sądu w sprawach wynikających z działań administracji publicznej jest przyznana adresatowi aktu czy czynności z zakresu administracji publicznej możliwość zainicjowania przed sądem administracyjnym postępowania służącego skontrolowaniu działalności administracji z punktu widzenia zgodności z prawem”.

22 *Wyrok TK z dnia 9 czerwca 1998 r.*, K 28/97, OTK 1998/4/50 oraz inne orzeczenia, m.in.: *Wyrok TK z dnia 18 lipca 2011 r.*, SK 10/10, OTK-A 2011/6/58; *Wyrok TK z dnia 18 lipca 2012 r.*, K 14/12, OTK-A 2012/7/82; *Wyrok TK z dnia 3 lipca 2008 r.*, K 38/07, OTK-A 2008/6/102 oraz *Wyrok TK z dnia 18 grudnia 2007 r.*, SK 54/05, OTK-A 2007/11/158.

23 Nie należy jednak w tym miejscu przesądzać, czy sąd administracyjny powinien sam tę rzeczywistość kształtować bezpośrednio, czy tylko doprowadzić do ukształtowania tej rzeczywistości przez organ.

24 *Wyrok NSA z dnia 25 maja 2011 r.*, I OSK 1221/10, Lex nr 1080900.

25 T. Woś (red.), *Postępowanie sądowoadministracyjne*, Warszawa 2015, s. 21. Należy jednak zwrócić uwagę, że w przypadku sądu administracyjnego będzie to kontrola tej konkretyzacji dokonanej pozasądowo wobec jednostki.

26 A. Wyrozumska (w:) J. Barcz, M. Górka, A. Wyrozumska, *Instytucje i prawo Unii Europejskiej. Podręcznik dla kierunków prawa, zarządzania i administracji*, Warszawa 2015, s. 418.

27 T. Woś, *Postępowanie sądowoadministracyjne…*, dz. cyt., s. 21.

skutecznego egzekwowania prawa[28], a samo wydanie rozstrzygnięcia jest jedynie etapem w realizacji pełnego prawa do sądu[29]. Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC) zrównuje zaś efektywność jako możliwość wywiązywania się przez sądy z powierzonej im roli ochrony praw i wolności jednostki[30].

prawa do sądu, co manifestował w wielu orzeczeniach, wniosek taki wyprowadzając z wiążącego charakteru orzeczeń[32]. W podobnym tonie wypowiadają się przedstawiciele doktryny[33]. Dodatkowo, według ETPC, wykonanie wyroku sądowego jest składową prawa do rzetelnego procesu oraz prawa do sądu, a praktyczna

Istotą prawa do sądu jest jego wymiar materialny, który gwarantuje jednostce prawo do efektywnego rozstrzygnięcia sądowego.

W szerszym ujęciu materialnego prawa do sądu trzeba wyjść z założenia, że samo rozstrzygnięcie, nawet obwarowane konkretnymi gwarancjami, to za mało, a prawo do sądu można uznać za zagwarantowane dopiero z chwilą wykonania wyroku, tj. urzeczywistnienia jego sentencji w sytuacji prawnej jednostki. Chodzi tutaj więc o wywarcie przez rozstrzygnięcie określonych skutków w sferze prawa materialnego, pośrednio czy bezpośrednio. Na gruncie prawa administracyjnego oznacza to nic innego jak wpływ orzeczenia sądu na materialne rozstrzygnięcie sprawy administracyjnej, tj. skuteczność orzeczeń sądów administracyjnych. Zbigniew Kmieciak podnosi przy tym, że polski Trybunał Konstytucyjny nie traktuje wyraźnie efektywności orzeczeń sądowych jako immanentnego elementu prawa do sądu[31]. Nie można się zgodzić z tym zapatrywaniem, bowiem TK *explicite* uznaje prawo do wykonania wyroku sądowego (można je ująć jako efektywność *sensu stricto*) jako część możliwość odstąpienia od tego wykonania czyniłaby to prawo iluzorycznym i pozbawionym znaczenia[34].

28 M. Wiącek (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP…*, dz. cyt., s. 1092.

29 B. Szmulik, *Opinia prawna na temat projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi*, Warszawa, 21 października 2013 r., druk nr 1633, s. 9.

30 Zob. M. Bernatt, *Konstytucyjne aspekty sądowej kontroli działalności administracji (między efektywnością a powściągliwością)*, „Państwo i Prawo" 2017, z. 1, s. 36 oraz przywołane tam orzecznictwo ETPC.

31 Z. Kmieciak, *The efficiency of administrative courts (in the light of European and Polish experience)*, „Comparative Law Review" 2013, z. 15, s. 137.

32 Por. Wyroki TK z dnia 19 lutego 2003 r., P 11/02, OTK-A 2003/2/12, z dnia 24 lutego 2003 r., K 28/02, OTK-A 2003/2/13, z dnia 27 maja 2008 r., P 59/07, OTK-A 2008/4/64, z dnia 4 listopada 2010 r., K 19/06, OTK-A 2010/9/96 za: P. Grzegorczyk, K. Weitz (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP…*, dz. cyt., s. 1151.

33 P. Grzegorczyk i K. Weitz podnoszą, że prawo do sądu nie wyczerpuje się w zainicjowaniu postępowania i ukształtowaniu go w zgodzie z konstytucyjnymi wymaganiami (P. Grzegorczyk, K. Weitz [w:] M. Safjan, L. Bosek [red.], *Konstytucja RP…*, dz. cyt., s. 1148–1149) oraz że prawo do sądu samo w sobie uprawnia do merytorycznego zakończenia sprawy (tamże, s. 1149). B. Szmulik twierdzi, że orzeczenie nieegzekwowalne czyni prawo do sądu iluzorycznym (B. Szmulik, *Opinia prawna…*, dz. cyt., s. 9). M. Wiącek wskazuje, że wyrok niewykonany nie ma żadnego znaczenia praktycznego dla nosiciela prawa do sądu (M. Wiącek [w:] M. Safjan, L. Bosek [red.], *Konstytucja RP…*, dz. cyt., s. 1102). J.E. Kulikowska-Kulesza widzi zaś w ogóle w prawie do sądu instrument stosowania prawa i możliwość „praktycznego stosowania teoretycznie istniejących praw" (J.E. Kulikowska-Kulesza, *Polskie postępowanie…*, dz. cyt., s. 57). M. Szydło sygnalizuje przy tym, że prawo do sądu powinno mieć przede wszystkim znaczenie dla jednostki, a nie czysto ustrojowe (M. Szydło, *Opinia prawna na temat projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi*, Warszawa, 21 października 2013 r., druk nr 1633, s. 12).

34 Por. przede wszystkim *Wyrok ETPC z dnia 19 marca 1997 r.*, 18357/91, *Hornsby v. Grecja*, www.echr.coe.int. Dodatkowo

3. Realizacja prawa do sądu administracyjnego w polskim systemie prawnym w kontekście kasacyjnego modelu orzeczniczego

Kluczowa w perspektywie analizowanej materii jest odpowiedź na pytanie, czy *de lege lata*, tj. w warunkach kasacyjnego modelu orzeczniczego sądów administracyjnych, ogół rozwiązań prawnych prowadzi do pełnej realizacji prawa do sądu. W literaturze i orzecznictwie możemy znaleźć różne, czasami skrajne wyjaśnienia tej kwestii. Z grubsza można jednak stwierdzić, że obecnie mamy do czynienia z dwiema przeciwstawnymi grupami poglądów. Pierwsza z nich wnioskuje, że prawo do sądu w aktualnym stanie prawnym nie jest należycie realizowane. W literaturze podnosi się bowiem, że w obliczu jedynie kasacyjnych uprawnień orzeczniczych sądów administracyjnych *de facto* brak sankcji w razie niesubordynacji organu administracji publicznej wobec orzeczenia sądowego[35]. W wypadkach skrajnych może to doprowadzić do braku większego praktycznego znaczenia orzeczeń sądów administracyjnych. Dariusz R. Kijowski zwraca przy tym uwagę na literalną treść art. 77 ust. 2 Konstytucji RP, który gwarantuje „dochodzenie" naruszonych praw, i wskazuje na materialną treść tego unormowania. Według przywołanego autora *de lege lata* w kwestii stwierdzenia naruszenia praw lub ich słuszności decydujący głos *de facto* pozostaje w sferze kompetencji organu administracji publicznej. Autor zaś zdaje się upatrywać istoty prawa do sądu w przeniesieniu tej władzy na grunt postępowania sądowego[36]. W związku z tym w literaturze wygłasza się twierdzenie, że w celu pełnej realizacji prawa do sądu konieczne jest przyznanie sądom pełnej jurysdykcji nad sprawą (tzw. *full recourse*), a przez to możliwości ingerencji w rozstrzygnięcie sprawy administracyjnej, czyli kompetencji reformacyjnych[37]. Takie zapatrywanie jest o wiele częstsze w europejskiej doktrynie prawa administracyjnego niż w rodzimej nauce. Pogląd ten argumentuje się w Europie stwierdzeniem, że prawo do sądu gwarantuje nie tylko efektywny dostęp do sądu, ale także dostęp do efektywnego sądu (*effective court*)[38].

Druga grupa poglądów nie widzi problemu z realizacją prawa do sądu w systemie weryfikacyjnym orzecznictwa administracyjnego. ETPC stwierdził, że skoro polski NSA jest umocowany do przeprowadzania kontroli dotyczącej meritum sprawy, to w zakresie, w jakim określono jego jurysdykcję – odpowiada standardom stawianym sądowi. Trybunał uznał więc, że nie jest konieczne umocowanie sądu do ingerencji w przedmiotową sprawę, aby prawo z art. 6 ust. 1 EKPC było należycie realizowane[39]. Jednak część autorów, np. Roman Hauser, aprobuje wprowadzenie do p.p.s.a. art. 145a i stwierdza, że dzięki niemu prawo do sądu będzie pełniej realizowane[40].

Przytoczone wyżej twierdzenie R. Hausera jest przejawem kształtowania się teorii pośrednich w tym względzie, które przyjmują zgodność z Konstytucją RP obecnych uregulowań, ale jednocześnie dostrzegają problem nieefektywności części orzeczeń sądów administracyjnych, co stanowi problem w perspek-

por. P. Grzegorczyk, K. Weitz (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP…*, dz. cyt., s. 1152 i powołane tam orzecznictwo ETPC.

35 J.S. Langrod, *Kontrola administracji*, Warszawa–Kraków 1929, s. 161.

36 D.R. Kijowski, *Wymiar sprawiedliwości w sprawach administracyjnych a sądowa kontrola administracji* (w:) *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa profesora Józefa Filipka*, Kraków 2001, s. 335.

37 A. Zieliński, *Prawo do sądu a struktura sądownictwa*, „Państwo i Prawo" 2003, z. 4, s. 20 i n. za: J.E. Kulikowska-Kulesza, *Polskie postępowanie…*, dz. cyt., s. 61.

38 Zob. S. Jansen, *Towards and Adjustments of the Trias Politica. The Administrative Courts ad (Procedural) Lawmaker. A Study of the Influence of the European Human Rights Convention and the Case Law by the European Court of Human Rights on the Trias Politica, in Particular the Position of Dutch Administrative Courts in Relation to the Administration* (w:) F. Stroink, E. van der Linden (eds.), *Judicial Lawmaking and Administrative Law*, Antwerpen–Oxford 2005, s. 54 za: Z. Kmieciak, *Merytoryczne orzekanie przez sądy administracyjne w świetle konstytucyjnej zasady trójpodziału władz*, „Przegląd Legislacyjny" 2015, z. 2, s. 20 i zawarte tam rozważania na gruncie art. 6 ust. 1 EKPC.

39 *Wyrok ETPC z dnia 4 października 2001 r.*, 33776/96, *Potocka i inni v. Polska*, LEX nr 48937.

40 R. Hauser, *Wstępne założenia nowelizacji ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi*, „Państwo i Prawo" 2013, z. 2, s. 18.

tywie prawa do sądu[41]. Marek Szydło przyjmuje, że Konstytucja RP nie wymaga od ustawodawcy zapewnienia kompetencji substancjalnych sądom administracyjnym. Autor podnosi jednak, że art. 45 ust. 1 ustawy zasadniczej jest do tego wystarczającą i pełną podstawą[42]. Kontrola, według cytowanego autora, ma być efektywna, a ustawodawca nie może się ograniczać jedynie do samego jej ustanowienia[43].

Pogląd najbardziej wyważony reprezentuje jednak Jan Zimmermann, który uznaje, że aby stwierdzić, iż system gwarantuje prawo do sądu, wystarczy samo istnienie sądów administracyjnych. Autor trafnie odróżnia bowiem pojęcie gwarancji prawa do sądu od skuteczności realizacji praw przed sądem[44]. Podnosi on, że *de lege lata* z art. 45 ust. 1 i 77 ust. 2 Konstytucji nie można wyprowadzić obowiązku ingerencji sądów w rozstrzygnięcie administracyjne oraz ukształtowanie stosunku administracyjnoprawnego[45]. Z drugiej strony nie wyklucza on wyposażenia sądów administracyjnych w kompetencje merytoryczne do załatwienia sprawy administracyjnej, a wręcz takie rozwiązanie popiera, twierdząc, że w systemie reformacyjnym nikt nie zakwestionowałby już realizacji prawa do sądu[46], które jednocześnie byłoby zdecydowanie pełniej realizowane na gruncie polskiego prawa.

„Istnienie sądownictwa administracyjnego w połączeniu z innymi możliwościami znalezienia drogi sądowej w obrębie prawa administracyjnego wystarczająco gwarantuje realizację samej zasady prawa do sądu w tej dziedzinie prawa" (Jan Zimmermann).

Należy poprzeć twierdzenia cytowanego wyżej autora. Mimo iż zauważyć można, że Konstytucja RP nie różnicuje prawa do sądu administracyjnego oraz prawa do sądu innego niż administracyjny (czyt. powszechnego), to zważyć należy, że ze względu na specyfikę prawa administracyjnego prawo do sądu powszechnego i prawo do sądu administracyjnego mają w istocie swej inną treść. Wynika to zarówno z samej konstrukcji postępowania przed sądem administracyjnym (brak sporu rozstrzyganego przez sąd[47]), jak i z celu działania sądów administracyjnych w demokratycznym państwie prawnym (ochrona obiektywnego porządku prawnego oraz praw podmiotowych wynikających z tego porządku prawnego). Sąd administracyjny jest w przeciwieństwie do sądu powszechnego sądem prawa, nie zaś faktu[48], więc w celu zagwarantowania prawa do sądu konieczne jest wyposażenie tego sądu jedynie w możliwość oceny prawa. Godzi się stwierdzić, że

41 M. Szydło, *Opinia prawna*…, dz. cyt., s. 11; J. Zimmermann, *Prawo*…, dz. cyt., s. 164.

42 M. Szydło, *Opinia prawna*…, dz. cyt., s. 11. Zob. też podobnie W. Trybka, *Orzekanie merytoryczne sądów administracyjnych*, „Studenckie Prace Prawnicze, Administratywistyczne i Ekonomiczne" 2014, nr 16, s. 173, który podnosi jednocześnie, że prawo sądu na gruncie prawa administracyjnego to prawo do rozstrzygnięcia sprawy administracyjnej.

43 M. Szydło, *Opinia prawna*…, dz. cyt., s. 10.

44 J. Zimmermann, *Prawo do sądu*…, dz. cyt., s. 318.

45 Tamże, s. 308.

46 J. Zimmermann, *Aksjomaty prawa administracyjnego*, Warszawa 2013, s. 256.

47 J. Zimmermann, *Prawo do sądu*…, dz. cyt., s. 453–454.

48 M. Kamiński, *O istocie pojęcia sprawy sądowoadministracyjnej*, „Przegląd Prawa Publicznego" 2009, z. 10, s. 9.

de lege lata takie instrumenty sąd administracyjny ma zagwarantowane. Należy też zasygnalizować, że nawet w przypadku przyznania sądom administracyjnym uprawnień ingerencji w sprawę administracyjną, kryterium kontroli sądowoadministracyjnej pozostałaby zawsze legalność[49], więc nie zmieniłoby to charakteru sądu administracyjnego. Poprzeć jednocześnie należy wcześniej przytaczane poglądy, że art. 45 ust. 1 Konstytucji RP stanowi samodzielną podstawę do wyposażenia sądu administracyjnego w kompetencje do rozstrzygnięcia sprawy administracyjnej we własnym zakresie.

4. Sądowoadministracyjny wymiar sprawiedliwości w perspektywie koncepcji merytorycznego orzekania

Artykuł 175 ust. 1 Konstytucji RP stanowi, że wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej sprawują Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe. W związku z enumeratywnym charakterem wyliczenia dokonanego przez ustrojodawcę w Polsce obowiązuje zasada monopolu sądowego w zakresie wymierzania sprawiedliwości. Równoważność sądów administracyjnych i powszechnych w wykonywaniu tej ważnej funkcji w państwie demokratycznym podkreślali już przedwojenni przedstawiciele nauki prawa administracyjnego, twierdząc, że cechą charakterystyczną przedmiotowego działania jest subsumpcja wypadków konkretnego życia pod literę obowiązującego prawa[50]. Dzisiaj należy jedynie dodać, że polskie sądy administracyjne *de lege lata* dokonują wyłącznie subsumpcji hipotetycznej[51], zestawiając ją z subsumpcją dokonaną (w większości przypadków) przez organ administracji publicznej. W przypadku zaś sądów powszechnych orzeczenia są samoistnym i prawokształtującym (choć nie zawsze) aktem stosowania prawa, wpływającym bezpośrednio na sytuację prawną konkretnego podmiotu.

Konstytucja RP nie określa jednak w żadnej swej części, czym jest wymiar sprawiedliwości i czym się on charakteryzuje. W literaturze i orzecznictwie wyłoniły się różne teorie starające się wyjaśnić w jakiś sposób ten problem. Najbardziej powszechne jednak wydaje się twierdzenie wyrażone w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, że wymiar sprawiedliwości to działalność państwowa, polegająca na wiążącym rozstrzyganiu sporów o prawo, w których przynajmniej jedną ze stron jest jednostka lub inny podobny podmiot[52]. Podobnie pojęcie to definiuje się w doktrynie, zwracając jednak baczniejszą uwagę na pojęcie sądowego wymiaru sprawiedliwości i wiążąc nierozerwalnie wymierzanie sprawiedliwości z sądami[53]. Literatura przedmiotu upatruje swoistości wymierzania sprawiedliwości w prawie administracyjnym w źródle rozstrzyganych konfliktów, którym jest działalność (lub zaniechanie) administracji[54].

Na gruncie sądownictwa administracyjnego wątpliwości wzbudził art. 1 § 1 p.u.s.a.[55] mówiący, że sądy administracyjne sprawują wymiar sprawiedliwości przez kontrolę administracji publicznej. Przepis ten wywołał dyskusję na temat relacji pomiędzy pojęciem „kontroli" a pojęciem „wymiaru sprawiedliwości". Podnoszono, że skoro Konstytucja RP stwierdza, że wymiar sprawiedliwości jest sprawowany m.in. przez sądownictwo administracyjne oraz że sądy te sprawują kontrolę administracji publicznej, a wspomniany art. 1 § 1 p.u.s.a. łączy wymierzanie sprawiedliwości ze sprawowaniem kontroli[56], to kontrola ta powinna być

49 Zakładając wyłączenie z kognicji merytorycznej sądów administracyjnych spraw objętych uznaniem administracyjnym.

50 J.S. Langrod, *Problemy sądownictwa administracyjnego*, Kraków 1928, s. 24.

51 J. Zimmermann, *Aksjomaty…*, dz. cyt., s. 247.

52 Zob. *Postanowienie TK z dnia 11 sierpnia 2010 r.*, Ts 309/09, OTK-B 2011/1/72; *Orzeczenie TK z dnia 13 marca 1996 r.*, K 11/95, OTK 1996/2/9; *Wyrok TK z dnia 16 grudnia 2008 r.*, P 68/07, OTK-A 2008/10/180.

53 D.R. Kijowski, *Wymiar sprawiedliwości…*, dz. cyt., s. 332–333; Z. Czeszejko-Sochacki, *O wymiarze sprawiedliwości w świetle Konstytucji, międzynarodowych standardów i praktyki*, „Państwo i Prawo" 1999, z. 9, s. 4.

54 R. Hauser, M. Masternak-Kubiak (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, W. Wróbel (red.), *System prawa administracyjnego*, t. 2: *Konstytucyjne podstawy funkcjonowania administracji publicznej*, Warszawa 2012, s. 405.

55 Ustawa z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych, Dz.U. 2017, poz. 2188 ze zm. – dalej: p.u.s.a.

56 R. Hauser przyjął przy tym, że to Konstytucja RP w art. 184 przesądza, że sądowoadministracyjny wymiar sprawiedliwości jest sprawowany przez kontrolę administracji publicznej (R. Hauser, *Konstytucyjny model polskiego sądownictwa admi-*

uznana za sprawowanie wymiaru sprawiedliwości[57]. Takie spojrzenie prowadzi jednak do usytuowania pojęcia „kontroli" w stosunku zakresowym podrzędności względem pojęcia „wymiaru sprawiedliwości". W związku z powyższymi nieścisłościami druga część przedstawicieli nauki przyjęła, że oba pojęcia są albo niezależne, albo wręcz rozłączne[58]. Należy się zgodzić z poglądem, że sprawowanie wymiaru sprawiedliwości jest czymś znaczeniowo innym niż sprawowanie kontroli, w tym sądowej kontroli.

Sergiusz Szuster zwraca uwagę na teleologiczne ujęcie wymiaru sprawiedliwości, akcentując, że jest to także ukończenie postępowania poprzez wydanie orzeczenia sprawiedliwego[59]. Rozszerzając tę myśl i łącząc ją z wcześniejszymi rozważaniami na temat prawa do sądu, można stwierdzić, że sprawowanie wymiaru sprawiedliwości to nic innego niż doprowadzenie do zmiany w stosunkach prawnych w taki sposób, aby te stosunki można było określić jako „sprawiedliwe". Pojęcie „sprawiedliwości" zależy zaś od kryterium, jakie sąd przyjmie przy jej wymierzaniu. W przypadku sądów administracyjnych tym kryterium będzie legalność. Część autorów utrzymuje, że obecny model weryfikacyjnego orzekania sądownictwa administracyjnego w wielu przypadkach uniemożliwia osiągnięcie stanu sprawiedliwości w wyżej wskazanym znaczeniu. *De lege lata* bowiem działalność sądu administracyjnego ogranicza się do usunięcia działania administracji podjętego niezgodnie z prawem (będącego *ultra vires*), przy braku zaradzenia faktowi, że organ narusza swoją kompetencję poprzez pozostawanie w stanie polegającym na braku aktywności, do której to podjęcia administracja była zobowiązana[60]. Powyższe ujęcie wymiaru sprawiedliwości, nazywane materialnym lub aksjologicznym, traktowane jest w doktrynie jako działalność polegająca na realizowaniu przez państwo zasady państwa prawnego i sprawiedliwości społecznej w rozumieniu art. 2 Konstytucji RP, tj. „prawnej ochrony godności i wolności człowieka"[61].

Podsumowując powyższe poglądy, należy stwierdzić, że sprawowanie wymiaru sprawiedliwości polega na rozstrzyganiu sporów, tj. na przyznaniu racji jednej ze stron. Jednocześnie rozstrzygnięcie takie powinno przyznawać prawa lub znosić obowiązki dla jednej lub obu z tych stron, tj. wpływać na ich sytuację prawną w sposób bezpośredni. Innymi słowy, istotą rozstrzygnięcia sporu jest to, że prawo lub obowiązek powinny wywodzić się z tego rozstrzygnięcia. Mimo odmiennego zapatrywania znacznej części przedstawicieli doktryny i orzecznictwa[62] uznać należy, że polskie sądy administracyjne w obecnym stanie prawnym nie rozpatrują sporu w znaczeniu wyżej przedstawionym. Ewentualna różnica zdań co do wadliwości lub prawidłowości działania lub zaniechania administracji wynika tylko i wyłącznie z różnic w wykładni prawa. Prawo to jest jednak obiektywnym bytem, o który nie można się spierać. Podobnie obiektywnie istnieje zresztą zaskarżony do sądu akt administracyjny. Zmiana w sferze prawnej strony wynika więc nie bezpośrednio z rozstrzygnięcia sądowego, ale z faktu utraty lub zachowania mocy wiążącej przez oceniany

nistracyjnego [w:] J. Stelmasiak, J. Niczyporuk, S. Fundowicz [red.], *Polski model sądownictwa administracyjnego*, Lublin 2003, s. 145. Zob. też K. Klonowski, *Kompetencje sądów administracyjnych do reformatoryjnego orzekania a definicje sprawy sądowoadministracyjnej* [w:] R. Kijowski, A. Miruć, A. Suławko-Karetko [red.], *Jakość prawa administracyjnego*, t. 1, D. Warszawa 2012, LexOmega nr 154210). Kłóci się to jednak z literalnym brzmieniem tego artykułu, który mówi jedynie, że sądy administracyjne sprawują kontrolę administracji publicznej. Pojęcie wymiaru sprawiedliwości i kontroli łączy zaś ze sobą przepis rangi ustawowej, tj. wyżej wspomniany art. 1 § 1 p.u.s.a.

57 R. Hauser, A. Skoczylas (w:) K. Celińska-Grzegorczyk, R. Hauser, W. Sawczyn, *Postępowanie administracyjne, sądowoadministracyjne i egzekucyjne*, Warszawa 2013, s. 140.

58 D.R. Kijowski, *Wymiar sprawiedliwości…*, dz. cyt., s. 336; J. Zimmermann, *Aksjomaty…*, dz. cyt., s. 253; tenże, *Prawo do sądu…*, dz. cyt., s. 311.

59 S. Szuster, *Koncepcja merytorycznych kompetencji orzeczniczych sądów administracyjnych*, rozprawa doktorska obroniona na WPiA UJ, Kraków 2009, niepubl., s. 183–184.

60 D.R. Kijowski, *Wymiar sprawiedliwości…*, dz. cyt., s. 333.

61 Z. Czeszejko-Sochacki, *O wymiarze sprawiedliwości…*, dz. cyt., s. 4.

62 Por. m.in. B. Adamiak, *Model sądownictwa administracyjnego a funkcje sądownictwa administracyjnego* (w:) J. Stelmasiak, J. Niczyporuk, S. Fundowicz (red.), *Polski model sądownictwa administracyjnego*, Lublin 2003, s. 16 oraz *Wyrok TK z dnia 18 maja 2004 r.*, SK 38/03, OTK-A 2004/5/45.

akt administracyjny[63]. Wpływ rozstrzygnięcia sądowego na taką zmianę ma więc charakter pośredni. Pogląd taki potwierdza występowanie pojęcia „sporu" w orzecznictwie sądów administracyjnych w znaczeniu właśnie rozbieżności w wykładni[64]. Skarżący stara się bowiem wykazać, że akt jest wadliwy, zaś organ administracyjne w Polsce (i nie tylko zresztą) nie są w ogóle sądami, co może prowadzić do pochopnego wniosku, że prawo do sądu w naszym kraju nie jest należycie gwarantowane. Należy jednak takiego ujęcia się wystrzegać. Część autorów wskazuje najważniejsze problemy współczesnego sądownictwa administra-

Sprawowanie wymiaru sprawiedliwości w ujęciu przedmiotowym polega na autorytatywnym rozstrzyganiu sporów pomiędzy stronami postępowania.

utrzymując, że jego zachowanie było legalne, próbuje swój akt obronić[65]. W związku z powyższym o „sporze" w postępowaniu sądowoadministracyjnym można mówić tylko w kategoriach umownych[66].

Wychodząc z takiego założenia, można dojść do wniosku, że sądy administracyjne nie sprawują w Polsce wymiaru sprawiedliwości. Przyjmując zaś za Jerzym S. Langrodem, że sprawowanie wymiaru sprawiedliwości jest jedną z konstytutywnych cech pojęcia „sądu"[67], można by było dojść do wniosku, że sądy cyjnego i uważa przy tym, że „wielokrotne uchylanie kolejnych decyzji administracyjnych przez sąd (…), może prowadzić obraz sądownictwa raczej do karykatury wymiaru sprawiedliwości niż przykładnego jego sprawowania"[68].

Wydaje się więc, że twierdzenie, iż sądy administracyjne w orzeczniczym modelu weryfikacyjnym nie są sądami oraz iż nie sprawują one wymiaru sprawiedliwości, jest zbyt daleko idące i nieuprawnione. Nie możemy bowiem przeczyć faktowi, że sądy administracyjne sprawują wymiar sprawiedliwości wbrew literalnemu brzmieniu art. 175 Konstytucji RP. Właśnie z tego względu należy rozróżnić ujęcie wymiaru sprawiedliwości pod względem przedmiotowym i podmiotowym.

W ujęciu podmiotowym w demokratycznym państwie prawnym wymiar sprawiedliwości zawsze musi być sprawowany przez sądy. Trybunał Konstytucyjny

63 J. Zimmermann, *Prawo do sądu…*, dz. cyt., s. 316.

64 Np. „Przyczynę sporu stanowiła **wykładnia**…" (*Wyrok NSA z dnia 12 marca 2013 r.*, II FSK 292/12, LEX nr 1305440) czy „Źródłem sporu w powołanej sprawie była **interpretacja**…" (*Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 18 czerwca 2012 r.*, I SA/Gl 522/12. LEX nr 1219902). Podkreślenia autora.

65 J. Zimmermann, *Z podstawowych zagadnień sądownictwa administracyjnego* (w:) *Sądownictwo administracyjne gwarantem wolności i praw obywatelskich 1980–2005*, Warszawa 2005, s. 494–496.

66 J. Zimmermann, *Prawo do sądu…*, dz. cyt., s. 316.

67 J.S. Langrod, *Problemy…*, dz. cyt., s. 28. Zob. również M. Wiącek (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP…*, dz. cyt., s. 1091. Należy zwrócić tutaj uwagę, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) uznaje rozstrzyganie sporu jako jedną z cech sądu na potrzeby umocowania do zadania pytania prejudycjalnego (zob. A. Wyrozumska, *Instytucje i prawo Unii Europejskiej…*, dz. cyt., s. 418 oraz orzeczenia TSUE: *Wyrok TS z dnia 30 czerwca 1966 r.*, 61/65, *Vassen*, LEX nr 139637; *Wyrok TS z dnia 27 kwietnia 2006 r.*, C-96/04, *Standesamt Stadt Niebüll,* ZOTSiS 2006/4/I-3561 oraz *Wyrok TS z dnia 16 grudnia 2008 r.*, C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, ZOTSiS 2008/12A-/I-9641). TSUE w innych orzeczeniach zastrzegł jednak, że pojęcie sądu krajowego jest autonomicznym pojęciem prawa unijnego, więc rodzime rozumienie sądu nie musi pokrywać się z rozumieniem sądu przez TSUE.

68 D.R. Kijowski, *Wymiar sprawiedliwości…*, dz. cyt., s. 333.

uznaje, że sądom i sędziom przyznano „szczególne uprawnienia i gwarancje, które czynią je organami najbardziej wiarygodnymi dla sprawowania wymiaru sprawiedliwości”[69]. Idąc za literalnym brzmieniem Konstytucji RP, można uznać, że sądy administracyjne podmiotowo wpisują się w zasadę sądowego wymiaru sprawiedliwości. Innymi słowy, stwierdzić należy, że sądy administracyjne są częścią wymiaru sprawiedliwości. Dalej można więc wywodzić, że podejmowane przez nie działania również należą do wymiaru sprawiedliwości.

Do innych wniosków należy dojść, zestawiając działalność sądownictwa administracyjnego z przedmiotowym ujęciem wymiaru sprawiedliwości. W takim rozumieniu jest to wyżej już wskazane rozstrzyganie konfliktów prawnych opartych na sporze[70]. W przypadku sądów administracyjnych, orzekających jedynie kasacyjnie, nie możemy mówić o wymierzaniu sprawiedliwości w tym rozumieniu[71].

5. Administracyjny wymiar sprawiedliwości a Trybunał Konstytucyjny

Wykładając przepisy ustawy zasadniczej, nie sposób nie zauważyć przy tym istotnej analogii pomiędzy mechanizmem działania sądów administracyjnych oraz Trybunału Konstytucyjnego. *De lege lata* oba te organy nie mają możliwości ingerencji w badany akt i działają jedynie kasacyjnie. W świetle powyższych rozważań należy dojść do wniosku, że postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym również nie ma za przedmiot sporu, bowiem ocenia on akt pod względem zgodności z Konstytucją, która obowiązuje obiektywnie i powszechnie, a co za tym idzie – nie podlega dyskusji. Podobne jak w przypadku postępowania przed sądami administracyjnymi, „spór” przed TK polega tylko na rozbieżności ocen, niepowiązanych prawnie ze stronami stającymi przed Trybunałem.

Trybunał Konstytucyjny i sądy administracyjne wykazują wiele podobieństw w zakresie mechaniki swojego działania. Głównymi różnicami między nimi są charakter i ranga badanego aktu.

Jedyną różnicą jest tylko ranga i charakter badanego aktu, bowiem Trybunał Konstytucyjny bada akty stanowienia prawa podjęte lub względnie uznane przez Rzeczpospolitą Polską (m.in. ustawy i umowy międzynarodowe), zaś sądy administracyjne kontrolują akty stosowania prawa (m.in. decyzje i postanowienia administracyjne) oraz podustawowe akty stanowienia prawa (m.in. akty prawa miejscowego). Mimo tak dalece idących podobieństw pomiędzy tymi organami Konstytucja RP w art. 175 nie stanowi, że Trybunał Konstytucyjny sprawuje wymiar sprawiedliwości[72]. Powód takiej regulacji nie jest do końca zrozumiały, jednak można wnioskować, że ustrojodawca, stanowiąc, że sądy administracyjne sprawują wymiar sprawiedliwości, miał na myśli przyznanie im szerszych kompetencji niźli tylko kasacyjnych względem działalności administracji publicznej.

6. Zakończenie

Podsumowując powyższe wywody, należy stwierdzić, że pod względem ustrojowym obecny stan prawny w ustawodawstwie zwykłym, a w szczególności w p.p.s.a., nie jest sprzeczny z Konstytucją RP. Ustawa zasadnicza sama bowiem sytuuje sądownictwo ad-

69 *Wyrok TK z dnia 8 grudnia 1997 r.*, K 41/97, OTK 1998/7/117.

70 *Wyrok TK z dnia 13 marca 1996 r.*, K 11/95, OTK 1996/2/9.

71 J. Zimmermann, *Prawo do sądu…*, dz. cyt., s. 311.

72 L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2012, s. 360.

ministracyjne wśród organów sprawujących wymiar sprawiedliwości, co jednak dysonuje z przedmiotowym spojrzeniem na to pojęcie. Weryfikacyjny system orzeczniczy sądownictwa administracyjnego uniemożliwia bowiem wymierzanie sprawiedliwości *sensu stricto*. Z całkowicie innym stanem prawnym mielibyśmy do czynienia w przypadku reformacyjnego modelu orzeczniczego. Wyrok sądu administracyjnego, zastępujący decyzję administracyjną i spełniający te same funkcje, kształtowałby bezpośrednio sytuację prawną jednostki i organu, a tym samym rozstrzygałby spór pomiędzy tymi podmiotami. Upodobniłoby to w znacznym stopniu sądy administracyjne w wymiarze kompetencyjnym do sądów powszechnych. Wyposażenie sądów administracyjnych w merytoryczne kompetencje orzecznicze z pewnością prowadziłoby do pełniejszej realizacji ustrojowych i materialnych zapisów konstytucyjnych. Fakt zaś sprawowania przez sądy administracyjne wymiaru sprawiedliwości byłby nie do podważenia w obu przestawionych płaszczyznach.

Bibliografia

Barcz J., Górka M., Wyrozumska A., *Instytucje i prawo Unii Europejskiej. Podręcznik dla kierunków prawa, zarządzania i administracji*, Warszawa 2015.

Bernatt M., *Konstytucyjne aspekty sądowej kontroli działalności administracji (między efektywnością a powściągliwością)*, „Państwo i Prawo" 2017, nr 1, s. 34–51.

Boć J. (red.), *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 r.*, Wrocław 1998.

Celińska-Grzegorczyk K., Hauser R., Sawczyn W., *Postępowanie administracyjne, sądowoadministracyjne i egzekucyjne*, Warszawa 2013.

Czeszejko-Sochacki Z., *O wymiarze sprawiedliwości w świetle Konstytucji, międzynarodowych standardów i praktyki*, „Państwo i Prawo" 1999, nr 9, s. 3–11.

Dauter B., *Metodyka pracy sędziego sądu administracyjnego*, Warszawa 2014.

Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2012.

Góral J. (red.), *Sądownictwo administracyjne gwarantem wolności i praw obywatelskich 1980–2005*, Warszawa 2005.

Hauser R., *Wstępne założenia nowelizacji ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi*, „Państwo i Prawo" 2013, nr 2, s. 17–32.

Hauser R., Niewiadomski Z., Wróbel A. (red.), *System prawa administracyjnego*, t. 2: *Konstytucyjne podstawy funkcjonowania administracji publicznej*, Warszawa 2012.

Hauser R., Niewiadomski Z., Wróbel A. (red.), *System prawa administracyjnego*, t. 10: *Sądowa kontrola administracji publicznej*, Warszawa 2016.

Kamiński M., *O istocie pojęcia sprawy sądowoadministracyjnej*, „Przegląd Prawa Publicznego" 2009, nr 10, s. 6–27.

Kijowski D.R., Miruć A., Suławko-Karetko A. (red.), *Kryzys prawa administracyjnego?*, t. 1: *Jakość prawa administracyjnego*, Warszawa 2012, LexOmega nr 154210.

Kmieciak Z., *Merytoryczne orzekanie przez sądy administracyjne w świetle konstytucyjnej zasady podziału władz*, „Przegląd Legislacyjny" 2015, nr 2, s. 9–22.

Kmieciak Z., *The efficiency of administrative courts (in the light of European and Polish experiences)*, „Comparative Law Review" 2013, nr 15, s. 135–150.

Kulikowska-Kulesza J.E., *Polskie postępowanie przed sądami administracyjnymi w świetle standardów ETPC w zakresie prawa do rzetelnego procesu sądowego*, Kraków–Legionowo 2016.

Langrod J.S., *Kontrola administracji*, Warszawa–Kraków 1929.

Langrod J.S., *Problemy sądownictwa administracyjnego*, Kraków 1928.

Safjan M., Bosek L. (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, t. 1: *Art. 1–86*, Warszawa 2016.

Safjan M., Bosek L. (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, t. 2: *Art. 87–243*, Warszawa 2016.

Sarnecki P. (red.), *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2014.

Skrzydło-Niżnik I. (red.), *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa profesora Józefa Filipka*, Kraków 2001.

Stelmasiak J., Niczyporuk J., Fundowicz S. (red.), *Polski model sądownictwa administracyjnego*, Lublin 2003.

Stroink F., van der Linden E., *Judicial Lawmaking and Administrative Law*, Antwerpen–Oxford 2005.

Szuster S., *Koncepcja merytorycznych kompetencji orzeczniczych sądów administracyjnych*, rozprawa doktorska obroniona na WPiA UJ, Kraków 2009, niepubl.

Trybka W., *Orzekanie merytoryczne sądów administracyjnych*, „Studenckie Prace Prawnicze, Administratywistyczne i Ekonomiczne" 2014, nr 16, s. 169–179.

Woś T. (red.), *Postępowanie sądowoadministracyjne*, Warszawa 2015.

Zieliński A., *Prawo do sądu a struktura sądownictwa*, „Państwo i Prawo" 2003, nr 4, s. 20–31.

Zimmermann J., *Aksjomaty prawa administracyjnego*, Warszawa 2013.

Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2016.

Zimmermann J., *Prawo do sądu w prawie administracyjnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2006, nr 2, s. 307–321.

Druki i akty urzędowe

Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy Rec. (2004)20 z dnia 15 grudnia 2004 r. o sądowej kontroli aktów administracyjnych.

Szmulik B., *Opinia do projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi*, Warszawa, 14 listopada 2013 r., druk nr 1633.

Szydło M., *Opinia prawna na temat projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi*, Warszawa, 21 października 2013 r., druk nr 1633.

Orzecznictwo Trybunał Konstytucyjny

Orzeczenie TK z dnia 7 stycznia 1992 r., K 8/91, OTK 1992/1/5.

Orzeczenie TK z dnia 13 marca 1996 r., K 11/95, OTK 1996/2/9.

Wyrok TK z dnia 8 grudnia 1997 r., K 41/97, OTK 1998/7/117.

Wyrok TK z dnia 9 czerwca 1998 r., K 28/97, OTK 1998/4/50.

Wyrok TK z dnia 10 lipca 2000 r., SK 12/99, OTK 2000/5/143.

Wyrok TK z dnia 19 lutego 2003 r., P 11/02, OTK-A 2003/2/12.

Wyrok TK z dnia 24 lutego 2003 r., K 28/02, OTK-A 2003/2/13.

Wyrok TK z dnia 18 maja 2004 r., SK 38/03, OTK-A 2004/5/45.

Wyrok TK z dnia 15 czerwca 2004 r., SK 43/03, OTK-A 2004/6/58.

Wyrok TK z dnia 20 września 2006 r., SK 63/05, OTK-A 2006/8/108.

Wyrok TK z dnia 18 grudnia 2007 r., SK 54/05, OTK-A 2007/11/158.

Wyrok TK z dnia 27 maja 2008 r., P 59/07, OTK-A 2008/4/64.

Wyrok TK z dnia 3 lipca 2008 r., K 38/07, OTK-A 2008/6/102.

Wyrok TK z dnia 16 grudnia 2008 r., P 68/07, OTK-A 2008/10/180.

Postanowienie TK z dnia 11 sierpnia 2010 r., Ts 309/09, OTK-B 2011/1/72.

Wyrok TK z dnia 4 listopada 2010 r., K 19/06, OTK-A 2010/9/96.

Wyrok TK z dnia 11 maja 2011 r., SK 11/09, OTK-A 2011/4/32.

Wyrok TK z dnia 18 lipca 2011 r., SK 10/10, OTK-A 2011/6/58.

Wyrok TK z dnia 18 lipca 2012 r., K 14/12, OTK-A 2012/7/82.

Europejski Trybunał Praw Człowieka

Wyrok ETPC z dnia 19 marca 1997 r., 18357/91, *Hornsby v. Grecja*, www.echr.coe.int.

Wyrok ETPC z dnia 4 października 2001 r., 33776/96, *Potocka i inni v. Polska*, LEX nr 48937.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Europejski Trybunał Sprawiedliwości)

Wyrok TS z dnia 30 czerwca 1966 r., 61/65, *Vassen*, LEX nr 139637.

Wyrok TS z dnia 27 kwietnia 2006 r., C-96/04, *Standesamt Stadt Niebüll*, ZOTSiS 2006/4/I-3561.

Wyrok TS z dnia 16 grudnia 2008 r., C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, ZOTSiS 2008/12A-/I-9641.

Sądy Administracyjne oraz Sąd Najwyższy

Postanowienie SN z dnia 19 lipca 2006 r., I CSK 112/06, LEX nr 1101698.

Wyrok NSA z dnia 25 maja 2011 r., I OSK 1221/10, Lex nr 1080900.

Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 18 czerwca 2012 r., I SA/Gl 522/12, LEX nr 1219902.

Wyrok NSA z dnia 12 marca 2013 r., II FSK 292/12, LEX nr 1305440.