

**EUROPEJSKI PRZEGLĄD
PRAWA I STOSUNKÓW
MIĘDZYNARODOWYCH
nr 1-2/2023/65-66**

**Kwartalnik
Ukazuje się od 2004 roku**

ISSN-2081-0903

WYDAWCA

**Europejska Wyższa Szkoła
Prawa i Administracji
w Warszawie, ul. Okopowa 59**

KOLEGIUM REDAKCYJNE

prof. Jerzy J. Wiatr
– redaktor naczelny

Tadeusz T. Nowacki
– sekretarz redakcji

Daria Pajak
– zastępca sekretarza redakcji

Małgorzata Głuszczyk-Draczk
– redaktor graficzny

RADA PROGRAMOWA

prof. Tomasz Szanciło
– przewodniczący

prof. Roman Wieruszewski
– wiceprzewodniczący

prof. Barbara Bajor, prof. Anton
Bebler, dr Anna Gwiazda,
prof. Artur Kotowski, prof. Michał
Kowalski, prof. Roman Kuźniar,
prof. Krzysztof Pałeczki,
prof. Jacek Sobczak

ADRES

01-043 Warszawa
ul. Okopowa 59
tel. +48 22 18 24 942

eppism.ewspa.edu.pl

Redakcja nie zwraca niezamówionych
tekstów, a także nie odpowiada za treść
ogłoszeń.

PRENUMERATA

Informacji udziela dziekan
Europejskiej Wyższej Szkoły
Prawa i Administracji.

Od Redakcji

Przedstawiamy, z pewnym opóźnieniem wyni-
kającym z nadmiaru bardzo dobrych tekstów
nam nadesłanych, podwójny numer kwartalnika.
Czytelnicy znajdą w nim, zgodnie z linią re-
dakcyjną pisma, interesujące teksty poruszające
szereg ważnych problemów prawa europejskiego.
W tym obszarze tematycznym znajdują się ar-
tykuły autorstwa: W. Gontarskiego – problem
tymczasowego aresztowania w prawie UE, J. Sob-
czaka i M. Gołdy-Sobczak – prezentacja działal-
ności Komitetu ds. Bezpieczeństwa Zdrowia UE,
P. Kuznieruka i A. Zemke-Góreckiej – kontynu-
acja artykułu omawiającego regulacje sztucznej
inteligencji w prawie UE, a także I. Kredzińskiej
– o transferze danych osobowych z UE do Stanów
Zjednoczonych.

Kilka tekstów poświęconych jest problematyce
prawa rodzinnego – kwestii testamentów, uzna-
nia ojcostwa oraz małżeństw osób tej samej płci na
tle doświadczeń hiszpańskich. W numerze publi-
kujemy też teksty dotyczące analizy problematyki
narkomanii w Polsce, edukacji o bezpieczeństwie
w dobie społeczeństwa cyfrowego oraz stosowa-
nia części zamiennych przy ustalaniu odszkodo-
wania przez ubezpieczyciela.

Dział *Z życia uczelni* przynosi m.in. sprawozdania
z odbywających się ostatnio konferencji nauko-
wych.

Warto ponadto odnotować recenzje ważnych
publikacji, w szczególności dwugłos o książce
J. Wiatra i P. Kozłowskiego – „O socjologii w Polsce
Ludowej rozmów jedenaście”.

Prof. zw. dr hab. Roman Wieruszewski,
prorektor ds. naukowych EWSPA

**EUROPEAN LAW
& INTERNATIONAL
RELATIONS REVIEW**
No. 1-2/2023/65-66

**Academic quarterly
Published since 2004**

ISSN-2081-0903

PUBLISHER

**European University of Law
and Administration in Warsaw,
59 Okopowa St.**

EDITORIAL BOARD

Prof. Jerzy J. Wiatr
– editor-in-chief

Tadeusz T. Nowacki
– editorial secretary

Daria Pajek
– deputy editorial secretary

Małgorzata Głuszczak-Draczuk
– graphic editor

PROGRAM BOARD

Prof. Tomasz Szanciło
– chairman

Prof. Roman Wieruszewski
– vice-chairman

Prof. Barbara Bajor, Prof. Anton
Bebler, Dr Anna Gwiazda,
Prof. Artur Kotowski, Prof. Michał
Kowalski, Prof. Roman Kuźniar,
Prof. Krzysztof Pafecki,
Prof. Jacek Sobczak

ADDRESS

01-043 Warsaw
59 Okopowa St.
tel. +48 22 18 24 942

eppism.ewspa.edu.pl

The editors do not return unsolicited
texts, and is not responsible
for the content of advertisements.

SUBSCRIPTION

Information can be obtained
from the dean of EULA.

From the Editorial Team

We present, with some delay due to the abundance of very good texts sent to us, the double issue of the quarterly. Readers will find in it, in accordance with the editorial line of the journal, interesting texts addressing a number of important problems of European law. This thematic area includes articles by: W. Gontarski – the problem of pre-trial detention in EU law, J. Sobczak and M. Gołda-Sobczak – presentation of the activities of the EU Health Security Committee, P. Kusznierek and A. Zemke-Górecka – continuation of the article discussing the regulation of artificial intelligence in EU law, as well as I. Kredzińska – on the transfer of personal data from the EU to the United States.

Several texts are devoted to the problems of family law – the issue of wills, recognition of paternity and same-sex marriage against the background of the Spanish experience. The issue also publishes texts on the analysis of the problem of drug addiction in Poland, safety education in the era of the digital society, and the use of spare parts in determining compensation by the insurer.

The section *University life* brings, among other things, reports on recently held scientific conferences.

In addition, it is worth noting reviews of important publications, in particular, a two-part review of the book by J. Wiatr and P. Kozłowski – “On Sociology in People’s Poland, Eleven Conversations.”

Prof. Roman Wieruszewski, Ph.D.,
Vice-Rector for Scientific Affairs of EULA

Spis treści / Table of contents

1-2/2023/65-66

Waldemar Gontarski, Domniemanie niewinności, <i>in dubio pro reo</i> i przesłanki przyjęcia postanowienia o tymczasowym aresztowaniu w prawie Unii Europejskiej. Część 1 [Presumption of Innocence, <i>in Dubio pro Reo</i> and Conditions for Adopting a Decision to Remand in Custody Under the European Union Law. Part 1]	6
Jacek Sobczak, Maria Gołda-Sobczak, Komitet ds. Bezpieczeństwa Zdrowia jako unijny organ planowania zapobiegania poważnym transgranicznym zagrożeniom zdrowia w państwach Unii Europejskiej [Health Security Committee as EU Planning Body for Prevention of Serious Cross-Border Health Threats in European Union Countries]	32
Ignacio Ara Pinilla, The Vulnerabilities of Living Wills [Podatność testamentów życia na zagrożenia]	57
Mariusz Załucki, Potrzeba metamorfozy polskich przepisów o formie testamentu [Need for a Metamorphosis of Polish Provisions on the Form of a Will]	76
Magdalena Olczyk, Uznanie ojcostwa i ustalenie jego bezskuteczności przez mężczyznę świadomego od początku braku więzi biologicznej z dzieckiem. Część 2 [Recognition of Paternity and Determination of Its Ineffectiveness by a Man Aware from the Outset of the Lack of a Biological Bond with the Child. Part 2]	92
Beata Stępień-Załucka, Laura Miraut Martín, Challenges of the Polish Law Concerning Marriage and Same-Sex Relationships Against the Background of the Spanish Experience [Wyzwania polskiego prawa odnoszącego się do małżeństw i związków osób tej samej płci – na tle doświadczeń hiszpańskich]	109

Piotr Kusznierek, Agnieszka Zemke-Górecka, Aspekty i ramy prawne sztucznej inteligencji na gruncie prawa Unii Europejskiej. Część 2 [Legal Aspects and Framework for Artificial Intelligence Under European Union Law. Part 2] 129

Iwona Kredzińska, Transfer danych osobowych z Unii Europejskiej do Stanów Zjednoczonych. Wpływ decyzji Schrems II [Transfer of Personal Data from the European Union to the United States. Impact of the Schrems II Decision] 141

Emilia Grzybicka, Narkomania w Polsce – studium przypadku [Drug Addiction in Poland: case study] 168

Urszula Staśkiewicz, Leszek Kołtun, Grzegorz Kostyra, Challenges and Threats to Safety Education in the Age of Digital Society. Analysis and conclusions based on the Polish education system [Wyzwania i zagrożenia dla edukacji o bezpieczeństwie w dobie społeczeństwa cyfrowego. Wnioski z analizy polskiego systemu edukacyjnego] 208

Andrzej Michalik, Prosta spółka akcyjna jako nowa forma prawna w sektorze ekonomii społecznej. Część 2 [Simple Join Stock Company as a New Legal Form in Social Economy Sector. Part 2] 228

Mariusz Michalak, Stosowanie części zamiennych przy ustalaniu odszkodowania przez ubezpieczyciela. Część 2 [Use of Spare Parts in Determining Compensation by the Insurer. Part 2] 250

Z życia Uczelni / University life

Łukasz Mikosz, Druga Ogólnopolska Konferencja Naukowa „Ochrona praw konsumenta imprez turystycznych” [Second National Scientific Conference „Protection of Tourist Consumer Rights”] 265

Porady prawne sine pecunia na ITTF Warsaw 2023 [Legal Advice sine pecunia at ITTF Warsaw 2023] 268

Tomasz Szanciło, Notatka z konferencji naukowej [Note from the Scientific Conference] 270

Recenzje / Reviews

Stanisław Gebethner, Państwo, demokracja, konstytucja: Teksty zebrane (Jerzy J. Wiatr) 272

Krzysztof Pałecki, Uwagi na marginesie książki Jerzego Wiatra i Pawła Kozłowskiego „O socjologii w Polsce Ludowej rozmów jedenaście”, IHN PAN, Warszawa 2022	275
Mirosław Chałubiński, Uwagi o książce Jerzego J. Wiatra i Pawła Kozłowskiego „O socjologii w Polsce Ludowej rozmów jedenaście”	279
Informacje dla Autorów	282
Information for Authors	285



Waldemar Gontarski*

**Domniemanie niewinności,
in dubio pro reo i przesłanki
przyjęcia postanowienia
o tymczasowym aresztowaniu
w prawie Unii Europejskiej.
Część 1**

[Presumption of Innocence, *in Dubio pro Reo* and Conditions for Adopting a Decision to Remand in Custody Under the European Union Law. Part 1]

Abstract

This paper, comprised of three parts, analyses selected provisions of Directive 2016/343, with particular focus on (1) the presumption of innocence, (2) the principle of *in dubio pro reo* and (3) the minimum conditions for adopting a decision to remand in custody, both in terms of the rules governing examination of evidence and the extent of the statement of reasons for such a decision. Given the existing level of protection within the European Union, this paper clarifies whether the protection of fundamental rights has been improved. As regards *in dubio pro reo* – taking into account the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union preceding the adoption of the Directive which extended the application of the said principle to some administrative proceedings that can lead to sanctions, such as competition law proceedings – the answer is definitely negative. The opposite is true when it comes to the presumption of innocence. On the other hand, as regards the examination of evidence necessary to adjudicate on the lawfulness of detention on remand, the consolidation and development by the Directive in question of the standard defined already in the 1960s in the jurisprudence of the European Court of Human Rights in Strasbourg was considered. So understood conditions for adopting a decision to remand in custody, when confronted with the jurisprudence of Polish courts (including the Supreme Court) indicate that, as a rule, the Polish courts fail to implement the provisions of the Directive as interpreted by the CJEU. This causes a systemic problem related to the excessive length of detention on remand, which without the intervention of the legislator may cause inconsistencies within the legal system.

Keywords: presumption of innocence, conditions for adopting a decision to remand in custody, principle of *in dubio pro reo*.

* **Waldemar Gontarski** – dr hab. nauk prawnych, profesor uczelni, rektor EWSPA; ORCID 0000-0002-9108-4822.

Od 1 kwietnia 2018 r. zmieniły się regulacje procedury karnej w Unii Europejskiej. Tego dnia minął termin transpozycji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/343 z 9 marca 2016 r. w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym (dalej: dyrektywa 2016/343 albo dyrektywa)¹. Aktem tym zharmonizowano określone prawa podstawowe w obu fazach postępowania karnego – niezależnie od tego, czy sprawa dotyczy stosowania przepisów karnych UE, czy krajowych – w szczególności w zakresie ciężaru dowodu, także zasady *in dubio pro reo*, aczkolwiek ów akt prawny nie rozstrzyga sporu, czy zasada ta jest szczególnym wyrazem domniemania niewinności i związanej z tym prawdy formalnej, czy odnosi się do pewności poznania – związanego z kolei z prawdą materialną. Celem normatywnym jest wzmocnienie prawa do rzetelnego procesu sądowego w postępowaniu karnym przez ustanowienie wspólnych norm minimalnych. Dotyczy to w mniejszym zakresie postępowań incydentalnych, w tym przyjęcia postanowienia sądowego o tymczasowym aresztowaniu. Postępowania te są regulowane przepisami dyrektywy, ale zakres ochrony jest niższy niż w przypadku postępowania zmierzającego do wykazania winy podejrzanego lub oskarżonego, co akcentuje orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wydane na podstawie przepisów tej dyrektywy. Jednocześnie zdaniem tegoż orzecznictwa, wskazującego stosowny motyw omawianego aktu prawnego, poziom ochrony gwarantowany przez ten akt nie może być niższy od poziomu wyznaczonego przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. Z punktu widzenia praktyki orzeczniczej sądów polskich najbardziej doniosłym normatywnie zagadnieniem wydaje się niezgodność postępowań o areszt tymczasowy ze standardami europejskimi obejmującymi, w myśl omawianej dyrektywy, łącznie orzecznictwo luksemburskie i strasburskie.

¹ Dz. Urz. UE 2016 L 65, 1; zgodnie z art. 14 ust. 1 tej dyrektywy transpozycja ma być dokonana do 1 kwietnia 2018 roku. Wielka Brytania, Irlandia i Dania wyłączyły się ze stosowania dyrektywy – mówiąc najogólniej, ze względu na występowanie w systemach prawa tych państw karnej odpowiedzialności obiektywnej.

Minimalny charakter harmonizacji postanowień procesowych

Dyrektywa 2016/343, z uwagi na jej zakres określony w art. 2, znajduje zastosowanie w szczególności w sytuacji, w której sąd krajowy powinien orzec w przedmiocie zgodności z prawem postanowień incydentalnych, w tym utrzymania tymczasowego aresztowania². Według Trybunału Sprawiedliwości ze względu na to, że celem tego aktu jest ustanowienie wspólnych norm minimalnych, nie dokonano wyczerpującej harmonizacji postępowania karnego³. Nie jest to więc instrument kompletny i wyczerpujący, który miałby na celu określenie wszystkich przesłanek wydawania postanowień o tymczasowym aresztowaniu⁴. Tak wynika z art. 1 („ustanawia się wspólne normy minimalne”) oraz motywu 9 (jako cel wskazuje się wzmocnienie prawa do rzetelnego procesu sądowego w postępowaniu karnym przez ustanowienie wspólnych norm minimalnych). W myśl motywu 10 ustanowienie wspólnych norm minimalnych dotyczących ochrony praw procesowych podejrzanych i oskarżonych:

- ◆ zmierza do zwiększenia wzajemnego zaufania państw członkowskich do ich systemów wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych, przyczyniając się tym samym do ułatwienia wzajemnego uznawania orzeczeń w sprawach karnych;
- ◆ powinno umożliwić usunięcie przeszkód dla swobodnego przepływu obywateli na terytoriach państw członkowskich.

Artykuł 6 [zatytułowany „Ciężar dowodu”] jako całość, w wyniku dokonanej przez TS wykładni ścieśniającej, stosowany ma być wyłącznie w postępowaniu umożliwiającym wykazanie winy podejrzanego i oskarżonego, ale – jak wynika z kontekstu omawianego wyroku TS – na etapie sądowym postępowania karnego⁵. Potęguje to minimalny charakter ustanowionej dyrektywą standardu postępowania co do aresztu tymczasowego. Wyłącza się m.in. kwestia, czy zawarty w art. 6 ust. 2 *in fine* zwrot („także w sytuacji [,] gdy sąd dokonuje oceny, czy uniewinnić daną osobę”) sprawia, iż zasada *in dubio pro reo*, ustanowiona w art. 6 ust. 2 *in pr.* („państwa członkowskie

² Wyrok TS z 28 listopada 2019 r., DK, C653/19 PPU, EU:C:2019:1024, pkt 26 i 27 oraz przytoczone tam orzecznictwo.

³ Wyrok TS z 19 maja 2022 r., IR, C569/20, EU:C:2022:401, pkt 43 i przytoczone tam orzecznictwo.

⁴ Wyrok TS z 28 listopada 2019 r., DK, C653/19 PPU, pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo.

⁵ Wyrok TS z 28 listopada 2019 r., DK, C653/19 PPU, pkt 32 i nn.

zapewniają, aby wszelkie wątpliwości co do winy rozstrzygano na korzyść podejrzanego lub oskarżonego”), stosowana jest tylko wtedy, gdy wydawane są „orzeczenia w przedmiocie winy” i „niewinności podejrzanego lub oskarżonego” (zwroty zawarte m.in. w art. 8 ust. 2). Wreszcie: co oznaczają tutaj słowa „także” oraz „podejrzany”, które pomija TS⁶?

Wyeliminowanie przynajmniej bezpośredniego stosowania art. 6 jako podstawy prawnej postanowienia incydentalnego potwierdzać ma wewnętrzna systematyka, a konkretnie następujące porównanie motywów 16 i 22 dokonane przez TS⁷:

- ◆ z jednej strony motyw 16 dotyczy poszanowania domniemania niewinności przez akty uregulowane w art. 4 [„Publiczne wypowiedzi o winie”], a mianowicie publiczne wypowiedzi organów i akty proceduralne przyjęte przed wykazaniem winy podejrzanego zgodnie z prawem – i Trybunał akcentuje, że motyw ten odnosi się szczególnie do reżimu prawnego mającego zastosowanie do wstępnych decyzji o charakterze procesowym;
- ◆ z drugiej strony motyw 22, traktując o rozkładzie ciężaru dowodu uregulowanego w art. 6, nie odnosi się do takich decyzji, lecz jest związany wyłącznie z postępowaniem umożliwiającym ustalenie „winy podejrzanego i oskarżonego”, a w konsekwencji art. 6 nie ma zastosowania przy przyjmowaniu orzeczenia procesowego i w związku z tym rozkład ciężaru dowodu w ramach tej procedury regulowany jest prawem krajowym⁸ – i jedynie art. 6 ust. 1 dyrektywy stoi na przeszkodzie, jak wynika z motywu 22 tej dyrektywy, przeniesieniu wspomnianego ciężaru z oskarżyciela na obronę⁹.

Argumentacja TS odnosząca się do zakresu stosowania art. 6 nie wydaje się przekonywająca, jeśli rezultat wykładni ma odzwierciedlać wolę prawodawcy. Trybunał pomija to, że w motywie 16 i art. 4 wskazano również „czynności oskarżyciela, które zmierzają do wykazania winy podejrzanego lub oskarżonego” (a motyw 16 jako egemplifikację podaje takie czynności, „jak akt oskarżenia”), co pokrywa się merytorycznie z zakresem motywu 22 w interpretacji zawartej w powyżej wskazanej jednostce redakcyjnej

⁶ Wyrok TS z 28 listopada 2019 r., DK, C653/19 PPU, pkt 33: „Zawarte w art. 6 ust. 1 i 2 dyrektywy 2016/343 odniesienie do wykazania ‘winy’ należy zatem rozumieć jako skutkujące tym, że przepis ten ma za przedmiot regulację rozkładu ciężaru dowodu jedynie w ramach przyjęcia orzeczeń sądowych dotyczących winy”.

⁷ Wyrok TS z 28 listopada 2019 r., DK, C653/19 PPU, pkt 34.

⁸ Wyrok TS z 28 listopada 2019 r., DK, C653/19 PPU, pkt 38.

⁹ Wyrok TS z 8 grudnia 2022 r., HYA, C348/21, EU:C:2022:965, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo.

wyroku TS („winy podejrzanych i oskarżonych”). Niezrozumiałe jest więc przeciwstawianie obu tych motywów i stosowanie do postępowania incydentalnego motywu 16 i art. 4, z wyeliminowaniem bezpośredniego stosowania motywu 22 – i w konsekwencji art. 6.

W orzecznictwie luksemburskim w odniesieniu do krajowego postępowania incydentalnego, chronologicznie rzecz biorąc, najpierw stosowana jest konstrukcja normatywna:

- ◆ „art. 4 i 6 dyrektywy w związku z motywem 16 tej dyrektywy” (postanowienie)¹⁰;
- ◆ następnie (w wyroku) TS – akcentując, że zachowuje ten pogląd – stosuje art. 4 w kontekście art. 6 („O ile bowiem [...] Trybunał wspominał art. 6 dyrektywy 2016/343, o tyle [...] [z tego] wynika, że w ten sposób Trybunał zamierzał jedynie przedstawić kontekst związany z art. 4 tej dyrektywy”¹¹) – oznacza to swoiste stosowanie przepisu prawa w kontekście, tzn. ani nie bezpośrednio, ani nawet w zw. z art. 6; Trybunał przemilcza przy tym, że w sentencji tego postanowienia (oraz w pkt 60) art. 6, obok art. 4, stosował bezpośrednio.

Słowem, odnotowujemy *novum* wykładnicze w postaci kontekstualnego stosowania przepisu prawa, i to na gruncie *ultima ratio*. Wszak do tej kategorii kwalifikuje się postanowienia o tymczasowym aresztowaniu.

Inna rzecz, że z niezrozumiałych względów we wspomnianym wyroku TS, dotyczącym w gruncie rzeczy grożącej surowej kary jako przesłanki samoistnej przedłużenia aresztowania tymczasowego¹², Trybunał poprzez motyw 48 dyrektywy nie sięgnął do bogatego w tym względzie orzecznictwa strasburskiego, chociaż był zachęcany przez sąd odsyłający za pomocą następującej argumentacji:

- ◆ chodziło o zgodność z prawem Unii ustanowienia w prawie krajowym „domniemania na rzecz zgodności z prawem utrzymania aresztowania osoby oskarżonej”¹³;
- ◆ w sytuacji gdy – według tegoż sądu odsyłającego – z art. 6, stanowiącego odpowiednik art. 5 Konwencji¹⁴, wynikać ma niedopuszczalność ustanowienia domniemania na rzecz zgodności z prawem utrzymania

¹⁰ Postanowienie TS z 12 grudnia 2019 r., RH, C8/19 PPU, EU:C:2019:110, pkt 60; sentencja pkt 2.

¹¹ Wyrok TS z 28 listopada 2019 r., DK, C653/19 PPU, pkt 39.

¹² Wyrok TS z 28 listopada 2019 r., DK, C653/19 PPU, pkt 12 i nn.

¹³ Wyrok TS z 28 listopada 2019 r., DK, C653/19 PPU, pkt 17.

¹⁴ Europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (EKPC), Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284 ze zm.

nia aresztowania osoby oskarżonej, co na gruncie art. 5 Konwencji rozstrzygnął ETPC, jak przypomniał sąd odsyłający, w szczególności w wyroku z 27 sierpnia 2019 r., Magnitskiy i in. v. Rosja, skarga nr 32631/09¹⁵.

W sprawie Magnitskiy orzeczono jednogłośnie (§ 223 zd. drugie; sentencja, pkt 5) o naruszeniu m.in. art. 5 ust. 3 Konwencji, ponieważ:

- ◆ zastosowano aresztowanie trwające prawie dwanaście miesięcy (§ 213 zd. drugie);
- ◆ mając na uwadze ten znaczny okres pozbawienia wolności, w świetle stosowanego w utrwalonym orzecznictwie strasburskim samoistnego domniemania przemawiającego za uwolnieniem („the presumption in favour of release”; w części orzeczeń ETPC wyprowadza to domniemanie z wolności osobistej i domniemania niewinności ujmowanych łącznie¹⁶) – a nie za utrzymaniem aresztowania – Trybunał stwierdza, że władze rosyjskie były zobowiązane do przedstawienia doniosłych powodów („weighty reasons”) przetrzymywania w areszcie (§ 214 i przytoczone tam orzecznictwo);
- ◆ ETPC ponownie podkreśla (nawiązując do swojego orzecznictwa), że powaga zarzutów (i związana z tym surowość grożącej kary) nie może sama w sobie uzasadniać długich okresów pozbawienia wolności (§ 216 zd. drugie i przytoczone tam orzecznictwo);
- ◆ jak przypomina ETPC, jeśli chodzi o istnienie przesłanek szczególnych tymczasowego aresztowania w postaci możliwości ucieczki, ingerowania w wymiar sprawiedliwości poprzez wywieranie presji na świadków lub ponownego popełnienia przestępstwa, to „takich zagrożeń nie można oceniać wyłącznie na podstawie surowości grożącej kary. Zagrożenia te należy ocenić w odniesieniu do wielu innych istotnych czynników [konkretnego materiału dowodowego], które mogą albo potwierdzić ich istnienie, albo sprawić, że będą wydawały się tak niewielkie, że nie mogą uzasadniać tymczasowego aresztowania” (§ 218 i przytoczone tam orzecznictwo w zw. z § 217);

¹⁵ Wyrok TS z 28 listopada 2019 r., DK, C653/19 PPU, pkt 17.

¹⁶ Orzeczenia analizowane w części drugiej niniejszej publikacji, np. wyrok ETPC z 24 marca 2015 r., Stettner v. Polska, skarga nr 38510/06, § 72 i przytoczone tam orzecznictwo; por. B. Elberling [w:] EMRK. Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Kommentar, red. U. Karpenstein, F.C. Mayer, wyd. 3, München 2022, beck-online, komentarz do art. 5, nr boczny 122 (i przytoczone tam orzecznictwo): „Ze względu na doniosłą wartość wolności osobistej i domniemania niewinności wolność musi być regułą, a pozbawienie wolności wyjątkiem”.

- ◆ zdaniem ETPC twierdzenia władz krajowych, jakoby oskarżony mógł zbiec lub ingerować w wymiar sprawiedliwości, opierały się głównie na informacjach głoszących, że przed aresztowaniem przygotowywał się do opuszczenia Rosji i że wywierał wpływ na świadków w swojej sprawie; i chociaż Trybunał rozumie obawy władz z okresu, gdy po raz pierwszy otrzymały odpowiednie informacje, to później wstępne ryzyko ucieczki lub wpływania na świadków dezaktualizowało się wobec braku [...] uprawdopodobniającego materiału dowodowego, a przedstawiony wcześniej stawał się „nieuchronnie coraz mniej istotny” (kwestii owej dezaktualizacji nie dostrzegają polskie sądy powszechne¹⁷), jednocześnie „zezwalając na kolejne przedłużenie tymczasowego aresztowania, sądy milczały co do tego, dlaczego ryzyko to nie mogło zostać zrekompensovane żadnymi innymi środkami zapewniającymi jego [oskarżonego] stawiennictwo na rozprawie” (§ 219 i przytoczone tam orzecznictwo);
- ◆ sądy krajowe orzekające o przedłużeniu tymczasowego aresztowania powinny brać pod uwagę inne istotne okoliczności [„other pertinent factors”], „takie jak zaawansowanie postępowania przygotowawczego lub postępowania sądowego, osobowość aresztowanego, jego zachowanie po aresztowaniu [„his behaviour after the arrest”] oraz wszelkie inne szczególne przesłanki uzasadniające obawę, że może on nadużyć odzyskanej wolności poprzez dokonywanie czynów mających na celu fałszowanie lub niszczenie dowodów bądź manipulowanie świadkami” (§ 220 i przytoczone tam orzecznictwo); argumentację przeciwną,

¹⁷ Na przykład postanowienie SA w Katowicach z 27 czerwca 2023 r., II AKz 686/23, niepublikowane (areszt stosowany od 7 listopada 2016 r.): „W pełni prawidłowo Sąd Okręgowy odwołał się do zachowania oskarżonego w okresie pomiędzy inkryminowanym zdarzeniem a zatrzymaniem oskarżonego, które w wystarczający sposób uzasadnia przyjęcie, że może on uciec i ukrywać się przed organami ścigania. [...]. Przesłanki uzasadniające dalsze stosowanie wobec oskarżonego tymczasowego aresztowania, mimo że trwa ono już przeszło 5 lat, pozostają aktualne, a decyzja o jego przedłużeniu, oparta zresztą nie tylko na grożącej oskarżonemu surowej karze, ale także konkretnych okolicznościach wskazujących, że obawa destabilizacji toku postępowania nadal jest realna, stanowi realizację standardów i gwarancji konwencyjnych” – te tezy uzasadniono za pomocą konkretnych okoliczności faktycznych polegających na tym, że jedynie ze względu na „znaczny stopień ich nasilenia i zagrożenie dla prawidłowego przebiegu postępowania na jego początkowym etapie”, z uwzględnieniem następujących okoliczności abstrakcyjnych (co jest niedopuszczalne w świetle orzecznictwa ETPC, por. orzecznictwo przytoczone np. w przyp. 73 niniejszej publikacji – wyrok ETPC z 4 maja 2006 r., *Celejewski v. Polska*, skarga nr 17584/04, § 30 zd. pierwsze): „[...] jednocześnie zasady ultima ratio stosowania środków zapobiegawczych o charakterze izolacyjnym uzasadniają twierdzenie, że tylko środek zapobiegawczy w postaci tymczasowego aresztowania w sposób prawidłowy zabezpieczy przebieg postępowania jurysdykcyjnego, zaś środki wolnościowe, wobec ich oczywiście mniejszej efektywności, nie spełniłyby swojego celu określonego w art. 249 § 1 k.p.k.”.

tn. abstrahującą od „his behaviour after the arrest”, przedstawiają polskie sądy powszechne¹⁸;

- ◆ „Trybunał przywiązuje szczególną wagę do faktu, że władze krajowe odwróciły domniemanie na rzecz uwolnienia [„authorities inverted the presumption in favour of release”], stwierdzając, że wobec braku nowych okoliczności środek zapobiegawczy powinien pozostać niezmieniony”, czyli sądy krajowe, „obalając zasadę zawartą w art. 5 Konwencji, który to przepis czyni pozbawienie wolności wyjątkowym odstępstwem od prawa do wolności i dopuszczalnym tylko w wyczerpująco wyliczonych, ściśle określonych przypadkach, przerzuciły ciężar dowodu na pana Magnitskiego będącego osobą zatrzymaną”, chociaż „praktyka ta była już krytykowana przez Trybunał w szeregu wyroków (zob. wyroki: z 24 marca 2016 r., Zherebin v. Rosja, skarga nr 51445/08 [...], § 60; z 19 grudnia 2013 r., Pastukhov i Yelagin v. Rosja, skarga nr 55299/07, § 49; z 26 lipca 2001 r., Ilijkov v. Bułgaria, skarga nr 33977/96, § 84 i 85; z 7 kwietnia 2005 r., Rokhlina v. Rosja, skarga nr 54071/00, § 67) – § 222;
- ◆ „w świetle powyższego Trybunał uważa, że władze przedłużyły areszt [...] z przyczyn [w szczególności chodzi o konkretny materiał dowodowy], których nie można uznać za ‘wystarczające’ [‘sufficient’; jest to analizowana poniżej koncepcja dowodów wystarczających] do uzasadnienia czasu jego trwania” (§ 223)¹⁹.

¹⁸ Na przykład postanowienie SA w Katowicach z 6 czerwca 2023 r., II AKz 645/23, niepublikowane: „Natomiast okoliczność, że [...] [oskarżony] nie podjął skutecznych działań zakłócających prawidłowy tok postępowania, w obliczu dotychczas stosowanego środka zapobiegawczego świadczy raczej o skuteczności tymczasowego aresztowania, aniżeli o jego zbędności”; jeszcze dalej idące abstrahowanie od zachowania się podejrzanego/oskarżonego po aresztowaniu przedstawia następująca argumentacja: „Rację ma Sąd Okręgowy, że dla przyjęcia obawy matactwa nie jest konieczne, aby podejrzany podjął już konkretne zachowania utrudniające postępowanie. Aresztowania nie stosuje się za to, że podejrzany wcześniej postępowanie utrudniał, ale stosuje się je dlatego, aby podejrzany nie miał szansy podjąć takich zachowań, to jest aby takim jego zachowaniem zapobiec” – postanowienie SA w Krakowie z 29 grudnia 2015 roku, II Aka 479/15, LEX nr 2139377; postanowienie SA we Wrocławiu z 7 marca 2023 r., II AKz 117/23, niepublikowane: „[...] z uwagi na to, że wskazana w art. 258 § 2 k.p.k. okoliczność ma charakter domniemania prawnego, nie jest konieczne dowodowe wykazywanie, czy podejrzany podejmował już w przeszłości konkretne działania w tym kierunku (postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 5 stycznia 2012 r., sygn. akt II AKz 12/12). Aresztowania w tym wypadku nie stosuje się bowiem dlatego, że oskarżony wcześniej postępowanie utrudniał, ale stosuje się je z tej przyczyny, aby nie miał on szansy podjąć takich zachowań, tj. aby takim jego zachowaniem zapobiec”.

¹⁹ Wyrok ETPC z 27 sierpnia 2019 r., Magnitskiy i in. p. Rosji, § 223: „W świetle powyższego Trybunał uznaje, że władze przedłużyły areszt pierwszego skarżącego z powodów, których nie można uznać za «wystarczające» do uzasadnienia czasu jego trwania. W związku z tym doszło do naruszenia artykułu 5 ust. 3 Konwencji. W tych okolicznościach nie jest konieczne, aby Trybunał badał, czy władze krajowe działały ze «szczególną starannością»”.

Dodajmy, że generalnie według orzecznictwa strasburskiego podejrzenie, że dana osoba popełniła przedmiotowe przestępstwo, połączone z udokumentowanymi próbami ucieczki „mogły wstępnie wystarczyć do usprawiedliwienia aresztowania. Jednakże wraz z upływem czasu podstawy te w sposób nieunikniony stały się mniej istotne”²⁰. To samo dotyczy zmywy, tzn. „[c]o do zasady ryzyko zmywy może uzasadniać pozbawienie wolności tylko na początku śledztwa”²¹.

W myśl motywu 48 zd. drugie poziom ochrony gwarantowany przez ten akt nie może być niższy od poziomu wyznaczonego przez ETPC, co akcentuje orzecznictwo luksemburskie²². Trybunał w Luksemburgu zwraca uwagę na obowiązek dokonania wykładni przepisów dyrektywy poprzez każdorazowe sięganie za pośrednictwem jej motywu 48 po orzecznictwo strasburskie w przypadku braku w dyrektywie szczegółowych przesłanek; w szczególności należy „oprzeć się” na orzecznictwie Trybunału w Strasburgu „w celu dokonania wykładni art. 4 ust. 1 dyrektywy”²³.

Na gruncie dyrektywy przy braku pełnej harmonizacji przesłanek, na podstawie których może być orzeczony środek w postaci tymczasowego aresztowania²⁴, wyłaniają się minimalne, ale jednak stosunkowo szczegółowe „przesłanki przyjęcia postanowienia o tymczasowym aresztowaniu” (harmonizacja minimalna), obejmujące:

- ◆ „poszukiwanie” (ang. „seek”) przez sąd z urzędu dowodów²⁵ – w znaczeniu obowiązku „poszukiwania” wynikającego z art. 6 ust. 1 zdanie drugie dyrektywy oraz motywu 23, a także motywu 22 („z zastrzeżeniem uprawnień sądu do działania z urzędu w zakresie ustalania faktów”) – interpretowanego przez doktrynę jako gromadzenie dowodów („gather”²⁶) – w każdym razie mowa jest o poszukiwaniu nowych dowodów, a nie o gromadzeniu dowodów zaoferowanych przez strony; takiego obowiązku sądu w postępowaniach incydentalnych brakuje na gruncie procedury polskiej;

²⁰ Wyrok ETPC z 26 października 2000 r., Kudła v. Polska, skarga nr 30210/96, § 114 w szczególności w zw. z § 115; por. B. Elberling [w:] EMRK. Konvention..., op. cit., komentarz do art. 5, nr boczny 118 i przytoczone tam orzecznictwo.

²¹ B. Elberling [w:] EMRK. Konvention..., komentarz do art. 5, nr boczny 119 i przytoczone tam orzecznictwo.

²² Wyrok TS z 5 września 2019 r., C377/18, AH i in. (domniemanie niewinności), EU:C:2019:670, pkt 40.

²³ Wyrok TS z 5 września 2019 r., C377/18, AH i in., pkt 42.

²⁴ Por. wyrok TS z 13 stycznia 2021 r., MM, C414/20 PPU, EU:C:2021:4, pkt 79 i przytoczone tam orzecznictwo.

²⁵ Postanowienie TS z 12 lutego 2019 r., RH, C8/19 PPU, pkt 56 i 57.

²⁶ M.L. Villamarín López, The presumption of innocence in Directive 2016/343/EU of 9 March 2016, ERA Forum 2017, 3, ss. 350 i 351.

- ◆ „zasady badania [ang. „rules governing examination”] różnych dowodów [odpowiednik terminu „badać” z art. 4 polskiego k.p.k., zawierającego zasadę obiektywizmu]”²⁷;
- ◆ „zakres uzasadnienia takiego postanowienia [odpowiednik „uwzględniać” też z art. 4 polskiego k.p.k.]”²⁸.

Trybunał w Luksemburgu za tak zarysowaną podstawę postępowania incydentalnych bierze:

- ◆ art. 4 ust. 1 dyrektywy, gdzie, jak ujmuje to TS, odróżniono 1) „orzeczenia sądowe rozstrzygające o winie, które wydawane są nieodzwrotnie po przeprowadzeniu procesu karnego”, od 2) „innych aktów proceduralnych, takich jak: 2a) czynności oskarżyciela i 2b) wstępne decyzje o charakterze procesowym”²⁹ (te ostatnie to sądowe postanowienia incydentalne, czyli wypadkowe, oparte na uprawdopodobnieniu); art. 4 ust. 1 zd. pierwsze zawiera zobowiązanie (adresowane do państw członkowskich) do podejmowania wszelkich niezbędnych środków, by do czasu udowodnienia podejrzanemu lub oskarżonemu winy zgodnie z prawem organy publiczne w swoich wypowiedziach publicznych oraz w orzeczeniach sądowych innych niż rozstrzygające o winie nie odnosiły się do takiej osoby jako do winnej³⁰; o art. 4 ust. 1 czytamy w raporcie Komisji Europejskiej, że „ten właśnie przepis stwarza największą problem” z wdrażaniem w skali całej Unii³¹;
- ◆ art. 6 w zw. z motywem 16³² opartym na koncepcji dowodów wystarczających (a nie wyłącznie materiału dowodowego sprawy jawnego dla oskarżonego oraz dla jego obrońcy – nie wiadomo wtedy, czy taki materiał dowodowy jest wystarczający³³); w zd. piątym (ostatnim) motywu 16, na wzór zasady obiektywizmu z art. 4 k.p.k. (czego nie można powiedzieć o art. 249 § 1 i art. 249a k.p.k.), wyszczególniono „materiał

²⁷ Postanowienie TS z 12 lutego 2019 r., RH, C8/19 PPU, pkt 59 i przytoczone tam orzecznictwo.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Wyrok TS z 28 listopada 2019 r., DK, C653/19 PPU, pkt 32.

³⁰ Por. wyrok TS z 28 listopada 2019 r., DK, C653/19 PPU pkt 34 oraz postanowienie TS z 12 lutego 2019 r., RH, C8/19 PPU, pkt 57.

³¹ Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady z wdrażania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/343 w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym, COM/2021/144 final, pkt 3.2.1.

³² Postanowienie TS z 12 lutego 2019 r., RH, C8/19 PPU, szczególności pkt 53 i pkt 60 oraz sentencja pkt 2.

³³ Przeciwnie rozumowanie, ale bez odniesienia do koncepcji dowodów wystarczających przedstawia B. Nita-Światłowska, Pytanie prejudycjalne w postępowaniu incydentalnym dotyczącym tymczasowego aresztowania. Glosa do postanowienia TS z 12 lutego 2019 r., postępowanie karne przeciwko R.H., C-8/19 PPU, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2020, 9, s. 25.

dowodowy obciążający podejrzanego lub oskarżonego, wystarczający [ang. „sufficient”] do uzasadnienia danej decyzji” (na co zwraca uwagę TS w kontekście aresztowania tymczasowego³⁴), który to materiał podlega sprawdzeniu przez organ postępowania (w znaczeniu „sprawdzić” z motywu 16 zd. ostatnie) – tzn. powiedzmy badaniu, czyli wyważeniu zaoferowanego przez strony materiału dowodowego; wręcz dosłownie pokrywa się to z koncepcją wystarczającego materiału dowodowego, o którym to materiale dowodowym mowa w wyroku ETPC w sprawie Magnitskiy (§ 223), gdzie też znajdujemy słowo „sufficient” użyte w analizowanym tutaj kontekście.

Złożona z trzech składników koncepcja dowodów wystarczających w postępowaniu kończącym się wydaniem przez sąd postanowienia incydentalnego polega na:

1. Jak nazywa to TS, „wyważeniu przez ten sąd przedstawionych mu dowodów obciążających i odciążających” (art. 4 i 6 w związku z motywem 16 dyrektywy)³⁵ – czyli „badaniu różnych [«obciążających i odciążających»] dowodów” (semantycznie rzecz ujmując, TS używa zwrotu „zasady badania [...] dowodów” ze względu na treść pytania prejudycjalnego)³⁶ – bowiem w art. 6 w ust. 1 zd. drugie zaakcentowano, że przepis ten stosuje się „z zastrzeżeniem obowiązków sędziego lub właściwego sądu w zakresie poszukiwania [ang. „seek”] zarówno dowodów obciążających, jak i uniewinniających”³⁷ (czyli „różnych

³⁴ Por. postanowienie TS z 12 lutego 2019 r., RH, C8/19 PPU, pkt 52.

³⁵ Postanowienie TS z 12 lutego 2019 r., RH, C8/19 PPU, pkt 57 i pkt 59 oraz pkt 49, pkt 60; sentencja pkt 2.

³⁶ Postanowienie TS z 12 lutego 2019 r., RH, C8/19 PPU, pkt 49, pkt 60 oraz sentencja pkt 2 – w zw. z pkt 57 i nn.

³⁷ Według motywu 23 zd. pierwsze dyrektywy w różnych państwach członkowskich poszukiwaniem dowodów zarówno obciążających, jak i uniewinniających zajmuje się nie tylko oskarżyciel, lecz także sędziowie i właściwe sądy – co wskazuje na poszukiwanie nowych dowodów, a nie poszukiwanie dowodów w zaoferowanym przez strony materiale dowodowym; w zd. drugim wyjaśniono, że państwa członkowskie, które nie mają systemu opartego na zasadzie kontradiktoryjności, powinny mieć możliwość utrzymania obecnego systemu, pod warunkiem że jest on zgodny z niniejszą dyrektywą i z innymi właściwymi przepisami prawa Unii i prawa międzynarodowego; chodzi tutaj o kontradiktoryjność w znaczeniu anglosaskim, gdzie sędzia jest jedynie pasywnym arbitrem, natomiast Trybunał w Strasburgu, na gruncie podstawie art. 6 ust. 1 i art. 6 ust. 3 lit. d Konwencji, kontradiktoryjność ujmuje szerzej, poprzez zasady dyspozycyjności stron i równości stron, pozostające w ścisłym połączeniu ze skargowością *sensu largo* (tj. niezawężoną do inicjowania procesu, ale odnoszącą się także do pozostałych jego etapów), co syntetycznie oddaje paremia: *audiatur et altera pars* (np. wyrok ETPC z 25 marca 1998 r., Belziuk v. Polska, skarga nr 23103/93, § 37) – szerzej W. Gontarski, *Porównanie niekontradiktoryjnego (kontynentalnego) procesu karnego z procesem kontradiktoryjnym (anglosaskim)* [w:] *System prawa karnego procesowego*, tom 2, red. P. Kruszyński, Warszawa 2014, LEX, podrozdział 1.2. Podwójne znaczenie pojęcia „kontradiktoryjność”, s. 96 i nn.

dowodów”³⁸), co akcentuje TS w kontekście postanowienia o tymczasowym aresztowaniu³⁹; art. 4 polskiego k.p.k. stanowi, iż organy „są zobowiązane badać”, co zdaje się mieć węższy zakres (możemy przyjąć, że obejmuje jedynie wszechstronne uwzględnianie zaoferowanego sądowi materiału dowodowego) od obowiązku „poszukiwania” z art. 6 w ust. 1 zd. drugie dyrektywy⁴⁰;

2. Uzasadnieniu „orzeczenia nie tylko poprzez wskazanie ustalonych okoliczności, lecz jednocześnie poprzez rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów obrońcy danej osoby” (art. 4 i 6 w związku z motywem 16 dyrektywy)⁴¹ oraz
3. Prawie obrony do przeprowadzenia dowodów zgodnie z obowiązującym prawem krajowym, czyli z akcentowaniem inicjatywy dowodowej obrony (art. 4 ust. 1 zd. drugie w kontekście art. 6 ust. 1 zd. drugie)⁴².

Jest to więc koncepcja symetryczna względem obrony i oskarżenia, będąca wyrazem zasady równości stron w postępowaniu karnym, nazywanej przez ETPC „równością broni” i stosowaną także do postępowania aresztowego⁴³. Celem tej zasady jest rozstrzygnięcie oparte na wystarczają-

³⁸ Postanowienie TS z 12 lutego 2019 r., RH, C8/19 PPU, pkt 59 i przytoczone tam orzecznictwo.

³⁹ Postanowienie TS z 12 lutego 2019 r., RH, C8/19 PPU, pkt 56.

⁴⁰ W polskim k.p.k. – nawet gdy na mocy noweli z 27 września 2013 r. (Dz.U. poz. 1247) zawężono inkwizycyjność (poszukiwanie przez sąd z urzędu nowych dowodów) do wyjątku od wyjątku i w formie uprawnienia, a nie obowiązku sądu (nowy art. 167 § 1 zd. trzecie: „W wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, sąd może dopuścić i przeprowadzić dowód z urzędu”) oraz ustanowiono przepis (art. 427 § 4; uchylony – Dz.U. z 2016 r. poz. 437), który sędziowską inicjatywę dowodową czynił w tym sensie dowolną (uprawnienie, nie obowiązek), że niezaskarżalną – to niezmiennie obowiązywał art. 4 (w myśl obecnie obowiązującego art. 167 – Dz.U. z 2016 r. poz. 437 – dowody znowu, tak jak przed wspomnianą nowelą, przeprowadza się na wniosek stron albo z urzędu); szerzej W. Gontarski, Porównanie niekontraduktoryjnego (kontynentalnego) procesu karnego z procesem kontraduktoryjnym (anglosaskim), podrozdział 5. Sędzia kontynentalny i anglosaski jako arbiter. Różnice w zadaniach procesu niekontraduktoryjnego i kontraduktoryjnego, s. 145 i nn.

⁴¹ Postanowienie TS z 12 lutego 2019 r., RH, C8/19 PPU, pkt 49, pkt 60, sentencja pkt 2.

⁴² Por. wyrok TS z 28 listopada 2019 r., DK, C653/19 PPU pkt 34 i pkt 38 oraz postanowienie TS z 12 lutego 2019 r., RH, C8/19 PPU, pkt 56.

⁴³ Wyrok ETPC z 4 maja 2006 r., Celejewski v. Polska, § 42c: „Postępowanie musi być kontraduktoryjne i musi również zapewniać ‘równość broni’ między stronami”; § 42d: „Ponadto art. 5 ust. 4 [Konwencji] wymaga, aby osoba tymczasowo aresztowana mogła uczestniczyć w postępowaniu w terminach odpowiednich do zaskarżania zgodności z prawem swojego zatrzymania”, ale art. 5 ust. 4 Konwencji nie jest naruszony np. wtedy, gdy osobie aresztowanej lub jej obrońcy nie zapewniono możliwości udziału w drugoinstancyjnym posiedzeniu sądu aresztowego, pod warunkiem „że okoliczność ta nie miała wpływu na poszanowanie zasad równości broni i postępowania kontraduktoryjnego w zakresie, w jakim żadna ze stron [oskarżenie i obrona] nie uczestniczyła ustnie w postępowaniu zażaleniovym” – wyrok ETPC z 29 listopada 2011 r., Altınok v. Turcja, skarga nr 31610/08, § 54 zd. końcowe; w tej ostatniej kwestii por. wyrok ETPC z 19 stycznia 2021 r., Okuyucu v. Turcja, skarga nr 62657/12, § 17 i przytoczone tam orzecznictwo.

cym materiale dowodowym. Odpowiada to kwestii „wszystkich istotnych okoliczności” (ang. „all the relevant circumstances”)⁴⁴.

Chociaż do postępowań o areszt tymczasowy TS wyraźnie odnosi ww. obowiązek poszukiwania dowodów przez sąd (ustanowiony w art. 6 ust. 1 zd. drugie dyrektywy), czyli dowodów nowych w stosunku do zaoferowanych przez strony, gdyż rozpatrywanych w kontekście ciężaru dowodu⁴⁵, to z natury tych postępowań (chodzi przede wszystkim o stosunkowo krótki okres oraz zastąpienie prawdy prawdopodobieństwem) wynika, że obowiązek ten należy zredukować do minimum. Można mówić co najwyżej o rozszerzonej koncepcji zasady obiektywizmu – bez tego rozszerzenia obejmującej nakaz, zgodnie z którym organy prowadzące postępowanie karne są obowiązane badać oraz uwzględniać okoliczności przemawiające zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego.

Trybunał w Luksemburgu – wskazując jako podstawę art. 3 (zatytułowany „Domniemanie niewinności”) i art. 4 dyrektywy – stwierdza, iż orzeczenie sądu mające rozstrzygnąć kwestię utrzymania tymczasowego aresztowania osoby oskarżonej dotyczy wyłącznie tego, „czy osoba ta powinna zostać uwolniona w świetle wszystkich istotnych okoliczności – bez określania, czy wspomniana osoba ponosi winę za zarzucane jej przestępstwo”⁴⁶; jak z tego wynika, TS przez orzeczenie rozumie nie tylko sentencję postanowienia o areszt tymczasowy, ale również uzasadnienie.

Przy okazji rozważań dotyczących postanowień o zastosowaniu aresztu tymczasowego TS zawęził stosowanie *in dubio pro reo* generalnie do orzeczeń sądowych – bez bliższego wyjaśnienia, w szczególności bez odniesienia się do art. 2 dyrektywy⁴⁷; w myśl tego przepisu akt ten ma zastosowanie na wszystkich etapach postępowania karnego. Trybunał czyni to w odezwaniu od regulacji prawnych. Sięgając po art. 6 poprzez motyw 22, twierdzi, iż „motyw 22, który dotyczy rozkładu ciężaru dowodu uregulowanego w art. 6 wspomnianej dyrektywy [...] jest związany [...] z postępowaniem umożliwiającym wykazanie winy podejrzanego”⁴⁸. Tymczasem z motywu 16 zd. trzecie dowiadujemy się, że obejmuje to „czynności oskarżyciela,

⁴⁴ Wyrok TS z 28 listopada 2019 r., DK, C653/19 PPU, pkt 35.

⁴⁵ W odniesieniu do takiego kontekstu vide np. A. Balsamo, *The Content of Fundamental Rights* [w:] *Handbook of European Criminal Procedure*, red. R.E. Kostoris, Cham 2018, s. 117.

⁴⁶ Wyrok TS z 28 listopada 2019 r., DK, C653/19 PPU, pkt 29, pkt 35 i pkt 36 oraz przytoczone tam orzecznictwo.

⁴⁷ Wyrok TS z 28 listopada 2019 r., DK, C653/19 PPU, pkt 33.

⁴⁸ Wyrok TS z 28 listopada 2019 r., DK, C653/19 PPU, pkt 34.

które zmierzają do wykazania winy podejrzanego lub oskarżonego, takich jak akt oskarżenia”. Z tego wynika jednak stosowanie *in dubio pro reo* w fazie postępowania przygotowawczego. Taka niespójna wewnętrznie wykładnia rodzi niepewność prawną⁴⁹.

Wykluczenie *in dubio pro reo* z postępowań incydentalnych, opartych na uprawdopodobnieniu, znajduje proste i pewne uzasadnienie logiczne, jeśli weźmiemy pod uwagę, że zasada ta jest testem negatywnym prawdy materialnej, a ta z kolei jest synonimem pewności zarezerwowanej dla postępowania sądowego – o czym szerzej w trzeciej części niniejszej publikacji. Trybunał zamiast takiego uzasadnienia przedstawił niespójną argumentację *stricte* normatywną.

Przesłanki tymczasowego aresztowania

Trybunał w Luksemburgu na podstawie przepisów dyrektywy 2016/343 określił minimalny wymóg – o charakterze weryfikacyjnym – postępowania aresztowego, oparty na koncepcji dowodów wystarczających, zapoczątkowanej w orzecznictwie strasburskim (sygnalizowanym powyżej). Czyni tak przez sformułowanie obowiązku udzielenia w postanowieniu o zastosowaniu aresztu tymczasowego odpowiedniej odpowiedzi na podniesione przez obrońcę zarzuty dotyczące materiału dowodowego i szerzej „zgodności tymczasowego aresztowania z prawem”⁵⁰, tzn. odpowiedzi udzielanej „w świetle wszystkich istotnych okoliczności”⁵¹:

- ◆ z zastosowaniem odpowiednika zasady obiektywizmu i umotywowanie orzeczenia nie tylko poprzez wskazanie ustalonych okoliczności⁵²;
- ◆ z rozstrzygnięciem w przedmiocie zarzutów obrońcy danej osoby (dotyczących zgodności tymczasowego aresztowania z prawem)⁵³ – na

⁴⁹ Pewność prawa (*principle of legal certainty*) jako wymóg składający się na *rule of law* – np. wyrok TS z 12 listopada 1981 r., *Meridionale Industria Salumi i in.*, sprawy połączone od 212/80 do 217/80, EU:C:1981:270, pkt 10 i przytoczone tam orzecznictwo; por. W. Gontarski, *Konsekwencje powołania do pełnienia urzędu sędziego w procedurze, która mogła być dotknięta wadą prawną*. Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 4 listopada 2021 r., *sygn. akt III FSK 3626/21*, „Przegląd Sejmowy”, 2022, 6, ss. 149 i 150.

⁵⁰ Postanowienie TS z 12 lutego 2019 r., RH, C8/19 PPU, pkt 21, 49, 60 i sentencja pkt 2.

⁵¹ Wyrok TS z 28 listopada 2019 r., DK, C653/19 PPU, pkt 35.

⁵² Postanowienie TS z 12 lutego 2019 r., RH, C8/19 PPU, pkt 49, pkt 60, sentencja pkt 2.

⁵³ Postanowienie TS z 12 lutego 2019 r., RH, C8/19 PPU, pkt 49, pkt 60, sentencja pkt 2.

gruncie procedury polskiej ta unijna przesłanka aresztowania tymczasowego jest eliminowana przez art. 250 § 2b k.p.k.⁵⁴;

- ◆ z obowiązkiem poszukiwania (ang. „seek”) przez sąd dowodów, co w odniesieniu do postępowań incydentalnych obce jest procedurze polskiej;
- ◆ z zagwarantowaniem obronie inicjatywy dowodowej⁵⁵.

Mówiąc najogólniej, chodzi o to, że art. 4 ujmowany w kontekście art. 6 w zw. z motywem 16 dyrektywy Trybunał interpretuje w ten sposób, że wymogi wynikające z domniemanie niewinności nakładają na właściwy sąd określony obowiązek, jeśli sąd ten bada uzasadnione podejrzenie, czy podejrzany lub oskarżony popełnił zarzucane przestępstwo, aby orzec w przedmiocie zgodności z prawem postanowienia o tymczasowym aresztowaniu. Koresponduje to z adresowanym do sądu krajowego standardem strasburskim, utrzymanym na stosunkowo dużym poziomie ogólności, wynikającym z art. 5 ust. 3 Konwencji, rekonstruowanym jako odpowiedź na pytanie, czy aresztowanie tymczasowe nie przekracza rozsądnego okresu; w przeciwnym razie naruszane jest prawo podstawowe chroniące bezpieczeństwo fizyczne jednostki, utożsamiane z „wolnością fizyczną” [„physical liberty of the person”], poprzez bezprawny i arbitralny zamach na wolność w rozumieniu utrwalonego orzecznictwa ETPC, np. wyroku z 30 listopada 2010 r., *Hajduová v. Słowacja*, skarga nr 2660/23, § 54 i przytoczonego tam orzecznictwa. Ów standard polega na tym, aby „zbadać wszystkie fakty przemawiające za [istnieniem] lub przeciw istnieniu rzeczywistego [...] interesu publicznego uzasadniającego, z należyтым uwzględnieniem zasady domniemanie niewinności, odstępstwo od zasady poszanowania wolności jednostki – i przedstawić je w swoich decyzjach”⁵⁶. Tak samo ETPC rozstrzygał orzekał w orzecznictwie wcześniejszym⁵⁷.

Daje o sobie znać pewna dychotomia, bowiem „zgodnie z art. 5 ust. 3 [Art. 5-3] występuje zarówno wymóg proceduralny, jak i materialny. Wymóg proceduralny nakłada [...] obowiązek przesłuchania danej oso-

⁵⁴ Por. B. Nita-Świątłowska, *Pytanie prejudycjalne w postępowaniu incydentalnym dotyczącym tymczasowego aresztowania*. Glosa..., op. cit., EPS, 2020, 9, s. 25 i piśmiennictwo powołane w przyp. 40.

⁵⁵ Por. wyrok TS z 28 listopada 2019 r., DK, C653/19 PPU, pkt 34 i 38 oraz postanowienie TS z 12 lutego 2019 r., RH, C8/19 PPU, pkt 56 i 57.

⁵⁶ Wyrok ETPC z 26 czerwca 1991 r., *Letellier v. Francja*, skarga nr 12369/86, § 35 i przytoczone tam orzecznictwo.

⁵⁷ Wyrok ETPC z 27 czerwca 1968 r., *Neumeister v. Austria*, skarga nr 1936/63, § 5: „Trybunał jest również zdania, że przy ustalaniu w danej sprawie, czy areszt oskarżonego przekracza rozsądny limit [czasu], do krajowych władz sądowych należy zbadanie wszystkich faktów przemawiających za [istnieniem] lub przeciw istnieniu rzeczywistego wymogu interesu publicznego uzasadniającego odejście od zasady poszanowania wolności jednostki”.

by [...]; wymóg prawnomaterialny [„substantive requirement”] nakłada [...] obowiązek weryfikacji [„reviewing”] okoliczności przemawiających za [zatrzymaniem] lub przeciw zatrzymaniu, decydowania – w oparciu o kryteria prawne – czy istnieją powody uzasadniające zatrzymanie, i zarządzenie zwolnienia, jeśli nie ma takich powodów”⁵⁸.

W ten sposób Trybunały sformułowały powyżej wzmiankowany – jak to ujmuje TS, niewchodzący w „szczegółowe zasady oceny różnych środków dowodowych i zakres uzasadnienia” będące domeną prawa krajowego⁵⁹ – dwuetapowy standard kontradyktoryjny sądowego postępowania o zastosowanie aresztu tymczasowego (jako wzmocnienie prawa do rzetelnego procesu sądowego w postępowaniu karnym) przez ustanowienie wspólnych norm minimalnych w zakresie podstawy dowodowej (materiału dowodowego) i uzasadnienia, chociaż drugi etap wynika z pierwszego: takiego postępowania o charakterze prawnomaterialnym z materiałem dowodowym, żeby nie poprzestać na weryfikacji źródeł dowodowych („badanie [«examination»] różnych dowodów”)⁶⁰ bądź wskazaniu ustalonych okoliczności⁶¹, lecz aby wskazać w postanowieniu ważenie prawdopodobieństwa dowodów obciążających i odciążających (już z logiki wynika, że ustalenie przesłanki uprawdopodobnienia popełnienia zarzucanego przestępstwa poprzedzone powinno być weryfikacją zebranego materiału dowodowego) – jest to standard obiektywny badania „uzasadnionego podejrzenia” (uzasadnione podstawy faktyczne – ang. „reasonable grounds”⁶²); dlatego odpada generalna teza Komisji Europejskiej, jakoby na podstawie art. 4 ust. 1 w zw. z motywem 16 dyrektywy TS orzekł, iż ten akt prawny „nie reguluje [...] przesłanek wydawania postanowień o zastosowaniu tymczasowego aresztowania” – KE zapomina w tym miejscu o tym, że według TS (przycaczonego przez samą KE) mamy „minimalny charakter harmonizacji zamierzonej we wspomnianej dyrektywie” w zakresie „przesłanek wydawania postanowień o tymczasowym aresztowaniu”⁶³,

⁵⁸ Wyrok ETPC z 4 grudnia 1979 r., *Schiesser v. Szwajcaria*, skarga nr 7710/76, § 31 i przytoczone tam orzecznictwo.

⁵⁹ Wyrok TS z 28 listopada 2019 r., DK, C653/19 PPU, pkt 30 i przytoczone tam orzecznictwo.

⁶⁰ Postanowienie TS z 12 lutego 2019 r., RH, C8/19 PPU, pkt 59 i przytoczone tam orzecznictwo.

⁶¹ Na przykład postanowienie TS z 12 lutego 2019 r., RH, C8/19 PPU, pkt 60; sentencja pkt 2.

⁶² Postanowienie TS z 12 lutego 2019 r., RH, C8/19 PPU, pkt 60; sentencja pkt 2: „[...] gdy właściwy sąd bada uzasadnione podejrzenie [...]”.

⁶³ Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady z wdrażania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/343 w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym, pkt 3.2.1 – na poparcie tej tezy Komisja (w przyp. 17 tego sprawozdania) wskazała wyrok TS z 19 września 2018 r., *Milev*, C-310/18 PPU,

aczkolwiek tak samo jak Komisja orzecznictwo luksemburskie referuje piśmiennictwo⁶⁴; jeśli – w następstwie zastosowania odpowiednika zasady obiektywizmu połączanego z minimalnym obowiązkiem poszukiwania przez sąd krajowy nowych dowodów – sąd ten stwierdzi, że istnieje „uzasadnione podejrzenie, iż dana osoba popełniła zarzucane jej czyny, i przyjmuje wstępne orzeczenie w tym względzie, nie jest to równoważne z przedstawieniem podejrzanego lub oskarżonego jako winnego popełnienia tych czynów w rozumieniu art. 4 dyrektywy 2016/343”⁶⁵.

Rzeczywista groźba wysokiej kary

Jedną z najbardziej kontrowersyjnych kwestii tymczasowego aresztowania w systemie polskim jest to, czy do przedłużania aresztu tymczasowego wystarczy uzasadniona minimalnymi standardami rzeczywista groźba wysokiej kary⁶⁶. Na tak sformułowane pytanie Trybunał w Luksemburgu, w przeciwieństwie do Trybunału w Strasburgu, nie udziela odpowiedzi. Dopiero według orzecznictwa strasburskiego (np. wyrok ETPC z 8 lutego 2005 r., *Panchenko v. Rosja*, skarga nr 45100/98, § 106 z powołaniem wyroku ETPC z 26 czerwca 1991 r., *Letellier v. Francja*, skarga nr 12369/86, § 43):

EU:C:2018:732; dla porównania, według wyroku TS z 28 listopada 2019 r., DK, C653/19 PPU pkt 27–30: „Dyrektywa ta ma zatem zastosowanie w sytuacji takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której sąd krajowy powinien orzec w przedmiocie zgodności z prawem utrzymania tymczasowego aresztowania osoby oskarżonej ze względu na popełnienie czynu zabronionego (zob. podobnie wyrok [...] Milev, C310/18 PPU, [...] pkt 40). Jednak należy przypomnieć, że ze względu na minimalny charakter harmonizacji zamierzonej we wspomnianej dyrektywie nie można jej interpretować jako instrumentu kompletnego i wyczerpującego, który miałby na celu określenie wszystkich przesłanek wydawania postanowień o tymczasowym aresztowaniu (wyrok [...] Milev, C310/18 PPU, [...], pkt 47; postanowienie [...] RH, C8/19 PPU, [...] pkt 59). Jest prawdą, że art. 3 i 4 tej dyrektywy wymagają, by postanowienie o utrzymaniu tymczasowego aresztowania danej osoby przyjmowane przez organ sądowy nie przedstawiało tej osoby jako winnej (zob. podobnie wyrok [...] Milev, C310/18 PPU, [...] pkt 43, 44; a także postanowienie [...] RH, C8/19 PPU, [...] pkt 51). Jednakże z orzecznictwa Trybunału wynika, że stopień przekonania, jaki powinien posiadać sąd przyjmujący takie postanowienie w odniesieniu do sprawy przestępstwa, szczegółowe zasady oceny różnych środków dowodowych i zakres uzasadnienia, jakie sąd ten powinien przedstawić w odpowiedzi na przedstawione mu argumenty, nie są regulowane dyrektywą 2016/343, lecz podlegają wyłącznie prawu krajowemu (zob. podobnie wyrok [...] Milev, C310/18 PPU [...], pkt 48)”.

⁶⁴ B. Nita-Świątłowska, *Pytanie prejudycjalne...*, op. cit., EPS, 2020, 9, s. 24: „[...] dyrektywa nie reguluje przesłanek stosowania lub przedłużania tymczasowego aresztowania” – logicznie rzecz biorąc, jeśli reguluje przesłanki minimalne, to nie można mówić, że w ogóle nie reguluje tych przesłanek.

⁶⁵ Postanowienie TS z 12 lutego 2019 r., RH, C8/19 PPU, pkt 57.

⁶⁶ Szerzej Z. Branicka [w:] *Stosowanie tymczasowego aresztowania. Analiza praktyczna*, red. P. Karlik, B. Pilitowski, Warszawa 2022, LEX, ss. 96–102 i przytoczone tam orzecznictwo.

„nie można określać ryzyka ucieczki wyłącznie na podstawie surowości przewidywanej kary” – cytat za wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego⁶⁷. W tym drugim orzeczeniu strasburskim wskazano, że (w świetle art. 5 ust. 3 Konwencji) niebezpieczeństwa ucieczki „nie można oceniać wyłącznie na podstawie surowości grożącej kary. Należy je ocenić w nawiązaniu do szeregu innych istotnych okoliczności, które potwierdzają istnienie niebezpieczeństwa ucieczki, inaczej jawi się ono tak niewielkim, że nie usprawiedliwia pozbawienia wolności w toku postępowania sądowego. [...]”⁶⁸.

Słowem, konieczna jest przesłanka w postaci innych konkretnych okoliczności faktycznych niż tylko te, które aktywizują kodeksową przesłankę ogólną tymczasowego aresztowania. We wskazanym w wyroku TK orzecznictwie strasburskim stosowana jest jednolicie teza o niesamodzielnosci przesłanki w postaci grożącej oskarżonemu surowej kary. Analogicznie we wcześniejszym orzecznictwie strasburskim, które przeciwstawia się arbitralności orzeczeń o areszcie tymczasowym argumentacją *a posteriori* i wymaga konkretnych dowodów⁶⁹.

Tak samo orzecznictwo strasburskie odnosi się do innych szczególnych przesłanek tymczasowego aresztowania. Trybunał w Strasburgu wymaga wyszczególnienia konkretnych okoliczności faktycznych, które prze-

⁶⁷ Wyrok TK z 10 lipca 2019 r., K 3/16, nr boczny 216: „Również z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka [...] wynika, że podczas stosowania tymczasowego aresztowania niezasadne może być wyłącznie odwoływanie się do bliżej nieokreślonego domniemania obawy zakłócenia prawidłowego toku postępowania z racji grożącej wysokiej kary. Obawa taka powinna znajdować potwierdzenie w zebranych w sprawie dowodach, najlepiej pochodzących z więcej niż jednego źródła. W wyroku z 8 lutego 2005 r. w sprawie Panchenko przeciwko Rosji (skarga nr 45100/98) Trybunał strasburski podkreślił, że «nie można określać ryzyka ucieczki wyłącznie na podstawie surowości przewidywanej kary; ryzyko to należy oceniać przy uwzględnieniu pewnych istotnych czynników, które mogą potwierdzić istnienie niebezpieczeństwa ucieczki lub wskazać, iż jest ono tak niskie, że nie może uzasadniać tymczasowego aresztowania». ETPC zastrzega, że waga zarzutów sama w sobie nie może stanowić uzasadnienia dla długich okresów tymczasowego aresztowania. Zdaniem Trybunału strasburskiego sąd nie powinien oceniać niebezpieczeństwa ukrywania się i ucieczki oskarżonego tylko na podstawie dolegliwości możliwego wyroku; w tym zakresie bowiem należy przede wszystkim brać pod uwagę cechy charakteru oskarżonego, jego moralność, mienie, więzi z państwem, w którym jest oskarżony, kontakty międzynarodowe itp. (por. wyrok z 24 lipca 2003 r. w sprawie Smirnova przeciwko Rosji, skarga nr 46133/99 i 48183/99; wyrok z 24 sierpnia 1998 r. w sprawie Contrada przeciwko Włochom, skarga nr 27143/95” (<https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Sprawa?dokument=18139&sprawa=16714&cid=1>).

⁶⁸ Wyrok ETPC *Letellier v. Francja*, § 43 i przytoczone tam orzecznictwo.

⁶⁹ Wyrok ETPC z 27 czerwca 1968 r., *Neumeister v. Austria*, § 10; por. wytyczne w zakresie stosowania artykułu 5. Prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Artykuł 5 Konwencji, Publikacje Rady Europy/Europejski Trybunał Praw Człowieka 2012 (www.echr.coe.int), pkt 153 („Niebezpieczeństwo ucieczki”) i nn. oraz przytoczone tam orzecznictwo; por. *Guide on Article 5. Right to liberty and security*, Council of Europe/European Court of Human Rights Publications 2022 (www.echr.coe.int), pkt 212 (“Danger of absconding”) i przytoczone tam orzecznictwo.

mawiałyby za tym, że oskarżony w warunkach wolnościowych będzie podejmował działania godzące w prawidłowy tok postępowania. Jak ujmuje to ETPC: „Ryzyko zakłócania przez oskarżonego prawidłowego toku postępowania nie może być wskazywane *in abstracto*, lecz uzasadnione w oparciu o konkretne dowody [„*factual evidence*”; dosłownie: „dowody potwierdzające fakty”, co ma sens logiczny w tych systemach, w których dowody potwierdzać mogą też stan prawny]”⁷⁰. Chodzi o „konkretne okoliczności faktyczne [„*concrete factual circumstances*”]” (tak w odniesieniu do matactwa i również jest to sprawa polska)⁷¹; tak samo w odniesieniu do matactwa w innej sprawie polskiej: „*no concrete factual circumstances*”⁷². W wyroku w jeszcze innej sprawie polskiej czytamy: „Zgodnie z orzecznictwem Trybunału kwestia, czy okres tymczasowego aresztowania był zasadny, nie może być oceniana *in abstracto*”⁷³; w polskiej wersji językowej tego orzeczenia czytamy coś przeciwnego (błędny przekład)⁷⁴.

⁷⁰ Wyrok ETPC z 4 października 2005 r., *Becciev v. Moldova*, skarga nr 9190/03, § 59 i przytoczone tam orzecznictwo.

⁷¹ Wyrok ETPC z 11 lipca 2000 r., *Trzaska v. Polska*, skarga nr 25792/94, § 65: „Odnosnie do ryzyka matactwa Trybunał uznał, że sąd nie powołał się na żadne konkretne okoliczności faktyczne, poza tym, że jeden ze współoskarżonych został zwolniony [...]”.

⁷² Wyrok ETPC z 13 września 2005 r., *Skrobol v. Polska*, skarga nr 44165/98, § 60 zd. trzecie; por. J. Skorupka, *Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 19 października 2005 r.*, II AKz 453/2005, „*Orzecznictwo Sądów Polskich*”, 2007, 2, LEX, s. 19 i nn. oraz orzecznictwo przytoczone w przyp. 7 – jednocześnie autor akcentuje: „Okoliczność, że sprawa ma rozwojowy charakter, w żadnym wypadku nie może jednak stanowić pozytywnej przesłanki zastosowania środków zapobiegawczych. Wystarczy powiedzieć, że takiej przesłanki zastosowania środków zapobiegawczych nie przewiduje ustawa procesowa”; por. J. Skorupka, *Konstytucyjny i konwencyjny standard tymczasowego aresztowania*, PiP, 2007, 7, s. 61 i orzecznictwo przytoczone w przyp. 27 – zdaniem autora, „podejrzany (oskarżony) nie może ponosić skutków złej organizacji postępowania. Zatem nawet znaczne obciążenie sprawami organu postępowania karnego, trudności kadrowe, lokalowe, finansowe, zła organizacja czy dyscyplina pracy i inne tego typu powody nie mogą pociągać za sobą niekorzystnych dla oskarżonego konsekwencji prawnych, wyrażających się m.in. w bezzasadnym przedłużaniu okresu tymczasowego aresztowania” – ss. 64 i 65 oraz orzecznictwo strasburskie i piśmiennictwo powołane w przyp. 41 i 42.

⁷³ Wyrok ETPC z 4 maja 2006 r., *Celejewski v. Polska*, § 30 zd. pierwsze: „Under the Court’s case-law, the issue of whether a period of detention is reasonable cannot be assessed *in abstracto*”; na czym polega *oppositorum* względem przesłanki abstrakcyjnej – Trybunał wyjaśnia m.in. w § 36 zd. drugie i nn.: „[...] Trybunał potwierdza, iż wysokość grożącej kary jest istotnym czynnikiem przy ocenie ryzyka ucieczki lub powtórneho popełnienia przestępstwa (*Górski przeciwko Polsce*, no. 29904/02, § 57, 4 października 2005). Trybunał również przyznaje, iż organy sądowe, mając na względzie poważny charakter oskarżeń skierowanych przeciwko skarżącemu, mogły w sposób uzasadniony uznać, iż takie ryzyko wstępnie istniało. Jednakże Trybunał po raz kolejny twierdzi, że poważny charakter zarzutów nie może sam w sobie stanowić uzasadnienia długich okresów przetrzymywania w areszcie (zob. *Ilijkov przeciwko Bułgarii*, nr 33977/96, §§ 80 i 81, 26 lipca 2001)”.

⁷⁴ Wyrok ETPC z 4 maja 2006 r., *Celejewski v. Polska*, § 30 zd. pierwsze: „Biorąc pod uwagę orzecznictwo Trybunału, kwestia, czy okres tymczasowego aresztowania był zasadny, czy nie, może być oceniana *in abstracto*”, HUDOC, Non-official Languages Polish; na tym błędnym przekładzie opierają się polskie sądy powszechne, np. postanowienie SA w Katowicach 25 lipca 2023 r., II AKp 110/23, niepubli-

Odpada abstrakcyjna argumentacja oparta na istnieniu praktycznie nieobalalnego domniemania głoszącego, iż podejrzany/oskarżony z uwagi na grożącą surową karę (jako samoistną przesłankę szczególną przedłużenia tymczasowego aresztowania, o której mowa w art. 258 § 2 k.p.k.) będzie bezprawnie utrudniał postępowanie – bez konkretnego materiału dowodowego uprawdopodobniającego owo utrudnianie; w dominującym nurcie polskiej praktyki orzeczniczej zaistnienie tego domniemania pozwala na zastosowanie tymczasowego aresztowania i nawet nie jest konieczne prognozowanie sądowego wymiaru kary⁷⁵.

W przeciwnym razie samo uzasadnione podejrzenie popełnienia odpowiedniego typu przestępstwa stanowiłoby wystarczającą podstawę stosowania lub przedłużania tymczasowego aresztowania. Stało się to jednak dominującym poglądem judykatury⁷⁶. Argumentuje się, wbrew utrwalo-

owane (inna rzecz, że przytacza się orzecznictwo strasburskie bez wskazania jednostki redakcyjnej): „W orzecznictwie strasburskim podkreślano również, że w sprawach dotyczących przestępczości zorganizowanej stosunkowo dłuższy okres tymczasowego aresztowania może być uzasadniony ze względu na szczególnie trudny charakter postępowania prowadzonego w takich sprawach przez m.in. organy prowadzące postępowanie przygotowawcze i sądy pierwszej instancji (vide: sprawa Mierzejewski przeciwko Polsce, skarga nr 15612/13; sprawa Celejewski przeciwko Polsce, skarga nr 17584/04)” – postanowienie to utrzymane zostało w mocy postanowieniem SA w Katowicach z 9 sierpnia 2023 r., II AKz 965/23, niepublikowanym, również opartym na błędnie przetłumaczonym wyroku w sprawie Celejewski – i chociaż obrońca podczas posiedzenia zażaleniowego zwracał uwagę, że autentyczną wersją językową tego wyroku jest jedynie tekst angielski zamieszczony w HUDOC, a nieoficjalna polska wersja językowa oznacza przekształcanie prawdy w nieprawdę (co do treści wyroku ETPC) i jest zastępowaniem wartości prawnej antywartością, sensu prawnego bezsenssem – to w postanowieniu tym czytamy: „Wbrew twierdzeniom skarżących [...] nie sposób uznać, by zaskarżone orzeczenie zostało wydane z obrazą art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k. Prawidłowo bowiem sąd I instancji uznał, że w odniesieniu do oskarżonego aktualna pozostaje obawa matactwa, u źródła której leży uprawdopodobnione działanie oskarżonego w zorganizowanej grupie przestępczej”.

⁷⁵ Por. J. Skorupka, *Przesłanki, organy i tryb stosowania środków zapobiegawczych* [w:] System prawa karnego procesowego, tom 9, red. T. Grzegorzczak, D. Świecki, Warszawa 2021, LEX, podrozdział „12.3.2.4. Uzasadniona obawa bezprawnego utrudniania prawidłowego toku postępowania wynikająca z realnie grożącej oskarżonemu surowej kary” i orzecznictwo przytoczone w przyp. 511.

⁷⁶ Na przykład postanowienie SN z 10 lutego 2022 r. V KZ 6/22: „[...] przepis art. 258 § 2 k.p.k. wprowadza szczególny rodzaj domniemania w zakresie istnienia obawy, że oskarżony, z uwagi na grożącą mu surową karę, będzie bezprawnie utrudniał postępowanie (por. postanowienie SN z 20 lutego 2020 r., sygn. akt I KZ 6/20). Stąd też zastosowanie tymczasowego aresztowania na tej podstawie prawnej nie wymaga dowodowego wykazywania okoliczności, które przemawiałyby za tym, że oskarżony w warunkach wolnościowych będzie podejmował działania godzące w prawidłowy tok postępowania”; postanowienie SN z 16 lutego 2021 r., V KZ 7/21: „Należy też podkreślić, że przepis art. 258 § 2 k.p.k. wprowadza szczególny rodzaj domniemania w zakresie istnienia obawy, że oskarżony, z uwagi na grożącą mu surową karę, będzie bezprawnie utrudniał postępowanie (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 20 lutego 2020 r., sygn. akt I KZ 6/20). Stąd też zastosowanie tymczasowego aresztowania na tej podstawie prawnej nie wymaga dowodowego wykazywania okoliczności, które przemawiałyby za tym, że oskarżony w warunkach wolnościowych będzie podejmował działania godzące w prawidłowy tok postępowania”.

nemu orzecznictwu strasburskiemu, *a priori* (*in abstracto*), czyli zgodnie z błędnym tłumaczeniem na j. polski ww. wyroku ETPC⁷⁷. Współczesna nauka polska odnotowuje, że dominujące w orzecznictwie i doktrynie podejście abstrakcyjne jest prostą kontynuacją doświadczenia ustroju, w którym nie było miejsca na zasadę demokratycznego państwa polskiego⁷⁸.

Jak wynika z art. 5 ust. 3 Konwencji, zakaz abstrakcyjności dowodowej ma podwójny wymiar. Poza 1) niedopuszczalnością wyprowadzania innych przesłanek szczególnych z grożącej wysokiej kary, 2) nie wystarczy, aby sąd w uzasadnieniu postanowienia odwołał się do nieskonkretyzowanego materiału dowodowego, czyli ujmowanego abstrakcyjnie, tj. poprzez odwołanie do tzw. „stanu materiału dowodowego” („the state of evidence”)⁷⁹, w szczególności poprzez odwołanie do rozwojowego charakteru sprawy albo wielowątkowości, co z kolei może wiązać się z zarzutem przestępczości zorganizowanej jako takim⁸⁰.

⁷⁷ Postanowienie SA we Wrocławiu z 7 marca 2023 r. II AKz 117/23, niepublikowane; postanowienie SA we Wrocławiu z 5 stycznia 2012 r. II AKz 12/12, LEX nr 1108801: „Zwrócić uwagę należało również, że istnieje znacząca obawa co do ewentualnego ukrycia się podejrzanego przed wymiarem sprawiedliwości – także za granicą – tym bardziej że przestępczy proceder miał charakter transgraniczny”; zamiast wskazać konkretne dowody, Sąd w następnym zdaniu wyjaśnia: „Notabene z uwagi na to, że wskazana w art. 258 § 2 k.p.k. okoliczność ma charakter domniemania prawnego, nie jest konieczne dowodowe wykazywanie, czy podejrzany podejmował już w przeszłości konkretne działania w tym kierunku (postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 5 stycznia 2012 r., sygn. akt II AKz 12/12)” – postanowienie SA we Wrocławiu w sprawie II AKz 117/23; postanowienie SA we Wrocławiu w sprawie II AKz 12/12.

⁷⁸ J. Skorupka, *Przesłanki, organy i tryb stosowania środków zapobiegawczych*, podrozdział „12.3.2.4. Uzasadniona obawa bezprawnego utrudniania prawidłowego toku postępowania wynikająca z realnie grożącej oskarżonemu surowej kary”: „Przepis art. 258 § 2 k.p.k. stanowi niezwykle uproszczoną, niewymagającą w zasadzie poważniejszej analizy, opartą na konstrukcji abstrakcyjnie ujętego ustawowego zagrożenia, formułę ustalenia szczególnej przesłanki tymczasowego aresztowania. Postrzeżenie wysokości górnej granicy ustawowego zagrożenia czy prognozy dotyczącej rozmiaru kary, jaka może zostać orzeczona w wyroku, jako samoistnej przesłanki uzasadniającej stosowanie tymczasowego aresztowania genetycznie tkwi w ustawodawstwie końca lat 40. i 50.”.

⁷⁹ Wyrok ETPC z 22 września 2005 r., *Kalay v. Turcja*, skarga nr 16779/02, § 33 i przytoczone tam orzecznictwo; wyrok ETPC z 24 maja 2005 r., *Dereci v. Turcja*, skarga nr 77845/01, § 38 zd. drugie (i przytoczone orzecznictwo): „Chociaż co do zasady zwrot ‘stan dowodów’ może stanowić istotną okoliczność przy ocenie istnienia i utrzymywania się poważnych wskazań przemawiających za winą, sam w sobie nie może uzasadniać długotrwałego tymczasowego aresztowania [...]; „the state of evidence” będzie stosowany z naruszeniem art. 5 ust. 3 Konwencji, jeśli sąd wyda postanowienie o tymczasowym aresztowaniu, biorąc pod uwagę jedynie „charakter przestępstwa, stan materiału dowodowego oraz istnienie silnego podejrzenia, że skarżący popełnił przestępstwo” – takie określenie zawiera np. wyrok ETPC z 19 stycznia 2021 r., *Okuyucu v. Turcja*, § 6; por. wytyczne w zakresie stosowania artykułu 5. Prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego, artykuł 5 Konwencji, pkt 158 i przytoczone tam orzecznictwo.

⁸⁰ Por. J. Skorupka, *Konstytucyjny i konwencyjny standard tymczasowego aresztowania*, PiP, 2007, 7, s. 62 i orzecznictwo przytoczone w przyp. 29.

Patrząc od strony pozytywnej, konieczny jest skonkretyzowany i wystarczający materiał dowodowy. Tego dowiadujemy się już jednolicie z orzecznictwa luksemburskiego i strasburskiego w kontekście spraw o zastosowanie oraz przedłużenie tymczasowego aresztowania. Jest to wymóg okoliczności (składających się na materiał dowodowy) „istotnych” i „wystarczających” („relevant” and „sufficient”) jako warunek *sine qua non* uzasadnienia pozbawienia wolności bez obalenia domniemania niewinności.

Inna rzecz, że w praktyce orzeczniczej jedną z najbardziej kontrowersyjnych kwestii tymczasowego aresztowania w systemie polskim natychmiast przestanie być odpowiedź na pytanie, czy do przedłużania aresztu tymczasowego wystarczy materiał dowodowy uprawdopodobniający rzeczywistą groźbę wysokiej kary – jeśli sądy polskie, uwzględniając art. 91 ust. 2 Konstytucji RP oraz motyw 48 dyrektywy 2016/343 w zw. z art. 91 ust. 3 Konstytucji RP, poważnie potraktują art. 5 ust. 3 Konwencji, wbrew standardom rosyjskim, w wykładni dokonanej przez ETPC chociażby w sprawie Magnitskiy i in. p. Rosji, § 214 i nn. Wydaje się, że wystarczy przeprowadzić skuteczne szkolenie dla sędziów oparte na przetłumaczonych powyżej na j. polski wyimkach z tego wyroku. Po prostu należy nauczyć sędziów korzystania z witryny internetowej ETPC: HUDOC – na zasadzie, że prawem dla sędziego jest nie tylko to, co znajduje się na stole sędziowskim (zbiór kodeksów), lecz w pierwszej kolejności (nadrzędność) system Rady Europy i Unii. Tą drogą poszedł system niemiecki i względem niego ETPC wydaje stosunkowo mało wyroków na podstawie art. 5 ust. 3 Konwencji, co wyjaśniane jest tym, że sądy niemieckie regularnie odwołują się bezpośrednio do tego przepisu, a wyroki strasburskie dotyczące artykułu 5 wywierają znaczący wpływ na prawo karne materialne i postępowanie karne, co w szczególności znalazło wyraz w reformie tymczasowego aresztowania z 2011 roku – opartej w dużej mierze na ETPC⁸¹.

⁸¹ Tak B. Elberling [w:] EMRK. Konvention..., op. cit., komentarz do art. 5, nr boczny 2 i przytoczone tam orzecznictwo krajowe.

Abstrakt

Przedmiotem artykułu, złożonego z trzech części, jest omówienie wybranych uregulowań dyrektywy 2016/343, ze szczególnym uwzględnieniem: 1) domniemania niewinności i 2) zasady *in dubio pro reo* oraz 3) przesłanek minimalnych przyjęcia postanowienia o tymczasowym aresztowaniu, zarówno jeśli chodzi o zasady badania dowodów, jak i o zakres uzasadnienia takiego postanowienia. Biorąc pod uwagę uprzedni poziom ochrony w Unii Europejskiej, niniejsza publikacja wyjaśnia, czy ochrona praw podstawowych została wzmocniona. W przedmiocie *in dubio pro reo* – uwzględniając orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z okresu poprzedzającego wydanie dyrektywy, rozszerzając tę zasadę na niektóre postępowania administracyjne – udzielono odpowiedzi zdecydowanie negatywnej. Przeciwnie rzecz się ma z domniemaniem niewinności. Natomiast w zakresie badania materiału dowodowego koniecznego do orzekania o zgodności z prawem tymczasowego aresztowania zwrócono uwagę na utrwalenie i rozwinięcie przez przepisy omawianej dyrektywy standardu określonego już w latach sześćdziesiątych ubiegłego stulecia w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Tak rozumiane przesłanki przyjęcia postanowienia o tymczasowym aresztowaniu – skonfrontowane z praktyką orzeczniczą sądów polskich, w tym Sądu Najwyższego – wskazują na to, że co do zasady daje o sobie znać brak implementacji sądowej przepisów dyrektywy w interpretacji TSUE. Powoduje to problem systemowy związany z przewlekłością aresztowania tymczasowego, co bez interwencji ustawodawcy może powodować niespójność systemu prawnego.

Słowa kluczowe: domniemanie niewinności, przesłanki przyjęcia postanowienia o tymczasowym aresztowaniu, zasada *in dubio pro reo*.

BIBLIOGRAFIA

- Alexy R., *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1994.
- Allen M.J., *Textbook on Criminal Law*, Oxford 2011.
- Ashworth A., *Is the criminal law a lost cause?*, „*The Law Quarterly Review*”, 2000, 116.
- Bacigalupo E., *Justicia penal y derechos fundamentales*, Madrid 2002.
- Blomsma J., *Mens rea and defences in European criminal law*, Cambridge 2012.
- Clarkson C.M.V., *Understanding Criminal Law*, wyd. 4, London 2005.
- Crown Court Bench Book: *Directing the Jury*, March 2010 (<http://www.judiciary.gov.uk>).
- Dworkin R., *Taking Rights Seriously*, London 1977/2011.
- Działalność naukowo-dydaktyczna w świetle prawa autorskiego, red. W. Lis, G. Tylec, Lublin 2015.

Europejskie prawo karne, red. A. Grzelak, M. Królikowski, A. Sakowicz, Warszawa 2012.

Gajda A., Ochrona praw podstawowych jednostki w procesie harmonizacji prawa karnego procesowego w Unii Europejskiej, Warszawa 2011.

Gippini-Fournier E., *The Elusive Standard of Proof in EU Competition Cases*, „World Competition”, 2010 (33), 2.

Gontarski W., *Aitia – wina arystotelesowska. Zagadnienia definicyjne*, cz. 2, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej”, 2013, 1, LEX.

Gontarski W., *Bezpieczne przystanie (safe harbours) manipulacji instrumentami finansowymi?* (cz. 2), „Palestra”, 2013, 5–6.

Gontarski W., *Raz jeszcze o kryminalizacji manipulacji instrumentami finansowymi (Obiektywizacja czy subiektywizacja odpowiedzialności)*, „Palestra”, 2014, 1–2.

Gontarski W., *Areszt (nie)tymczasowy*, Dziennik. Gazeta Prawna z 30 września 2015 r. (<https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/896793,spor-o-areszt-nietymczasowy.html>).

Gontarski W., *Organy podatkowe związane domniemaniem niewinności wynikającym z uprzedniego wyroku karnego. Glosa do wyroku ETPC z 23 października 2014 r.*, 27785/10, LEX/el. 2015.

Gontarski W., *Plagiat i inne przesłanki wznowienia oraz umorzenia postępowania o awans naukowy. Zarys teorii i wybór orzecznictwa*, Warszawa 2016.

Gontarski W., *Ciężar dowodu i in dubio pro reo w prawie Unii Europejskiej*, „Studia Prawnoustrojowe”, 2020, 42.

Gontarski W., *Obiektywna gospodarcza niemożliwość świadczenia po wybuchu pandemii. Komentarz praktyczny*, Warszawa 2020, LEX/el.

Gontarski W., *Konsekwencje powołania do pełnienia urzędu sędziego w procedurze, która mogła być dotknięta wadą prawną. Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 4 listopada 2021 r.*, sygn. akt III FSK 3626/21, „Przegląd Sejmowy”, 2022, 6, LEX.

Gontarski W., *Polski prawniku, ucz się języków*, rp.pl., 25 kwietnia 2023 r.

Guide on Article 5. Right to liberty and security, Council of Europe/European Court of Human Rights Publications, 2022 (www.echr.coe.int), 212.

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, red. H.D. Jaras, B. Pieroth, wyd. 17, München 2022.

Grundgesetz-Kommentar, red. G. Dürig, R. Herzog, R. Scholz, tom 3, München 2022, beck-online.

Handbook of European Criminal Procedure, red. R.E. Kostoris, Cham 2018.

Iustiniani Digesta, recognovit T. Mommsen, retractavit P. Krueger, Corpus Iuris Civilis, tom 1, Berlin 1954.

Klip A., *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Cambridge 2012.

Kodeks postępowania karnego. Komentarz, red. D. Świecki, Warszawa 2023, LEX/el.

Kodeks postępowania karnego. Komentarz, tom 1, red. D. Drajewicz, Warszawa 2020, Legalis.

Kodeks postępowania karnego. Komentarz, tom 1, red. R.A. Stefański, S. Zabłocki, Warszawa 2017, LEX.

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, tom 1, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, Legalis.

EMRK. Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Kommentar, red. U. Karpenstein, F.C. Mayer, wyd. 3, München 2022, beck-online.

Kruszyński P., *Materialny ciężar dowodu w procesach karnych o znieśławienie i oszczerstwo*, „Państwo i Prawo”, 1980, 8.

Kruszyński P., *Zasada domniemanie niewinności w polskim procesie karnym*, Warszawa 1983.

Mann D. i U., *Die Anwendbarkeit des Grundsatzes „in dubio pro reo” auf Prozeßvoraussetzungen*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, 1964 (76), 2.

Murzynowski A., *Istota i zasady procesu karnego*, wyd. 2, Warszawa 1984.

Nita-Światłowska B., *Pytanie prejudycjalne w postępowaniu incydentalnym dotyczącym tymczasowego aresztowania. Glosa do postanowienia TS z 12 lutego 2019 r., C-8/19 PPU, postępowanie karne przeciwko R.H.*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2020, 9.

Nowicki M.A., *Wokół Konwencji europejskiej. Komentarz do europejskiej Konwencji praw człowieka*, wyd. 8, Warszawa 2021, LEX.

Ormerod D., *Smith and Hogan’s Criminal Law*, wyd. 13, Oxford 2011.

Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w procesie karnym. Materiały Wrocławskiego Seminarium Karnoprocesowego 2013, red. K. Kremens, J. Skorupka (materiały pokonferencyjne), Wrocław 2013.

Polski proces karny i materialne prawo karne w świetle nowelizacji z 2013 roku. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Tylmanowi z okazji Jego 90. urodzin, red. T. Grzegorzczak i in., Warszawa 2014.

Praktyczny komentarz do zmian procedury karnej, W. Cieślak, K.J. Pawelec, I. Tuleya, M. Gabriel-Węglowski, Warszawa 2017.

Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje, W. Cieślak i S. Steinborn (red.), Warszawa 2013.

Przewlekłość tymczasowego aresztowania w Polsce w świetle europejskich standardów ochrony praw człowieka, red. P. Turek, Warszawa 2013.

Rada Europy. Komitet Ministrów. Tymczasowa Rezolucja KM/ResDH (2007)75 dotycząca wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w 44 sprawach przeciwko Polsce dotyczących nadmiernej długości aresztów tymczasowych (przy-

jęta przez Komitet Ministrów w dniu 6 czerwca 2007 r. podczas 997. posiedzenia Komitetu Zastępców Ministrów), ms.gov.pl.

Roxin C., Schünemann B., *Strafverfahrensrecht*, wyd. 30, München 2022.

Rzetelne postępowanie sądowe. Standardy strasburskie, red. A. Łazarska i in., Warszawa 2023, LEX.

Sarkowicz A., *The Right to Silence in the EU Directive 2016/343 on the Strengthening of Certain Aspects of the Presumption of Innocence from the Perspective of Polish Criminal Proceedings*, „Review of European and Comparative Law”, 2020 (41), 2.

Simons K.W., *When is Strict Criminal Liability Just*, „Journal of Criminal Law and Criminology”, 1997 (87), 4.

Skorupka J., *Stosowanie i przedłużanie tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym*, „Prokuratura i Prawo”, 2006, 12.

Skorupka J., *Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 19 października 2005 r.*, II AKz 453/2005, „Orzecznictwo Sądów Polskich”, 2007, 2, LEX.

Skorupka J., *Konstytucyjny i konwencyjny standard tymczasowego aresztowania*, „Państwo i Prawo”, 2007, 7, LEX.

Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady z wdrażania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/343 w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym, COM/2021/144 final.

Stumer A., *The Presumption of Innocence. Evidential and Human Rights Perspectives*, Oxford 2010.

System prawa karnego procesowego, tom 9, red. T. Grzegorzczak, D. Świecki, Warszawa 2021, LEX.

System prawa karnego procesowego, tom 2, red. P. Kruszyński, Warszawa 2014, LEX.

Thienel T., *The Burden and Standard of Proof in the European Court of Human Rights*, „German Yearbook of International Law”, 2007, 50.

Villamarín López M.L., *The presumption of innocence in Directive 2016/343/EU of 9 March 2016*, ERA Forum 2017.



Jacek Sobczak*
Maria Gołda-Sobczak**

Komitet ds. Bezpieczeństwa Zdrowia jako unijny organ planowania zapobiegania poważnym transgranicznym zagrożeniom zdrowia w państwach Unii Europejskiej

[Health Security Committee as EU Planning Body for Prevention of Serious Cross-Border Health Threats in European Union Countries]

Abstract

The aim of the article is to present the current legal status in the European Union system in the field of responding to serious cross-border health threats. The article focuses on organizational issues, describing the objectives, tasks and competences of the Health Security Committee as a key body in the field of coordination of planning, prevention of serious cross-border threats to health. This body, previously established by the Decision of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 has been substantially reorganized and equipped with additional competences. Its activities have been linked to other European Union institutions, namely the Committee on Serious Cross-border Health Threats, Health Emergency Preparedness and Response Authority, and the Health Crisis Board and the Health Task Force. However, technical issues related to the functioning of reference laboratories and the digital surveillance platform, as well as issues related to creation of national and EU plans for prevention, preparedness and response, were omitted in the document.

Keywords: Health Security Committee, European Center for Disease Prevention and Control (ECDC), European Medicines Agency (EMA), Serious Cross-border threats to Health, Health Emergency Preparedness and Response Authority (HERA), early warning and response system, national prevention, preparedness and response.

* **Jacek Sobczak** – prof. zw. dr hab., Akademia Ekonomiczno-Humanistyczna w Warszawie, Instytut Własności Intelektualnej i Prawa Medycznego, sędzia Sądu Najwyższego w stanie spoczynku; ORCID 0000-0002-2231-8824.

** **Maria Gołda-Sobczak** – prawniczka i politolożka, dr hab., profesor UAM, Zakład Studiów Kulturowych, Instytut Kultury Europejskiej w Gnieźnie, Uniwersytet Adama Mickiewicza; ORCID 0000-0002-3854-7007.

Pandemia COVID-19 obnażyła braki systemu prawnego Unii w zakresie zwalczania zagrożeń zdrowia, które mają charakter transgraniczny. Nie można wprawdzie zgodzić się z tezą, że w chwili wybuchu pandemii Unia była całkowicie nieprzygotowana na tego rodzaju sytuację i nie zadbała o utworzenie stosownych regulacji. Wręcz przeciwnie, ze zdziwieniem trzeba odnotować fakt, że takie regulacje tuż przed wybuchem pandemii powstały. Okazały się jednak dość umowne, co wywołało palącą potrzebę ich zmiany. Przy tej okazji wyraźnie – jak się okaże z prezentowanego tekstu – zmierzano do rozszerzenia kompetencji organów unijnych i utworzenia wbrew TFUE Europejskiej Unii Zdrowotnej. Na obecnym etapie taka koncepcja jest nie do przyjęcia. Czy jednak nie będzie w przyszłości forsowana, trudno przewidzieć.

Decyzja 2119/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 24 września 1998 r.

Praktycznie od początku wybuchu pandemii pojawiły się – najpierw w publicystyce, a potem w poważniejszych tekstach naukowych – oskarżenia pod adresem Unii Europejskiej, że nie przygotowała społeczeństw państw unijnych na wybuch pandemii ani nie zadbała o to, aby powołać instytucje, których zadaniem byłaby natychmiastowa reakcja na tak poważne zagrożenie zdrowia. Oskarżenia te są bezpodstawne i nieprawdziwe. Przypomnieć należy, że UE działać musi w gorsecie przepisów Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. W art. 168 tego Traktatu, który zamieszczono w tytule XIV: *Zdrowie publiczne*, stwierdzono, że przy określaniu i urzeczywistnianiu wszystkich polityk i działań Unii konieczne jest zapewnienie wysokiego poziomu ochrony zdrowia ludzkiego, działanie Unii ma zaś uzupełniać polityki krajowe oraz obejmować monitorowanie poważnych transgranicznych zagrożeń zdrowia, wczesne ostrzeżenie w przypadku takich zagrożeń oraz ich zwalczanie, a państwa członkowskie winny w powiązaniu z Komisją koordynować między sobą własne polityki i programy w dziedzinach określonych w działaniach Unii w dziedzinie zdrowia¹. Przypomnieć należy, że już decyzją 2119/98/WE Parlamentu Eu-

¹ Tytuł ten został dodany przez art. G, lit. D, pkt 38 Traktatu o Unii Europejskiej, Dz.U. 2004 nr 90, poz. 864/30. Numeracja ustalona została najpierw przez art. 12 ust. 1 traktatu amsterdamskiego, zmieniającego Traktat o Unii Europejskiej, Traktaty ustanawiające Wspólnoty Europejskie i niektóre związane z nimi akty, Dz.U. 2004, nr 90, poz. 864/31, a następnie przez art. 5 ust. 1 Traktatu z Lizbony, zmieniającego

ropejskiego i Rady 24 września 1998 r. ustanowiono sieć nadzoru i kontroli epidemiologicznej chorób zakaźnych we Wspólnocie². Kilka lat później rozporządzenie WE nr 851/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z 21 kwietnia 2004 r. ustanowiło Europejskie Centrum ds. Zapobiegania i Kontroli Chorób³. W treści wspomnianego rozporządzenia zauważono, że Europejskie Centrum powinno służyć jako wspólnotowe źródło niezależnego doradztwa naukowego, pomocy i wiedzy fachowej ze strony wyszkolonego personelu medycznego, naukowego i epidemiologicznego. Misją Centrum powinno być identyfikowanie bieżących i pojawiających się zagrożeń dla zdrowia ludzkiego ze strony chorób zakaźnych, ich ocena i powiadamianie o nich. W rozporządzeniu z 21 kwietnia 2004 r. podkreślono, że Centrum to powinno mieć także uprawnienia do działania z własnej inicjatywy – w razie gdy wystąpi nagłe zagrożenie chorobą, której źródło nie jest znane. Jak wskazano, Centrum powinno zwiększać możliwości naukowej wiedzy we Wspólnocie i wspólnotowe planowanie gotowości. Winno także promować i rozwijać badania naukowe oraz nimi sterować, dążąc do poszerzenia wiedzy swoich pracowników. Zauważono, że członkami zarządu winny być osoby dysponujące najwyższymi kompetencjami i dużym doświadczeniem. Zarząd powinien przy tym mieć niezbędne uprawnienia do ustanawiania budżetu, sprawdzania jego wykonania, opracowania przepisów wewnętrznych i zapewnienia spójności z politykami wspólnotowymi. W obrębie swojej misji Centrum winno poszukiwać, gromadzić i rozpowszechniać odpowiednie dane naukowo-techniczne, opracowywać ekspertyzy naukowe, świadczyć pomoc naukowo-techniczną oraz być gotowe do przeprowadzania szkoleń; powinno szybko przekazywać informacje Komisji i państwom członkowskim, agencjom wspólnotowym oraz organizacjom międzynarodowym działającym w dziedzinie zdrowia publicznego, a ponadto koordynować europejskie współdziałanie organów działających w zakresie objętym misją Centrum, w tym zwłaszcza Forum Doradczego. Bardzo szczegółowo określono sprawy administracyjne Centrum: obowiązki dyrektora, zarządu, sposób ich powoływania, długość kadencji, zakres kompetencji, obowiązki sprawozdawcze, kwestie odnoszące się do ochrony informacji poufnych⁴.

go Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, Dz. Urz. UE C 2007, 306, 1.

² Dz. Urz. UE L 1998, 268, 1.

³ Dz. Urz. UE L 2004, 142, 1.

⁴ W kwestii funkcjonowania Europejskie Centrum ds. Zapobiegania i Kontroli Chorób zob. J. Sobczak, *Poważne transgraniczne zagrożenie zdrowia w systemie prawa unijnego* [w:] T. Gardocka,

Decyzja Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1082/2013/UE

Decyzja nr 2119/98/WE⁵ została uchylona decyzją Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1082/2013/UE z 22 października 2013 r. w sprawie poważnych transgranicznych zagrożeń zdrowia⁶. W tej ostatniej stwierdzono, że ustanowione w niej struktury koordynacji reagowania na poważne transgraniczne zagrożenia zdrowia⁷ powinny być w wyjątkowych okolicznościach udostępniane państwom członkowskim i Komisji również wtedy, gdy określone zagrożenie nie jest objęte niniejszą decyzją oraz gdy zachodzi prawdopodobieństwo, że środki w dziedzinie zdrowia publicznego podjęte w celu przeciwdziałania temu zagrożeniu będą niewystarczające do zapewnienia wysokiego stopnia ochrony zdrowia ludzkiego. Państwa członkowskie powinny w porozumieniu z komisją koordynować reagowanie w ramach Komitetu ds. Bezpieczeństwa Zdrowia – ustanowionego na mocy wspomnianej decyzji w celu monitorowania takich zagrożeń, wczesnego o nich ostrzegania lub ich zwalczania. Przy okazji wskazano, że planowanie powinno obejmować właściwą gotowość krytycznych sektorów bezpieczeństwa, takich jak: energetyka, transport, łączność czy ochrona ludności, które w sytuacji kryzysowej opierają się na dobrym przygotowaniu publicznych systemów opieki zdrowotnej, zależnych z kolei od funkcjonowania tych sektorów i od utrzymania podstawowych usług na właściwym poziomie. W przypadku poważnych transgranicznych zagrożeń zdrowia wywodzących się z infekcji zoonotycznej, czyli w przypadku chorób odzwierzęcych⁸, konieczne jest – jak wskazano w de-

A. Fiutak, D. Jagiełło (red.) Aktualne problemy prawne w psychologii i medycynie, Warszawa 2018, ss. 117-134.

⁵ Należy wspomnieć, że do decyzji nr 2119/98/WE i rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 596/2009 z 18 czerwca 2009 r. zostały dostosowane niektóre akty podlegające procedurze, o której mowa w art. 251 Traktatu w zakresie procedury regulacyjnej połączonej z kontrolą, Dz. Urz. UE L 2009, 188, 14, sprost. Dz. Urz. UE L 2012, 86, 25.

⁶ Dz. Urz. UE L 2013, 293, 1.

⁷ W art. 2 pkt 5 rozporządzenia 851/2004 (Dz. Urz. UE L 2004, 142, 1) stwierdzono – po wprowadzeniu stosownych zmian nowelizacyjnych – że poważne transgraniczne zagrożenie zdrowia należy rozumieć zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 1 rozporządzenia UE 2022/2371: „poważne transgraniczne zagrożenie zdrowia» oznacza zagrażające życiu lub w innym stopniu poważne ryzyko dla zdrowia o pochodzeniu biologicznym, chemicznym, środowiskowym lub nieznanym, które rozprzestrzenia się lub wiąże ze znacznym ryzykiem rozprzestrzenienia się poza granice krajowe państw członkowskich i które może wymagać koordynacji na poziomie Unii, aby zagwarantować wysoki poziom ochrony zdrowia ludzkiego”.

⁸ Zoonoza oznacza chorobę lub zakażenie, które w warunkach naturalnych w sposób bezpośredni lub pośredni mogą być przenoszone pomiędzy zwierzętami lub ludźmi. Czynniki zoonotyczne oznaczają

cyzji – zapewnienie współpracy między sektorem zdrowia a sektorem weterynaryjnym. W decyzji z 22 października 2013 r. stwierdzono zaś, że międzynarodowe przepisy zdrowotne wymagają od państw członkowskich opracowania, wzmocnienia i utrzymania zdolności wykrywania, oceny, powiadamiania i reagowania w sytuacji nadzwyczajnej w dziedzinie zdrowia publicznego o zasięgu międzynarodowym. Dodano jednak, że konieczne są konsultacje w celu koordynacji działań między państwami członkowskimi, tak aby promować interoperacyjność między krajowymi planami gotowości w świetle międzynarodowych norm, z jednoczesnym poszanowaniem kompetencji państw członkowskich w zakresie organizowania swoich systemów opieki zdrowotnej⁹. W motywach podniesiono, że w przeciwieństwie do chorób zakaźnych, nad którymi nadzór na poziomie Unii sprawuje Europejskie Centrum ds. Zapobiegania i Kontroli Chorób, inne poważne transgraniczne zagrożenia zdrowia nie wymagają obecnie systematycznego monitorowania. Dla tych zagrożeń odpowiedniejsze jest zatem podejście oparte na ryzyku, polegające na tym, że monitorowanie prowadzone jest przez systemy państw członkowskich, a dostępne informacje wymieniane za pomocą systemu wczesnego ostrzegania i reagowania (EWRS). Niemniej uznano, że należy rozszerzyć zakres tego ostatniego systemu na wszystkie poważne transgraniczne zagrożenia zdrowia objęte decyzją. Jednak prowadzenie tego systemu powinno pozostać w dyspozycji Europejskiego Centrum ds. Zapobiegania i Kontroli Chorób. Powiado-

każdego wirusa, bakterię, grzyba, pasożyta lub inny biologiczny czynnik, który ma duże szanse na wywołanie zoonozy. Choroby odzwierzcę są to choroby zakaźne oraz zakażenia, które w warunkach naturalnych mogą być przenoszone pomiędzy zwierzętami kręgowymi a ludźmi. Zob. Definicja Komitetu Ekspertów WHO/FAO 1967. Zob. także M. Truszczyński, E. Samorek-Salamonowicz, *Ocena zoonotycznego potencjału grypy ptaków i świń jako źródła wirusów chorobotwórczych dla człowieka*, „Nauka”, 2010, 1, ss. 37–47; A. Baumann-Popczyk, *Wirusowe zapalenie wątroby typu E jako zoonoza*, „Przegląd Epidemiologiczny”, 2011, 65, ss. 9–13. Zob. komunikat Komisji do Rady i Parlamentu Europejskiego: Europejski plan działania „Jedno zdrowie” na rzecz zwalczania oporności na środki drobnoustrojowe, COM 2017, 339 final.

⁹ Przypomniano w decyzji, że Parlament Europejski w rezolucji z 8 marca 2011 r., a Rada w konkluzjach z 13 września 2010 r. podkreśliły potrzebę wprowadzenia wspólnej procedury połączonych zamówień publicznych, środków zapobiegawczych – w szczególności szczepionek – na wypadek pandemii, aby umożliwić państwom członkowskim skorzystanie z takich grupowych zamówień na zasadzie dobrowoli, np. przez uzyskanie w odniesieniu do danego produktu korzystnych cech i elastyczności w zakresie zamówień. Podkreślono, że w kwestii szczepionek na wypadek pandemii – w sytuacji ograniczonej mocy produkcyjnych na poziomie światowym procedura – taka byłaby uruchamiana w celu umożliwienia bardziej sprawiedliwego dostępu do szczepionek w zainteresowanych państwach członkowskich oraz udzielania państwom członkowskim pomocy, aby w większym stopniu mogły zaspokajać zapotrzebowanie swoich obywateli na szczepionki – zgodnie z polityką szczepień w tych państwach.

mienie o zagrożeniu powinno być wszakże wymagane jedynie wówczas, gdy skala i nasilenie zagrożenia są lub mogą być tak istotne, że wpływają lub mogą wpływać na więcej niż jedno państwo członkowskie i wymagają lub mogą wymagać skoordynowanego reagowania na poziomie Unii. W decyzji zauważono, że efektywne reagowanie na poważne transgraniczne zagrożenia zdrowia na szczeblu krajowym mogłoby wymagać konsultacji między państwami członkowskimi w porozumieniu z Komisją w celu koordynacji reagowania krajowego. Wprawdzie państwa członkowskie – zgodnie z wspomnianą już decyzją nr 2119/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady – konsultują się między sobą, w powiązaniu z Komisją, w celu koordynowania na poziomie Unii swoich działań i reagowania w zakresie chorób zakaźnych, to jednak podobny mechanizm powinien mieć zastosowanie do wszystkich poważnych transgranicznych zagrożeń zdrowia, niezależnie od ich pochodzenia. Przypomniano również, że w poważnej sytuacji nadzwyczajnej państwo członkowskie może zwrócić się o pomoc na mocy decyzji Rady z 8 listopada 2007 r. ustanawiającej Wspólnotowy Mechanizm Ochrony Ludności¹⁰.

Wspólnotowy mechanizm ochrony

W decyzji z 17 grudnia 2013 r. w sprawie Unijnego Mechanizmu Ochrony Ludności¹¹ zauważono, że ze względu na znaczny wzrost w ostatnich latach liczby klęsk żywiołowych i katastrof spowodowanych przez człowieka oraz w obliczu sytuacji, w których przyszłe takie zjawiska będą przypuszczalnie jeszcze bardziej gwałtowne i złożone, a także będą wywoływać daleko sięgające i dłużej odczuwalne konsekwencje wynikające

¹⁰ Dz. Urz. UE L 2007, 314, 9. Wspomniana decyzja została poprzedzona decyzją Rady 2001/792/WE Euratorem z 23 października ustanawiającej mechanizm wspólnotowy ułatwiający wzmocnioną współpracę w interwencjach wspierających ochronę ludności Dz. Urz. UE L 2001, 297, 7. Decyzja Rady z 8 listopada została uchylona z dniem 1 stycznia 2014 r. decyzją Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1313/2013/EU z 17 grudnia 2013 r. w sprawie Unijnego Mechanizmu Ochrony Ludności, Dz. Urz. UE L 2013, 347, 924. W chwili obecnej ten ostatni akt ma charakter obowiązujący. Warto pamiętać, że przed jego sformułowaniem uwzględniono opinię Komitetu Regionów Unijny Mechanizm Ochrony Ludności, Dz. Urz. UE C 2012, 277, 164. W tym ostatnim dokumencie zwrócono szczególniejszą uwagę na fundamenty polityki ochrony ludności, wskazując, że należą do nich: zapobieganie, zapewnienie gotowości, reagowanie i wymiar zewnętrzny. Podkreślono też przy tej okazji, że konieczne jest współdziałanie Komisji z Centrum Reagowania Kryzysowego – w szczególności w zakresie zarządzania wspólnym system łączności i informacji dla sytuacji kryzysowych.

¹¹ Dz. Urz. UE L, 2013, 347, 924.

w szczególności ze zmiany klimatu oraz potencjalnej interakcji między szeregiem zagrożeń naturalnych i technologicznych – coraz większego znaczenia nabiera zintegrowane podejście do kwestii zarządzania klęskami i katastrofami. Unia Europejska powinna promować solidarność oraz wspierać i uzupełniać działania państw członkowskich w dziedzinie ochrony ludności w dążeniu do zwiększenia skuteczności systemów zapobiegania klęskom żywiołowym i katastrofom spowodowanym przez człowieka, gotowości na ich wystąpienie i reagowania na nie. Powinna także ułatwiać koordynacje takich działań. Dodano, że ochrona w ramach unijnego mechanizmu winna obejmować przede wszystkim ludzi, ale także środowisko naturalne i mienie, w tym dziedzictwo kulturowe – chroniąc je przed wszelkimi rodzajami klęsk żywiołowych i katastrof spowodowanych przez człowieka, włącznie z klęskami i katastrofami związanymi ze środowiskiem, zanieczyszczeniami mórz oraz nagłymi zagrożeniami dla zdrowia, występującymi na terytorium Unii lub poza nim. Wszystkie klęski i katastrofy mogą wymagać pomocy w sferze ochrony ludności i innej pomocy w sytuacjach nadzwyczajnych w ramach wspomnianego unijnego mechanizmu – w celu uzupełnienia zdolności reagowania państw. Zauważono, że w odniesieniu do katastrof wywołanych działaniami terrorystycznymi lub wypadkami nuklearnymi i radiologicznymi unijny mechanizm powinien obejmować jedynie działania w ramach zapewnienia gotowości i reagowania w dziedzinie ochrony ludności¹².

W motywach decyzji z 17 grudnia 2013 r. podkreślono, że zapobieganie ma zasadnicze znaczenie dla ochrony przed klęskami i katastrofami i wymaga dalszych działań zgodnie z wyzwaniem zawartym w konkluzjach Rady z 30 listopada 2009 r. oraz w rezolucji Parlamentu Europejskiego z 21 września 2010 r. w sprawie komunikatu zatytułowanego *Wspólnotowe podejście do zapobiegania klęskom żywiołowym oraz katastrofom spowodowanym przez człowieka*. Podniesiono, że unijny mechanizm winien o obejmować ogólne ramy polityczne dla unijnych działań służących zapobieganiu ryzykom wynikającym z klęsk i katastrof. Celem powinno być osiągnięcie wyższego poziomu ochrony przed wspomnianymi zjawiskami – przez zapobieganie ich skutkom i należyte uwzględnienie prawdopodobnych skutków zmiany klimatu oraz potrzeby działań dostosowawczych. Oce-

¹² W motywach decyzji podniesiono, że unijny mechanizm powinien należycie uwzględniać ustawodawstwo Unii i zobowiązania międzynarodowe oraz wykorzystywać synergę z właściwymi inicjatywami Unii, takimi jak: Europejski Program Obserwacji Ziemi „Copernicus”, Europejski Program Ochrony Infrastruktury Krytycznej oraz wspólny mechanizm wymiany informacji (CISE).

na ryzyka, planowanie zarządzania ryzykiem oraz ocena zdolności takiego zarządzania winny być prowadzone przez poszczególne państwa członkowskie na szczeblu krajowym lub odpowiednio niższym. Jednak na żadnym państwie nie powinien ciążyć obowiązek udzielania informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne z podstawowymi interesami swojego bezpieczeństwa.

Unijny mechanizm powinien, jak wskazano w motywach, ułatwiać mobilizację interwencji pomocowych i ich koordynację, opierając się na unijnej strukturze, złożonej z Centrum Reagowania Kryzysowego (ERCC), Europejskiej Zdolności Reagowania Kryzysowego (EERC) – w formie dobrowolnej puli wcześniej zgłoszonych zdolności państw członkowskich i wyszkolonych ekspertów. W ramach tej struktury ważnym elementem winien być Wspólny System Łączności i Informowania w Sytuacjach Kryzysowych (CECIS). Wspomniany unijny mechanizm powinien zapewniać także ramy dla gromadzenia zweryfikowanych informacji dotyczących sytuacji kryzysowej, przekazywania tych informacji państwom członkowskim i dzielenia się doświadczeniami zdobywanymi podczas interwencji.

W dalszej części motywów decyzji z 17 grudnia 2013 r. zauważono także, że unijny mechanizm powinien wspierać i ułatwiać działania podejmowane przez państwa członkowskie i Unię jako całość w celu promowania międzynarodowej spójności w sferze ochrony ludności. Podkreślono przy tym, że Organizacja Narodów Zjednoczonych odgrywa rolę ogólnego koordynatora prowadzonych w państwach trzecich operacji mających na celu niesienie pomocy, o ile tylko bierze w nim udział. Dlatego też pomoc udzielana w ramach unijnego mechanizmu powinna być koordynowana z ONZ oraz innymi, odpowiednimi podmiotami międzynarodowymi – po to, aby maksymalnie wykorzystać dostępne zasoby oraz uniknąć jakiegokolwiek zbędnego powielania działań.

W obliczu klęsk i katastrof pomoc udzielana jest zarówno w ramach wspomnianego unijnego mechanizmu, jak i na mocy rozporządzenia Rady WE nr 1257/96 z 20 czerwca 1996 roku dotyczącego pomocy humanitarnej¹³.

¹³ Dz. Urz. UE L 1996, 163, 1 ze zm. Ostatnią z nich wprowadziło rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 219/2009 z 11 marca 2009 r. dostosowujące do decyzji Rady 1999/468/WE niektóre akty podlegające procedurze, o której mowa w art. 251 Traktatu, w zakresie procedury regulacyjnej połączonej z kontrolą, Dz. Urz. UE L 2009, 87, 109. Przywołana w rozporządzeniu decyzja Rady 1999/468/WE (Dz. Urz. UE L 1999, 184, 23) była następnie zmieniana, a wreszcie została uchylona rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 182/2011 z 16 lutego 2011 r., ustanawiającym przepisy i zasady ogólne dotyczące trybu kontroli przez państwa członkowskie wykonywania uprawnień wykonawczych przez Komisję, Dz. Urz. UE L 2011, 55, 13.

Warto zauważyć, że we wspomnianym tu rozporządzeniu określono cele i zasady ogólne pomocy humanitarnej, wskazując, że obejmuje ona akcje niesienia pomocy, akcje ratunkowe i działania ochronne na zasadach niedyskryminacyjnych, mające na celu pomoc ludziom z państw trzecich, szczególnie zaś najbardziej bezbronny wśród nich – z pierwszeństwem przysługującym ludziom z krajów rozwijających się, zwłaszcza ofiarom klęsk żywiołowych oraz katastrof wywołanych działalnością człowieka – takich jak wojny i wybuchy walk lub sytuacji wyjątkowych – bądź okoliczności porównywalnych do klęsk żywiołowych lub katastrof wywołanych działalnością człowieka. Wskazano ponadto, że humanitarna pomoc Wspólnoty jest udzielana przez okres potrzebny do zaspokojenia potrzeb humanitarnych powstałych w wyniku wspomnianych wyżej sytuacji.

Wypada zauważyć, że rozporządzenie z 20 czerwca 1996 r. jest praktycznie nieznane większości polskiego społeczeństwa, a o podejmowanych na jego podstawie działaniach nie wiadomo nic lub prawie nic. Żle to świadczy o służbach informacyjnych Unii i o pracy serwisów informacyjnych – zarówno polskich, jak i zagranicznych. W rozporządzeniu nr 1257/96 określono procedury udzielania pomocy humanitarnej i prowadzenia akcji humanitarnych¹⁴. W art. 6 stwierdzono, że akcje pomocy humanitarnej finansowane przez Wspólnotę mogą być realizowane albo na wniosek międzynarodowych lub pozarządowych agencji lub organizacji z państwa członkowskiego lub państwa trzeciego otrzymującego pomoc, albo z inicjatywy Komisji. Organizacje pozarządowe kwalifikujące się do otrzymania środków wspólnotowych na podstawie rozporządzenia muszą być autonomicznymi organizacjami o celach niezarobkowych w państwie członkowskim Wspólnoty oraz mieć główną siedzibę w państwie członkowskim lub w państwach trzecich otrzymujących pomoc wspólnotową. Dodano, że ta siedziba winna być rzeczywistym ośrodkiem decyzyjnym dla wszystkich działań finansowanych na podstawie rozporządzenia. Jedynie wyjątkowo taka siedziba może znajdować się w państwie trzecim udzielającym pomocy. W decyzji określono cel ogólny, cele szczegółowe, przedmiot i zakres stosowania Unijnego Mechanizmu

¹⁴ W rozporządzeniu wyraźnie odróżnia się – aczkolwiek nie definiuje – pomoc humanitarną od akcji humanitarnych, określając oba te rodzaje działań tylko poprzez procedury realizacyjne. Warto zauważyć, że Komisja podejmuje decyzję w sprawie natychmiastowej interwencji na kwotę nieprzekraczającą 10 mln euro. W art. 13 rozporządzenia wskazano, że natychmiastowej interwencji wymagają sytuacje powstałe w wyniku nagłych klęsk żywiołowych lub katastrof wywołanych działalnością człowieka, takich jak: powódzie, trzęsienia ziemi oraz wybuchy walk lub porównywalne sytuacje.

Ochrony Ludności. Wskazano zasady działań zapobiegawczych, sposób funkcjonowania Centrum Koordynacji Reagowania Kryzysowego, szczególnie regulując kwestie finansowe.

W motywach decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1082/2013 z 22 października 2013 r. w sprawie poważnych transgranicznych zagrożeń zdrowia stwierdzono, że w celu zapewnienia jednolitych warunków wdrażania decyzji należy nadać Komisji uprawnienia wykonawcze do przyjmowania aktów wykonawczych, które mają być stosowane przy dostarczaniu informacji na temat planowania gotowości i reagowania ustanawiania i aktualizacji wykazu chorób zakaźnych oraz powiązanych szczególnych problemów zdrowotnych podlegających sieci nadzoru epidemiologicznego oraz procedur funkcjonowania takiej sieci, przyjmowania definicji przypadków dla chorób zakaźnych i szczególnych problemów zdrowotnych objętych siecią nadzoru epidemiologicznego oraz – w razie konieczności – dla poważnych transgranicznych zagrożeń zdrowia podlegających monitorowaniu doraźnemu¹⁵.

We wspomnianej decyzji z 22 października 2013 r. ustanowiono zasady dotyczące nadzoru epidemiologicznego, monitorowania poważnych transgranicznych zagrożeń zdrowia, wczesnego ostrzegania o nich i ich zwalczania. Normując zakres stosowania decyzji, stwierdzono, że ma ona zastosowanie do środków ochrony zdrowia publicznego w przypadku poważnych transgranicznych zagrożeń zdrowia o pochodzeniu biologicznym¹⁶, chemicznym, środowiskowym i nieznanym, a także do zdarzeń, które mogą stanowić sytuacje nadzwyczajne w sferze zdrowia publicznego o zasięgu międzynarodowym. W decyzji stwierdzono, że dotyczy ona także nadzoru epidemiologicznego nad chorobami zakaźnymi, natomiast jej przepisy pozostają bez uszczerbku dla pozostałych aktów unijnych regu-

¹⁵ W załączniku do decyzji określono kryteria wyboru chorób zakaźnych i powiązanych szczególnych problemów zdrowotnych, które zostaną objęte nadzorem epidemiologicznym w ramach sieci. Wymieniono tutaj m.in. choroby zakaźne i powiązane szczególne problemy zdrowotne, które powodują lub mogą spowodować znaczną zachorowalność lub śmiertelność na terytorium Unii; ponadto zaś takie, w odniesieniu do których wymiana informacji może zapewnić wczesne ostrzeganie przed zagrożeniami zdrowia publicznego; wymieniono również te choroby, które nie zostałyby rozpoznane na poziomie krajowym, a zebranie danych pozwoliłoby na wysunięcie hipotezy na podstawie szerszych baz danych; wreszcie takie, w odniesieniu do których skuteczne środki zapobiegawcze są możliwe wraz z postępowaniem ochrony zdrowia.

¹⁶ Do zagrożeń o pochodzeniu biologicznym zaliczono choroby zakaźne, oporność na środki przeciwdrobnoustrojowe i zakażenia związane z opieką zdrowotną, powiązane z chorobami zakaźnymi, wreszcie biotoksyny lub inne szkodliwe czynniki biologiczne niezwiązane z chorobami zakaźnymi (art. 2 ust. 1 pkt a decyzji).

lujących kwestie monitorowania poważnych transgranicznych zagrożeń zdrowia, wczesnego ostrzegania o nich, koordynacji, planowania gotowości i reagowania. W decyzji sprecyzowano pojęcia: definicja przypadku, choroba zakaźna, ustalanie kontaktów zakaźnych, nadzór epidemiologiczny, środek ochrony zdrowia publicznego oraz poważne zagrożenie zdrowia¹⁷.

Powstanie Komitetu ds. Bezpieczeństwa Zdrowia

W decyzji stwierdzono, że państwa członkowskie winny konsultować ze sobą w ramach Komitetu ds. Bezpieczeństwa Zdrowia (KBZ) kwestie dotyczące wzmocnienia i utrzymania zdolności monitorowania poważnych transgranicznych zagrożeń zdrowia. Konsultacje te mają na celu dzielenie się najlepszymi praktykami i doświadczeniami w dziedzinie planowania gotowości i reagowania, promowania interoperacyjności planowania gotowości i wspierania realizacji wymogów dotyczących podstawowych zdolności w zakresie nadzoru i reagowania. Wspominany KBZ ustanowiony w art. 17 decyzji składa się z przedstawicieli państw członkowskich. Każde państwo członkowskie wyznacza jednego przedstawiciela i jednego

¹⁷ „Definicja przypadku” oznacza zestaw wspólnie uzgodnionych kryteriów diagnostycznych, które muszą zostać spełnione w celu właściwego rozpoznania określonych przypadków poważnego transgranicznego zagrożenia zdrowia w danej populacji, przy jednoczesnym wyeliminowaniu możliwości wykrycia niepowiązanych zagrożeń; „choroba zakaźna” oznacza chorobę zakaźną powodowaną czynnikiem zakaźnym, która jest przenoszona z człowieka na człowieka w wyniku bezpośredniego kontaktu z osobą zakażoną lub w sposób pośredni, taki jak narażenie na kontakt z wektorem, zwierzęciem, zakażonym przedmiotem, produktem lub środowiskiem bądź w wyniku wymiany płynów skażonych czynnikiem chorobotwórczym; „ustalanie kontaktów zakaźnych” oznacza środki stosowane w celu wykrycia osób, które były narażone na działanie źródła poważnego transgranicznego zagrożenia zdrowia i u których występuje zagrożenie rozwinięcia się choroby lub u których ta choroba się rozwinęła; „nadzór epidemiologiczny” oznacza systematyczne gromadzenie, rejestrację, analizę, interpretację i upowszechnianie danych i analiz dotyczących chorób zakaźnych i powiązanych szczególnych problemów zdrowotnych; „monitorowanie” oznacza ciągłe: obserwację, wykrywanie lub dokonywanie przeglądu zmian stanu, sytuacji lub zmian w zakresie działalności, w tym ciągłe działanie, w którym wykorzystuje się systematyczne gromadzenie i analizę danych dotyczących określonych wskaźników odnoszących się do poważnych transgranicznych zagrożeń zdrowia; „środek ochrony zdrowia publicznego” oznacza decyzję lub czynność, która ma na celu zapobieganie rozprzestrzenianiu się chorób lub skażeń, ich monitorowanie lub kontrolę lub zwalczanie poważnego ryzyka dla zdrowia publicznego lub zmniejszanie ich wpływu na zdrowie publiczne; „poważne transgraniczne zagrożenie zdrowia” oznacza zagrażające życiu lub w innym stopniu poważne ryzyko dla zdrowia o pochodzeniu biologicznym, chemicznym, środowiskowym lub nieznanym, które rozprzestrzenia się lub wiąże ze znacznym ryzykiem rozprzestrzenienia się ponad granicami krajowymi państw członkowskich i które może wymagać koordynacji na szczeblu unijnym, aby zagwarantować wysoki poziom ochrony zdrowia ludzkiego.

zastępcę. Przewodniczącym KBZ jest przedstawiciel Komisji. Komitet ten zbiera się w regularnych odstępach czasu, a przypadku gdy sytuacja tego wymaga – na wniosek Komisji lub dowolnego państwa członkowskiego. Do zadań KBZ należy wspieranie wymiany informacji między państwami członkowskimi a Komisją na temat doświadczeń uzyskanych w zakresie wdrażania decyzji, koordynowanie w porozumieniu z Komisją działań państw członkowskich w zakresie planowania, gotowości i reagowania oraz koordynowanie w porozumieniu z Komisją komunikacji w zakresie ryzyka i sytuacji kryzysowych, a także reagowania państw członkowskich na poważne zagrożenie zdrowia. Wspomniany Komitet większością 2/3 swoich członków przyjmuje regulamin wewnętrzny, w którym ustanawia zasady regulujące procedury posiedzeń plenarnych wysokiego szczebla oraz grup roboczych, udział ekspertów w posiedzeniach plenarnych oraz status obserwatorów, w tym obserwatorów pochodzących z państw trzecich, wreszcie zasady oceniania przez KBZ czy przedłożona mu kwestia wchodzi w zakres jego mandatu oraz możliwość zalecenia skierowania tej kwestii do organu właściwego. Sekretariat Komitetu prowadzony jest przez Komisję¹⁸.

W art. 5 decyzji odniesiono się do wspólnych zamówień na medyczne środki zapobiegawcze, wskazując szczegółowo procedury tych zamówień, warunki, jakie winny spełniać, i przepisy, którym winny odpowiadać. Szczegółowo podjęto problem nadzoru epidemiologicznego, zwracając uwagę na to, że Komisja w drodze aktów wykonawczych ma obowiązek tworzyć i aktualizować wykaz chorób zakaźnych i powiązanych z nimi szczególnych problemów zdrowotnych, definicje przypadków dotyczących każdej choroby zakaźnej i powiązanych szczególnych problemów zdrowotnych podlegających nadzorowi epidemiologicznemu, wreszcie procedury funkcjonowania sieci nadzoru epidemiologicznego opracowane w wyniku zastosowania art. 5, 10 i 11 rozporządzenia WE nr 851/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z 21 kwietnia 2004 r. ustanawiającego Europejskie Centrum ds. Zapobiegania i Kontroli Chorób¹⁹.

¹⁸ Komisja wspomaganą jest przez przedstawiony wyżej Komitet ds. Poważnych Transgranicznych Zagrożeń Zdrowia, który w myśl art. 18 decyzji jest Komitetem w rozumieniu art. 3 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 182/2011 z 16 lutego 2011 r. ustanawiającego przepisy i zasady ogólne dotyczące trybu kontroli przez państwa członkowskie wykonywania uprawnień wykonawczych przez Komisję, Dz. Urz. UE L 2011, 55, 13.

¹⁹ Dz. Urz. UE L 2004, 142, 1.

Bardzo szczegółowo uregulowano kwestie monitorowania doraźnego oraz wczesnego ostrzegania i reagowania²⁰. Unormowano również zasady powiadamiania o zagrożeniu i kwestie dotyczące oceny ryzyka w zakresie zdrowia publicznego, a także związane z tym kwestie koordynacji reagowania. W decyzji odniesiono się również do kwestii sytuacji nadzwyczajnych – wskazując, że Komisja może uznać sytuację za nadzwyczajną w dziedzinie zdrowia publicznego w odniesieniu do grupy ludzkiej mającej potencjał pandemiczny, w przypadku gdy Dyrektor Generalny WHO został poinformowany, lecz nie wydał jeszcze decyzji stwierdzającej pandemię grypy, zgodnie z mającymi zastosowanie przepisami WHO. Może uznać również sytuację za nadzwyczajną w innych przypadkach, w szczególności gdy przedmiotowe poważne transgraniczne zagrożenie zdrowia stanowi zagrożenie dla zdrowia publicznego w Unii, a także wtedy, gdy potrzeby medyczne związane z tym zagrożeniem nie zostały zaspokojone, a więc nie została dopuszczona zadowalająca metoda diagnostyki, profilaktyki lub leczenia. Oczywiście chodzi o sytuację, gdy Dyrektor Generalny WHO został poinformowany, ale nie wydał w tych przypadkach decyzji stwierdzającej – zgodnie z międzynarodowymi przepisami zdrowotnymi – że zaszła sytuacja nadzwyczajna w dziedzinie zdrowia publicznego o zasięgu międzynarodowym.

W decyzji zwrócono uwagę na potrzebę ochrony danych osobowych, przywołując powszechnie znane dyspozycje dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych²¹ oraz rozporządzenie (WE) nr 45/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z 18 grudnia 2000 r. o ochronie osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez instytucje i organy wspólnotowe i o swobodnym przepływie takich danych²².

²⁰ Zostało to dodatkowo doprecyzowane w decyzji wykonawczej Komisji (UE 2017/253) z 13 lutego 2017 r. ustanawiającej procedury powiadamiania o zagrożeniach w ramach systemu wczesnego ostrzegania i reagowania ustanowionego w odniesieniu do poważnych transgranicznych zagrożeń zdrowia oraz procedury wymiany informacji, przeprowadzania konsultacji i koordynacji działań podejmowanych w odpowiedzi na takie zagrożenia, zgodnie z decyzją Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1082/2013/UE, Dz. Urz. UE L 2017, 37, 23.

²¹ Dz. Urz. UE L 1995, 281, 31, zm. Dz. Urz. UE L 2003, 284, 1.

²² Dz. Urz. UE L 2001, 8, 1. W kwestii stosowania unijnych przepisów o transgranicznych zagrożeniach dla zdrowia i ochrony danych osobowych zob. P. Dąbrowska-Kłosińska, *Stosowanie unijnych przepisów o transgranicznych zagrożeniach dla zdrowia a ochrona danych osobowych w UE*, „Przegląd Prawa i Administracji”, 2016, 107, ss. 53–81.

Sytuacja po wybuchu pandemii

Pandemia COVID-19 pokazała, że zdolności w zakresie gotowości i reagowania na szczeblu krajowym okazały się niewystarczające. Wiele państw członkowskich borykało się z problemem nieodpowiedniego gromadzenia zapasów (np. środków ochrony osobistej), braku natychmiast dostępnych zdolności reagowania systemów opieki zdrowotnej, testowania, ustalania kontaktów zakaźnych i nadzorowania oraz braku możliwości do wdrożenia planów ciągłości działania dla opieki zdrowotnej (aby uniknąć opóźnień w planowanym leczeniu stacjonarnym), a także z problemem niedoboru wykwalifikowanego personelu medycznego. Pandemia COVID-19 obnażyła również wyraźny brak ogólnej wizji wdrożenia planów gotowości i reagowania państw członkowskich, a także brak spójności w odniesieniu do ich zgodności. Było to w dużej mierze spowodowane brakiem możliwości porównywania przez UE planów w jednolity sposób w całej Unii ze względu na brak podstawowych unijnych norm i wskaźników, brak wiedzy UE na temat zdolności na szczeblu krajowym do wdrażania planów oraz niespójne informacje zwrotne od państw członkowskich na temat ich planów gotowości i reagowania. Sytuację pogorszył ponadto brak nadrzędnego planu gotowości UE na wypadek pandemii. Kryzys w dziedzinie zdrowia publicznego związany z COVID-19 pokazał, że UE i państwa członkowskie muszą zrobić więcej w zakresie planowania gotowości i reagowania na epidemie i inne poważne transgraniczne zagrożenia zdrowia²³. Chociaż struktury i mechanizmy ustanowione na szczeblu UE w ramach decyzji w sprawie poważnych transgranicznych zagrożeń zdrowia ułatwiły wymianę informacji na temat rozwoju pandemii i stanowiły wsparcie dla szczególnych środków krajowych, mogły jednak w znikomym stopniu przyczynić się do uruchomienia w odpowiednim czasie wspólnej reakcji na szczeblu UE i zapewnienia spójnego przekazywania informacji o ryzyku. Ten brak spójności i koordynacji nadal stanowi przeszkodę w walce z pandemią.

²³ W tej kwestii zob. J. Sobczak, *Poważne transgraniczne zagrożenie zdrowia w systemie prawa unijnego* [w:] T. Gardocka, A. Fiutak, D. Jagiełło (red.) *Aktualne problemy prawne w psychologii i medycynie*, Warszawa 2018, ss. 117–134; por. także J. Sobczak, *Zdrowie publiczne a prawa pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej* [w:] M. Urbaniak, R. Staszewski (red.) *Aktualne problemy przemian systemu ochrony zdrowia w Polsce*, Poznań 2017, ss. 9–29.

Pandemia COVID-19 uwidoczniła potrzebę i wartość skoordynowanych działań na szczeblu UE. Zawarcie umów zakupu z wyprzedzeniem dotyczących szczepionek na szczeblu UE zwiększa prawdopodobieństwo wspólnego wyjścia z kryzysu, a gromadzenie zapasów medycznych środków przeciwdziałania już zmniejszyło jego wpływ. Jednocześnie pandemia ujawniła słabości strukturalne i niedoskonałości rynku w zakresie prognozowania, gotowości i zdolności do spójnego, szybkiego i odpowiedniego reagowania w celu ochrony naszych obywateli przed kryzysami zdrowotnymi²⁴.

Rozporządzenie (UE) nr 2022/2371 w sprawie poważnych transgranicznych zagrożeń zdrowia

W dniu 11 listopada 2020 roku wydany został komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów *Budowanie Europejskiej Unii Zdrowotnej: zwiększenie odporności UE na transgraniczne zagrożenie zdrowia*²⁵. Poprzedziło go orędzie o stanie Unii z 2020 roku przewodniczącej Komisji Ursuli von der Leyen; stwierdziła ona, że kryzys zdrowotny w wyniku COVID-19 przemawia za potrzebą stworzenia Europejskiej Unii Zdrowotnej, która powinna zostać wyposażona w narzędzia służące do zapobiegania kryzysom zdrowotnym. Projekt Unii Zdrowotnej zgłoszony został w sytuacji, gdy zarówno UE, jak i jej państwa członkowskie zmagają się z nową falą zachorowań na COVID-19, wprowadzając niezbędne środki mające powstrzymać pandemię. W komunikacie zauważono, że konieczne jest rozszerzenie zakresu unijnych ram dotyczących transgranicznych zagrożeń zdrowia, dostrzegając potrzebę rewizji art. 168 ust. 5 TFUE, co winno nastąpić jednak z pełnym poszanowaniem kompetencji państw

²⁴ R. Laxminarayan, B. Wahl, S.R. Dudala, K. Gopal, Ch. Mohan, S. Neelima, K.S. Jawahar Reddy, J. Radhakrishnan, J.A. Lewnard, *Epidemiology and transmission dynamics of COVID-19 in two Indian states*, „Science”, 2020, 370, ss. 691–697; B. Lee, W.V. Raszka, Jr. *COVID-19 transmission and children: The child is not to blame*, „Pediatrics”, 2020, 146; E. Lachassinne, L. de Pontual, M. Caseris, M. Lorrot, C. Guilluy, A. Naud, M-A. Dommergues, D. Piquier, E. Wannepain, E. Hausherr, C. Jung, V. Gajdos, R. Cohen, J-R. Zahar, S. Brichler, R. Basmaci, P-Y. Boelle, C. Bloch-Queyrat, C. Aupiais, *SARS-CoV-2 transmission among children and Staff in daycare centers during a nationwide lockdown in France: a cross-sectional, multicentre, seroprevalence study*, „Lancet Child Adolesc Health”, 2021, 5, ss. 256–264.

²⁵ COM (2020), 724 final. Wraz z komunikatem pod tą samą datą został sporządzony wniosek dotyczący opracowania rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie poważnych transgranicznych zagrożeń zdrowia oraz uchylecia decyzji nr 1082/2013/UE COM (2020), 727 final, 2020/0322 (COD).

członkowskich w dziedzinie zdrowia²⁶. Przyczynić się to powinno do wzmocnienia roli UE w międzynarodowej koordynacji i współpracy na rzecz zapobiegania transgranicznym zagrożeniom zdrowia i ich kontroli oraz poprawy globalnego bezpieczeństwa zdrowotnego²⁷.

W efekcie 23 listopada 2022 r. wydane zostało rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2022/2371 w sprawie poważnych transgranicznych zagrożeń zdrowia oraz uchylenia decyzji nr 1082/2013/UE²⁸. Poprzedziła je opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego – komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów Budowanie Europejskiej Unii Zdrowotnej: zwiększenie odporności UE na transgraniczne zagrożenia zdrowia²⁹ oraz opinia Komitetu Regionów Transgra-

²⁶ Komunikatowi z 11 listopada 2020 r. towarzyszą dwa wnioski ustawodawcze. Po pierwsze: przegląd decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1082/2013/UE z 22 października 2013 r. w sprawie poważnych transgranicznych zagrożeń zdrowia oraz uchylająca decyzję nr 2119/98/WE, Dz. Urz. UE L 2013, 293, 1. Zob. w tym przedmiocie: R. Bugajski, Poważne transgraniczne zagrożenie zdrowia (projekt UE), LEX/el2022. Po drugie: wniosek dotyczący rozszerzenia mandatu Europejskiej Agencji Leków (EMA) powiązany z wnioskiem dotyczącym wzmocnienia Unijnego Mechanizmu Ochrony Ludności zaproponowanym przez Komisję w czerwcu 2020 roku. Wypada w tym miejscu zauważyć projekt zakładający wzmocnienie mandatu Europejskiego Centrum ds. Zapobiegania i Kontroli Chorób (ECDC) oraz rozszerzenie mandatu Europejskiej Agencji Leków (EMA). Wspólnotowy Mechanizm Ochrony Ludności został ustanowiony decyzją Rady 2001/792/WE, Euroatom z 23 października 2001, Dz. Urz. UE L 2001, 297, 7 i przekształcony decyzją Rady 2007/779/WE Euroatom z 8 listopada 2007 roku. Dopiero decyzją Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1313/2013/EU z 17 grudnia 2013 r. w sprawie Unijnego Mechanizmu Ochrony Ludności uległ on dalszym przekształceniom, Dz. Urz. UE L 2013, 347, 924.

²⁷ Kwestie te stały się wcześniej przedmiotem dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z 9 marca 2011 r. w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej, Dz. Urz. UE L 2011, 88, 45. W myśl wspomnianej dyrektywy „opieka zdrowotna” oznacza usługi zdrowotne świadczone przez służby zdrowia pacjentom w celu oceny utrzymania lub poprawy ich stanu zdrowia, łącznie z przepisywaniem, wydawaniem i udostępnianiem produktów leczniczych oraz wyrobów medycznych.

²⁸ Opublikowane 6 grudnia 2022 r., Dz. Urz. UE L 2022, 314, 26. W myśl art. 35 tego rozporządzenia wchodzi ono w życie dwudziestego dnia po jego opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym UE, czyli 26 grudnia 2022 r. (nr CELEX 32022R2371). Rozporządzenie zostało poprzedzone rozbudowanym projektem 2020/0322 (COD), którego treść znalazła się we wniosku z 11 listopada 2020 COM (2020), 727 final.

²⁹ Dz. Urz. UE C 2021 286, 109. Opinia dotyczyła trzech wniosków dotyczących rozporządzeń Europejskiego Parlamentu i Rady. Po pierwsze: wniosku w sprawie wzmocnienia roli Europejskiej Agencji Leków w zakresie gotowości na wypadek sytuacji kryzysowej i zarządzania kryzysowego w odniesieniu do produktów leczniczych i wyrobów medycznych, COM(2020)725 final-2020/321(COD); po drugie: wniosku w sprawie rozporządzenia zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 851/2004 ustanawiającego Europejskie Centrum ds. zapobiegania i kontroli chorób, COM(2020)726 final-2020/320(COD); po trzecie: wniosku w sprawie poważnych transgranicznych zagrożeń zdrowia oraz uchylającego decyzję nr 1082/2013/UE COM(2020),727 final-2020/320 (COD). Sprawozdawcą w kwestii wniosku był Ioannis Vardakastanis z Sekcji Zatrudnienia, Spraw Społecznych i Obywatelstwa. Opinia została przyjęta na sesji plenarnej nr 560, 27 kwietnia 2021 r.; za opinią opowiedziało się 232 osoby, trzy były przeciw, siedem wstrzymało się od głosu.

niczne zagrożenie zdrowia i mandat Europejskiego Centrum ds. Zapobiegania i Kontroli Chorób³⁰.

W tej ostatniej opinii – po wyciągnięciu wniosków płynących z pandemii COVID-19 – zaproponowano, aby przedstawiciele Europejskiego Komitetu Regionów zostali włączeni w charakterze obserwatorów w prace zespołów, komitetów i grup zadaniowych powoływanych na poziomie unijnym zajmującymi się stanami zagrożenia zdrowia publicznego, w szczególności w Komitecie Doradczym ds. Stanów Zagrożeń Zdrowia Publicznego. Postulowano też potrzebę refleksji nad rozszerzeniem kompetencji UE w zakresie zdrowia art. 168 TFUE w celu solidarnego przeciwdziałania poważnym transgranicznym zagrożeniom zdrowia.

Nowa regulacja dotycząca Komitetu ds. Bezpieczeństwa Zdrowia

W motywach rozporządzenia wskazano, że Komitet ds. Bezpieczeństwa Zdrowia (KBZ), ustanowiony decyzją nr 1082/2013/UE, odgrywa ważną rolę w koordynacji planowania zapobiegania poważnym transgranicznym zagrożeniom zdrowia, gotowości i reagowania na te zagrożenia. Wskazano, że Komitetowi temu należy powierzyć dodatkowe obowiązki w zakresie przyjmowania wytycznych i opinii w celu lepszego wspierania państw członkowskich w zapobieganiu poważnym transgranicznym zagrożeniom zdrowia i ich kontroli oraz lepszej koordynacji działań państw członkowskich w przeciwdziałaniu tym zagrożeniom. W posiedzeniach KBZ powinien móc uczestniczyć w charakterze obserwatora przedstawiciel wyznaczony przez Parlament Europejski. Uznano także, że Komisja – w tym (w stosownych przypadkach) Urząd ds. Gotowości i Reagowania na Stany Zagrożenia Zdrowia (HERA), ustanowiony jako jednostka organizacyjna Komisji jej decyzją z 16 września 2021 r.³¹, oraz KBZ, ECDC,

³⁰ Dz. Urz. UE C 2021, 300, 76 – posiedzenie zdalne, 144. sesja plenarna KR-U, 5–7 maja 2021 r.; sprawozdawcą był Olgierd Geblewicz, marszałek województwa zachodniopomorskiego.

³¹ Decyzja Komisji z 16 września 2021 r. ustanawiająca Urząd ds. Gotowości i Reagowania na Stan Zagrożenia Zdrowia, Dz. Urz. UE C 2021, 393, I, 3. Wypada przypomnieć, że w motywach decyzji z 16 września 2021 r., powołując się na komunikat Budowanie Europejskiej Unii Zdrowotnej: zwiększenie odporności UE na transgraniczne zagrożenia zdrowia – przyjęty w listopadzie 2020 roku – stwierdzono, że Urząd ds. Gotowości i Reagowania na Stany Zagrożenia Zdrowia („HERA”) będzie kluczowym elementem służącym ustanowieniem silniejszej Unii Zdrowotnej. Obok wzmocnionych ram prawnych dotyczących transgranicznych zagrożeń zdrowia wraz z rozszerzonymi i poprawionymi kompetencjami Europejskiego Centrum ds. Zapobiegania i Kontroli Chorób oraz Europejskiej Agencji Leków wraz ze

EMA i inne odpowiednie agencje i organy Unii – powinny koordynować swoje działania i współpracować w zakresie takiej gotowości i reagowania. Koordynacja między tymi organami powinna opierać się na udziale odpowiednich zainteresowanych stron i zmierzać do tego, by nie powielano wysiłków.

W dalszej części motywów przypomniano, że Grupa Głównych Doradców Naukowych Komisji, Europejska Grupa ds. Etyki w Nauce i Nowych Technologiach oraz specjalny doradca przewodniczącej Komisji Europejskiej ds. reagowania na COVID-19 – we wspólnej opinii *Poprawa gotowości na wypadek pandemii i zarządzania nią* – zalecają utworzenie stałego organu doradczego UE ds. zagrożeń i kryzysów zdrowotnych. Podkreślono, że Komisja ma obowiązek opracowania unijnego planu działania na wypadek kryzysu zdrowotnego i pandemii, który musi być zatwierdzony przez KBZ. Za niezwykle ważne uznano, aby Komisja na wniosek KBZ lub z własnej inicjatywy i w ścisłej współpracy z odpowiednimi agencjami organami Unii lub służbami Komisji dostarczała wszystkich istotnych informacji, danych i wiedzy, którymi dysponuje.

Wskazano, że KBZ, będąc odpowiedzialny za koordynację reagowania na poziomie Unii, powinien wziąć na siebie dodatkową odpowiedzialność za przyjmowanie opinii i wytycznych dla państw członkowskich w związku z zapobieganiem poważnym transgranicznym zagrożeniom zdrowia i ich kontrolą. Dlatego też należy wzmocnić regularny dialog między KBZ a odpowiednimi organami Rady, tak aby zapewnić skuteczniejsze działania następcze w związku z pracami KBZ na poziomie krajowym. Koordynacja reagowania w ramach KBZ wspieranego przez odpowiednie podgrupy winna zatem obejmować szybką wymianę informacji dotyczącą przesyłanych komunikatów i strategii oraz powinna zajmować się koordynacją przekazywania informacji o ryzyku i sytuacji kryzysowej – opartą na całościowej, przejrzystej i niezależnej ocenie zagrożeń zdrowia publicznego, która powinna być w stosownych przypadkach dostosowywana do krajowych i regionalnych potrzeb i okoliczności.

W art. 4 rozporządzenia na nowo ustanowiono i określono kompetencje Komitetu ds. Bezpieczeństwa Zdrowia. Ustalono, że w jego skład wejdą

Strategią Farmaceutyczną dla Europy zob. COM (2020) 724 final. W przedmiocie Strategii Farmaceutycznej zob. M. Gołda-Sobczak, *Strategia farmaceutyczna dla Europy – pokłosie pandemii Sars-CoV-2* [w:] J. Sobczak, A. Rogacka-Lukasik (red.) *Wybrane zagadnienia prawa medycznego wobec wyzwań pandemii wywołanej wirusem Sars-CoV-2*, Częstochowa–Poznań 2022, ss. 37-77.

przedstawiciele państw członkowskich na dwóch szczeblach roboczych. Pierwszą z nich stanowi grupa robocza wysokiego szczebla, której obowiązkiem ma być prowadzenie regularnej dyskusji na temat poważnych transgranicznych zagrożeń zdrowia oraz przyjmowanie opinii i wytycznych wydawanych przez ekspertów odpowiednich technicznych agencji lub organów Unii oraz opinii i wytycznych dla państw członkowskich w sprawie konkretnych środków reagowania w celu zapobiegania poważnym transgranicznym zagrożeniom zdrowia i ich kontrolowania. Drugi szczebel roboczy stanowią mają techniczne grupy, których celem jest omawianie konkretnych zagadnień.

Państwa członkowskie Unii wyznaczają jednego przedstawiciela i nie więcej niż dwóch zastępców członków KBZ. O wyznaczeniu tych osób i wszelkich zmianach w tym zakresie mają obowiązek powiadomić inne państwa członkowskie. Parlament Europejski wyznacza przedstawiciela technicznego, który uczestniczy w pracach w KBZ w charakterze obserwatora. Przewodniczącym KBZ jest przedstawiciel Komisji niemający prawa głosu. KBZ zbiera się w regularnych odstępach czasu, a w przypadkach gdy sytuacja tego wymaga – na wniosek Komisji lub dowolnego państwa członkowskiego. Sekretariat KBZ prowadzony jest przez Komisję. KBZ i Komisja zapewniają regularne konsultacje z ekspertami w dziedzinie zdrowia publicznego, organizacjami międzynarodowymi i zainteresowanymi stronami, w tym pracownikami służby zdrowia.

KBZ większością 2/3 członków przyjmuje swój regulamin wewnętrzny, który określa ustalenia robocze dotyczące w szczególności: procedury posiedzeń plenarnych, udziału ekspertów w tych posiedzeniach, statusu ewentualnych obserwatorów (w tym z Parlamentu Europejskiego, Agencji i organów Unii, państw trzecich i WHO), a także kwestie dotyczące badania przez KBZ, czy przedłożona mu kwestia wchodzi w zakres jego mandatu oraz możliwości zalecenia, aby skierowano ją do organu właściwego na mocy przepisu innego aktu Unii lub traktatu Euratom. W rozporządzeniu przesądzono, że generalnie KBZ przyjmuje wytyczne i opinie na zasadzie konsensusu. Jeżeli dochodzi jednak do głosowania, „jego wynik rozstrzygany jest większością 2/3 głosów członków KBZ”. Członkowie KBZ, którzy głosowali przeciw albo wstrzymali się od głosu, w odniesieniu do wytycznych lub opinii mają prawo do załączenia dokumentu zawierającego skrócone uzasadnienie ich stanowiska. Regulamin wewnętrzny, wytyczne, porządki obrad i protokoły posiedzeń KBZ są publikowane na

stronie internetowej Komisji, chyba że taka publikacja narusza interes publiczny lub prywatny³².

W rozporządzeniu wskazano, że do zadań KBZ należy: umożliwienie skoordynowanego działania Komisji i państw członkowskich w celu wykonania rozporządzenia, koordynowanie w porozumieniu z Komisją działań w zakresie planowania, zapobiegania i gotowości, wreszcie koordynowanie w porozumieniu z Komisją przyjmowania informacji o ryzyku i sytuacjach kryzysowych oraz koordynowanie reagowania państw członkowskich na poważne transgraniczne zagrożenia zdrowia, a także coroczne przyjmowanie programu prac określającego priorytety KBZ. Ponadto do zadań KBZ należy wspomniane już przyjmowanie opinii ekspertów, które powierzono – z mocy art. 4 ust. 1 pkt a rozporządzenia – grupie roboczej wysokiego szczebla.

W art. 5 rozporządzenia zadeklarowano, że Komisja we współpracy z państwami członkowskimi i odpowiednimi agencjami i organami Unii oraz zgodnie z opracowanymi przez WHO ramami gotowości i reagowania w sytuacjach nadzwyczajnych, określonymi w Międzynarodowych Przepisach Zdrowotnych (IHR), opracuje unijny plan na wypadek kryzysu zdrowotnego, aby wspierać skuteczną skoordynowaną odpowiedź na transgraniczne zagrożenia zdrowia na poziomie Unii³³. Plan ten zawierać ma w szczególności postanowienia w sprawie wspólnych ustaleń „dotyczących zarządzania, zdolności i zasobów potrzebnych do współpracy między Komisją, Radą, państwami członkowskimi, KBZ i odpowiednimi agencjami i organami Unii”. Stwierdzono, że uwzględnią on usługi i wsparcie, które mogą być dostępne w ramach Unijnego Mechanizmu Ochrony Ludności, a w szczególności zdolności w ramach zapasów rescEU, zgodnie z decyzją wykonawczą Komisji (UE) 2019/570 z 8 kwietnia 2019 r.³⁴, oraz innych mechanizmów, a także zdolności i zasoby udostępnio-

³² Pojęcie interesu publicznego lub prywatnego ma być rozumiane zgodnie z definicją zawartą w art. 4 rozporządzenia (WE) nr 1049/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z 30 maja 2001 r. w sprawie publicznego dostępu do dokumentów Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji, Dz. Urz. UE L 2001, 145, 43; sprost. Dz. Urz. UE L 2010, 271, 20.

³³ Plan ten nazwany został unijnym planem zapobiegania gotowości i reagowania. W art. 4 ust. 2 rozporządzenia stwierdzono, że stanowi on uzupełnienie krajowych planów gotowości i zapobiegania ustanowionych zgodnie z art. 6 rozporządzenia oraz wspiera skuteczną synergię działań państw członkowskich, Komisji, Europejskiego Centrum ds. zapobiegania i kontroli chorób (ECDC) i innych odpowiednich agencji Unii.

³⁴ Decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2019/570 z 8 kwietnia 2019 r. ustanawiająca zasady wdrażania decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1313/2013 w odniesieniu do zdolności reagowania rescEU i zmieniająca decyzję wykonawczą Komisji 2014/762/UE, Dz. Urz. UE L 2019, 99, 41, zm. Dz. Urz. UE L 2020, 941, 1.

ne do celów tego planu przez Unię, państwa członkowskie oraz współpracę w zakresie transgranicznych zagrożeń zdrowia. W planie tym odniesiono się także do zasad bezpiecznej informacji między Komisją, państwami członkowskimi, a w szczególności właściwymi organami oraz podmiotami odpowiedzialnymi na poziomie krajowym, KBZ oraz odpowiednimi agencjami lub organami Unii. Podkreślono, że wspomniany plan zawiera także postanowienia w sprawie wspólnych ustaleń potrzebnych do: nadzoru epidemiologicznego i monitorowania, wczesnego ostrzegania i oceny ryzyka, zwłaszcza w odniesieniu do transgranicznej gotowości i reagowania na poziomie międzyregionalnym, przekazywania informacji o ryzyku w sytuacjach kryzysowych, gotowości i reagowania w dziedzinie zdrowia oraz współpracy wielosektorowej³⁵, sporządzania przeglądu zdolności produkcyjnych w odniesieniu do odpowiednich medycznych środków przeciwdziałania o znaczeniu w całej Unii, badań i innowacji w sytuacjach nadzwyczajnych, zarządzania planem, jak również wspierania państw członkowskich w monitorowaniu wpływu poważnego transgranicznego zagrożenia zdrowia na świadczenie i ciągłość usług opieki zdrowotnej.

W art. 10 rozporządzenia bardzo kazuistycznie określono zasady koordynacji, planowania, zapobiegania, gotowości i reagowania w ramach KBZ, stwierdzając m.in., że dzieć się to będzie w porozumieniu z Radą ds. Kryzysów Zdrowotnych – w przypadku jej ustanowienia zgodnie z rozporządzeniem Rady (UE) 2022/2372 z 24 października 2022 r. w sprawie ram środków służących zapewnieniu zaopatrzenia w medyczne środki przeciwdziałania istotne podczas kryzysu w przypadku stanu zagrożenia zdrowia publicznego na poziomie Unii³⁶.

W kolejnych artykułach rozporządzenia w sposób bardzo szczegółowy zajęto się nadzorem epidemiologicznym (art. 13), funkcjonowaniem cyfrowej platformy nadzoru (art. 14), działalnością laboratoriów referencyjnych UE (art. 15), siecią ds. substancji pochodzenia ludzkiego (art. 16) i monitorowaniem doraźnym (art. 17). Funkcjonowaniu systemu wczesnego ostrzegania i reagowania poświęcono artykuły od 18 do 22 rozp., w których zajęto się m.in. problemem powiadamiania o zagrożeniu, oceną zagrożenia ze wskazaniem na obowiązki w tym zakresie różnych agencji lub organów

³⁵ Sprecyzowano przy tym, że chodzi tu o identyfikację czynników ryzyka sprzyjających przenoszeniu chorób i związanych z tym obciążen zawodowych, w tym uwarunkowań społecznych, gospodarczych i środowiskowych, zgodnie z podejściem „Jedno zdrowie” w odniesieniu do chorób odzwierzęcych, chorób przenoszonych przez żywność i wodę, a także o inne istotne choroby.

³⁶ Dz. Urz. UE L 2022, 314, 64.

Unii, wreszcie koordynacją reagowania w ramach KBZ oraz problemem zaleceń w sprawie wspólnych tymczasowych środków ochrony zdrowia publicznego.

Problematyką uznawania stanów zagrożenia zdrowia publicznego na poziomie Unii zajęto się w artykułach od 23 do 25 rozp., regulując podstawy uznawania stanów poważnych transgranicznych zagrożeń zdrowia za zagrożenia na poziomie Unii. Bardzo szczegółowo określono skład i kompetencje Komitetu Doradczego ds. Stanów Zagrożenia Zdrowia Publicznego oraz skutki prawne uznania takiego stanu za zagrożenie na poziomie Unii – wyliczając mechanizmy legislacyjne, jakie winny być uruchomione.

W przepisach końcowych zwrócono uwagę na potrzebę przejrzystości i problem konfliktu interesów. Ponownie zaakcentowano potrzebę ochrony danych osobowych w szczególności w kontekście modułu selektywnego przekazywania wiadomości EWRS³⁷. Wskazano także na procedurę komitetową – zauważając, że Komisja jest wspomagana przez Komitet ds. Poważnych Transgranicznych Zagrożeń Zdrowia³⁸. Określono tu bardzo ogólnie ramy współpracy z WHO (art. 30 rozp.), zasady wykonywania przekazanych uprawnień (art. 31) oraz przyjmowanie aktów delegowanych w trybie pilnym (art. 32)³⁹. Stwierdzono, że do 31 grudnia 2024 r. – a następnie co pięć lat – Komisja dokona oceny rozporządzenia i przedłoży Parlamentowi Europejskiemu i Radzie sprawozdanie dotyczące głównych ustaleń tej oceny. Wskazano, jakie elementy winny wchodzić w skład takiego sprawozdania.

³⁷ Skrótom EWRS określa się w dokumentach unijnych nadzór epidemiologiczny nad chorobami zakaźnymi oraz prowadzenie systemów wczesnego ostrzegania. System ten został ustanowiony decyzją 2119/98/WE (Dz. Urz. UE L 1998, 268, 1). Wspomniany nadzór miało zgodnie z decyzją 1082/2013/UE z 5 listopada 2013 r. (Dz. Urz. UE L 2013, 293, 1) przejąć Europejskie Centrum ds. Zapobiegania i Kontroli Chorób (ECDC), któremu rozporządzenie (WE) nr 851 Parlamentu Europejskiego i Rady z 21 kwietnia 2004 r. nadało kompetencje w zakresie nadzoru i oceny ryzyka zagrożeń zdrowia ludzkiego ze strony chorób zakaźnych i chorób nieznanego pochodzenia (Dz. Urz. UE L 2004, 142, 1).

³⁸ Komitet ten jest Komitetem w rozumieniu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 182/2011 z 16 lutego 2011 r. ustanawiające przepisy i zasady ogólne dotyczące trybu kontroli przez państwa członkowskie wykonywania uprawnień wykonawczych przez Komisję Dz. Urz. UE L 2011, 55, 13.

³⁹ W załączniku nr 1 do rozporządzenia określono kryteria wyboru chorób zakaźnych i powiązanych szczególnych problemów zdrowotnych, które zostaną objęte nadzorem epidemiologicznym w ramach sieci nadzoru epidemiologicznego; wskazano także kryteria, które należy stosować przy określaniu i klasyfikacji przypadków oraz procedury prowadzenia sieci nadzoru epidemiologicznego. Załącznik nr 2 przynosi tabelę korelacji przepisów uchylonej decyzji nr 1082/2013/UE i przepisów rozporządzenia 2022/2371.

Podsumowanie. Wnioski

Komitet ds. Bezpieczeństwa Zdrowia wskutek wydania rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z 23 listopada 2022 r. uzyskał nowe, znacznie szersze kompetencje i nową regulację struktury. Niewątpliwie może to powodować pewne zamieszanie, zwłaszcza że w prawie unijnym nie zawsze – a jeśli tak, to nie do końca jasno – zwraca się uwagę na zmiany w dotychczasowym kształcie uprawnień poszczególnych instytucji. Jest to o tyle ważne, że jednocześnie w rozporządzeniu z 23 listopada 2022 r., które weszło w życie 26 grudnia 2022 r., na nowo uregulowano także działalność Rady ds. Kryzysów Zdrowotnych, tworząc Komitet Doradczy ds. Stanów Zagrożenia Zdrowia Publicznego. Powołany rzeczonym rozporządzeniem system zwalczania poważnych transgranicznych zagrożeń zdrowia stanowi bezspornie pewien postęp w stosunku do wcześniejszego stanu rzeczy. Rola KBZ w tym systemie wydaje się kluczowa. Sam system jawi się jednak jako wysoce zbiurokratyzowany, mało operacyjny, a kompetencje licznych organów kolegialnych funkcjonujących w jego ramach wyraźnie się zazębiają, pokrywają i jednocześnie wykluczają. Tak więc nie usunięto podstawowych wad, jakie pojawiły się w konsekwencji decyzji z 22 listopada 2013 r. – na co zwracano uwagę w literaturze.

Na koniec wypada zauważyć, że ambitna koncepcja stworzenia Unii Zdrowotnej państw UE, zgłoszona przez Ursulę von der Leyen, podchwyciona wprawdzie na etapie przygotowawczym rozporządzenia, była niewątpliwie sprzeczna z traktatami, w szczególności z art. 168 TFUE. Niemniej przyznać należy, że stanowiła ona wizjonerską próbę opanowania szerzącej się pandemii, której długofalowych skutków nie jesteśmy w stanie po dzień dzisiejszy przewidzieć ani oznaczyć terminu ostatecznego jej wygaśnięcia.

Abstrakt

Celem artykułu jest przedstawienie obecnego stanu prawnego w systemie Unii Europejskiej dotyczącego reagowania w razie poważnych transgranicznych zagrożeń zdrowia. Skupiono się na kwestiach organizacyjnych, relacjonując cele, zadania i kompetencje Komitetu ds. Bezpieczeństwa Zdrowia jako kluczowego organu w zakresie koordynacji planów zapobiegania poważnym transgranicznym zagrożeniom

zdrowia. Organ ten – ustanowiony decyzją Parlamentu Europejskiego i Rady z 22 października 2013 roku – został w znacznym stopniu zreorganizowany i wyposażony w dodatkowe kompetencje. Jego działalność została powiązana z innymi instytucjami Unii, a mianowicie: Komitetem ds. Poważnych Transgranicznych Zagrożeń Zdrowia, Urzędem ds. Gotowości i Reagowania na Stan Zagrożenia Zdrowia, Radą ds. Kryzysów Zdrowotnych oraz Grupą Zadaniową ds. Zdrowia. Pominięto natomiast w opracowaniu techniczne kwestie odnoszące się do funkcjonowania laboratoriów referencyjnych oraz cyfrowej platformy nadzoru, a także kwestie dotyczące budowania krajowych i unijnych planów zapobiegania, gotowości i reagowania.

Słowa kluczowe: Komitet ds. Bezpieczeństwa Zdrowia, Europejskie Centrum ds. Zapobiegania i Kontroli Chorób (ECDC), Europejska Agencja Leków (EMA), poważne transgraniczne zagrożenie zdrowia, Urząd ds. Gotowości i Reagowania na Stany Zagrożenia Zdrowia (HERA), system wczesnego ostrzegania i reagowania, krajowe plany zapobiegania, gotowości i reagowania.

BIBLIOGRAFIA

Baumann-Popczyk A., Wirusowe zapalenie wątroby typu E jako zoonoza, „Przegląd Epidemiologiczny”, 2011, 65.

Bugajski R., Poważne transgraniczne zagrożenie zdrowia (projekt UE), LEX/el2022.
Dąbrowska-Kłosińska P., Stosowanie unijnych przepisów o transgranicznych zagrożeniach dla zdrowia a ochrona danych osobowych w UE, „Przegląd Prawa i Administracji”, 2016, 107.

Gołda-Sobczak M., Strategia farmaceutyczna dla Europy – pokłosie pandemii Sars-CoV-2 [w:] J. Sobczak, A. Rogacka-Łukasik (red.) Wybrane zagadnienia prawa medycznego wobec wyzwań pandemii wywołanej wirusem Sars-CoV-2, Częstochowa-Poznań 2022.

Lachassinne E., de Pontual L., Caseris M., Lorrot M., Guilluy C., Naud A., Dommergues M.-A., Pinquier D., Wannepain E., Hausherr E., Jung C., Gajdos V., Cohen R., Zahar J.-R., Brichler S., Basmaci R., Boelle P.-Y., Bloch-Queyrat C., Aupiais C., SARS-CoV-2 transmission among children and Staff in daycare centers during a nationwide lockdown in France: a cross-sectional, multicentre, seroprevalence study, „Lancet Child Adolesc Health”, 2021, 5.

Laxminarayan R., Wahl B., Dudala S.R., Gopal K., Mohan Ch., Neelima S., Jawahar Reddy K.S., Radhakrishnan J., Lewnard J.A., Epidemiology and transmission dynamics of COVID-19 in two Indian states, „Science”, 2020, 370.

Lee B., Raszka W.V. Jr. COVID-19 transmission and children: The child is not to blame, „Pediatrics”, 2020, 146.

Sobczak J., *Zdrowie publiczne a prawa pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej* [w:] M. Urbaniak, R. Staszewski (red.) Aktualne problemy przemian systemu ochrony zdrowia w Polsce, Poznań 2017.

Sobczak J., *Poważne transgraniczne zagrożenie zdrowia w systemie prawa unijnego* [w:] T. Gardocka, A. Fiutak, D. Jagiełło (red.) Aktualne problemy prawne w psychologii i medycynie, Warszawa 2018.

Truszczyński M., Samorek-Salamonowicz E., *Ocena zoonotycznego potencjału grypy ptaków i świń jako źródła wirusów chorobotwórczych dla człowieka*, „Nauka”, 2010, 1.



Ignacio Ara Pinilla*

The Vulnerabilities of Living Wills

[Podatność testamentów życia na zagrożenia]

Abstrakt

Testament życia jest zwykle rozumiany jako ostateczna manifestacja zasady autonomii jednostki. To autonomia najdalej posunięta, autonomia osoby ostrożnej, która – w warunkach braku jakichkolwiek ograniczeń fizycznych czy intelektualnych – chce zapewnić przyszłe zeń skorzystanie. Jego uruchomienie wiąże się wszakże z niejakim ryzykiem, wynikającym z samej logiki zasady autonomii; po pierwsze z tej racji, że upowszechnienie podpisywania testamentów życia prowadzić może do pewnego lekceważenia autonomii tych, którzy decydują się jednak nie sygnować takiego dokumentu; po drugie zaś ze względu na ryzyko, że wola wyrażona w przeszłości – niekiedy nader odległej – przeważy nad obecną, milczącą (dorożumianą) wolą osoby, która utraciła już intelektualne kompetencje. Aby więc testament życia mógł zachować pełną moc prawną, proponuje się wprowadzenie wymagania okresowego odnawiania podpisu pod tym normatywnym dokumentem.

Słowa kluczowe: testament życia, autonomia jednostki, dokumenty normatywne, godność ludzka.

Approach

The relationship between health professionals and their patients at critical times and, as a general rule, during the transition towards the end of life of those who wish to play a leading role in crucial decisions of this process, have been notably affected by the growing presence of living

* **Ignacio Ara Pinilla** – full professor, University of La Laguna (Tenerife, Spain), Department of Constitutional Law, Political Science and Philosophy of Law; EULA honorary professor (2023).

wills.¹ A living will is a formal document signed by a competent individual containing the instructions to be followed by health personnel or those who have access to their health care at the time, in the event of certain circumstances, when the individual cannot validly make decisions for and express themselves. The recognition of the effects of the document is apparently consistent with legal systems within our cultural orbit, in which respect for individual autonomy is one of its most significant hallmarks of identity. It is autonomy in its purest form, the autonomy of the cautious individual who wants to guarantee the exercise of their autonomy even in the event of a foreseeable physical or intellectual limitation. In principle, there would be no reason to object to its incardination as a singular rule of the “segmentation of the dying process” called for by the condition of the person affected.² However, the presumption of its full legal potential comes up against relevant issues that relate to its foundation, its content, and the greater or lesser enactment of the principle of autonomy that could result from its implementation at the moment of truth.

The reformulation of the sanctity of life

The justification of the living will presupposes the availability of life, at least under certain circumstances. However, this is a fraught issue: the availability of life has been objected to with arguments of varying depth. One simplistic but relatively widespread argument appeals to the violation of the pre-eminent right to life that availability would represent: the right to life would always prevail over any supposed right to death. The inconsistency of the argument is revealed in the structural nature of the right (of any right) as an option that can be executed by its holder. It would make no sense to speak of the right to death, since this would be claim nothing other than the option not to exercise (or, as the case may be, to negatively exercise) the prerogative inherent in the right to life. The poorly-named right to death would be implicit (under no circumstances would it

¹ The indistinct use of the term assumes the generic reference of the problem, disconnected from the particularities of the various regulations. For the purposes of interest to us here, it would be worth mentioning F. Montalvo Jääskeläinen, *Muerte digna y Constitución. Los límites del testamento vital*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2009, p. 47, who identifies “too many names (nine) for a single concept”. Nevertheless, the popularised expression “living will” has been criticised for its technical imprecision, a criticism that can also be made of other expressions used.

² S. Rodotà, *La vida y las reglas*, translation by A. Greppi, Trotta, Madrid, 2010, p. 283.

be opposed) in the recognition of the right to life. The widespread call for the right to death by many champions of the availability of life provides an accurate illustration of the spread of an argument of indisputable emotional strength, but which is short (as would be the opposition of the right to remain silent in the face of the freedom of expression) on substance.³ To a large extent, detractors of the availability of life have led their opponents onto terrain that is most convenient for them (the opposition of rights), bypassing the problems inherent in their proposal. These problems can only be resolved by recognising the supreme value of life, over and above any individual rights.

The sanctity of life argument is usually presented as a sworn enemy of the availability of life. In its broadest sense, it would argue that life represents such an important value that it cannot be left at the expense of what an individual wants to do with it. When understood as described above, the thesis enjoys unequivocal social support. In our life (and in the lives of others), we all recognise an asset of inestimable value. The problem is that said prevention of what – in violation of its sacred character – could be done has degenerated into a strict prohibition of its suppression that would eventually leave other no less debatable uses of said prevention unscathed (if not indirectly legitimise them). Under these circumstances, the desire to control each person's method of dying would represent a "serious reversal" for the ethics of the sanctity of life,⁴ which would have to condemn the instruments (the living will, among others) authorised in the case in question. Its growing use is evidence of the crisis of a principle whose inevitable decrepitude seems to have been taken for granted by some.⁵ The triumph of individual autonomy over the sanctity of life, which bears testament to the relevance of the living will, could not fail to create a certain unease among those (individuals as a whole) who recognise the most important asset of their being in their own lives. It is as though the affirmation of self that the exercise of autonomy represents would result in a deterioration of the self itself, which would paradoxically become corrupted with its activation. The individual would find him or herself trapped in the dilemma of relativising the meaning of their status as an

³ However, the approach becomes more complex in the version that incorporates rights other than the conflict. See V. Frosini, *The living will and the right to die*, „Ratio Juris”, 1995, 8, 3, pp. 349–357.

⁴ P. Singer, *Repensar la vida y la muerte*, translated by Y. Fontal Rueda, Paidós, Barcelona, 1994, p. 150.

⁵ P. Singer, *¿Está la santidad de la vida ética terminalmente enferma?* [in:] *Desacralizar la vida humana*, translated by C. García Trevijano, Cátedra, Madrid, 2003, pp. 315–334.

autonomous being or relativising the supreme value that they have traditionally attributed to their life. In this dramatic dilemma, the solutions inevitably appear contradictory, intuitive, alien to any possible scrutiny of their justification: it is not easy to assess the normative substance of two principles that, at first glance, appear to reveal a relationship of co-implication, and in no case of opposition.

To a large extent, however, the dilemma appears less complex with a reconsideration of the meaning of the principle of sanctity of life that allows a more precise approach to the issue. In its clearest sense, what the principle prohibits is a devaluation of the meaning of life by sponsoring improper uses of it. Its violation would result from the inappropriateness of the use given to life, which would not necessarily consist of its suppression. While it is a semantic issue it is not without importance, mainly due to the unintentional nature of the drift from the broad interpretation (which is more in line with common parlance) to the restrictive (supposedly technified) vision, which in suppression identifies the only improper use of life outlawed by the principle in question. As things stand, one would have to analyse whether or not the exercise of autonomy that the articulation and implementation of the living will suppose represents a projection of the sanctity of life, the effectiveness of which none should hinder if it does. To this end, one must elucidate the properties that endow life with this pre-eminent value. The first such property is its uniqueness as a prerequisite for any individual achievement. Clearly, without existential support the individual can do nothing; they cannot reach any level of development, and they cannot be free. This is a respectable explanation, which in all other aspects rests on the basis of the most common argument in favour of unavailability. However, it is not a property that exhausts the meaning of the sanctity of life.

The value of life is not reduced to its subsistence condition; rather, it is to be recognised as an attribute of an individual that provides them with a set of criteria that define their unique, non-transferable nature. A human being represents a sum of critical interests and experience that configure the integral meaning of their life. The story of life is the shaping of a structure that defines the personality of each person. The legal formulation of the free development of personality stipulates the need to respect the emancipatory requirements that allow the individual to be more genuine and unique, to a large extent as a result of having assumed

critical interests and met the criteria for a good life in a certain context of unconditionality, relative in any case, as it could not be any other way. In the end, however, each individual is what they are and shapes a life different from that of others in their judgements, aspirations, interests, and temperament. The meaning of life created by each individual is susceptible to assessment, always from an equally specific vital perspective, however commonplace it may be. However, this does not detract from its full significance as a symbol of individuality. Of course, if one wishes to recognise intrinsic value in life, one cannot ignore any of the elements that comprise its intangible dimension. The sanctity of life is identical to the sanctity of the value that said collection of elements that defines one's own life represents for the individual. While the principle as such must be formulated in general terms, it demands an inevitably subjective vision and respect for the demands of life created by each person in their own way;⁶ a respect that, due to the particular nature of circumstances, becomes all the more urgent at the final moment. Decisions made by the individual in this regard must be interpreted in an integral manner, as a concrete manifestation of the meaning that has been given to a life that is worth for what it is in all its complexity, not just for what it represents as a material support for existence.

The aim is not to avert the demands of the human condition, as a condition shared by all members of the species. However, such a condition is projected in the configuration of unique personalities, with structured lives worthy of respect. The "liberticidal drift" that so often assumes a modest representation of the value of dignity⁷ should be replaced with a global vision of what dignity means. Dignity constitutes an insurmountable wall in how any personal issue is addressed, in particular how personal issues that relate to the end of life are concerned. However, as such it becomes evident in the irrevocable requirement of respect for individual personality. To a large extent, the right of everyone to be treated with dignity is "the right to have others recognise their genuine critical interests"⁸ and act accordingly.

⁶ R. Dworkin, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, translated by R. Caracciolo and V. Ferreres, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 260-284.

⁷ J. Clerckx, *Une liberté en péril? Le refus de soins*, „Revue de Droit Public et Science Politique”, 2004, 1, p. 165.

⁸ R. Dworkin, *op. cit.*, p. 308.

The well-understood logic of the principle of the sanctity of life will require the (inevitably subjective) reconstruction of the general meaning of the life of the affected person when said person is not present or cannot validly express him or herself in this respect and, if not, the specific consideration of their manifestation. In this respect, there would be no contradiction between the allegedly incompatible principles of autonomy and the sanctity of life: the demands of the sanctity of life find their natural vehicle in the autonomous participation of the subject. Nor would there be a contradiction with the requirements of the best interests thesis, since such interests would not only be the interests of experience: they would also be the critical interests that the decision-making body would have to reconstruct when, in the absence of personal provision in this regard, it would have to apply the principle of the sanctity of life.

Of course, by virtue of what it represents as an admission of guilt, the living will would be presented as an instrument ideal for the best reconstruction of the integral meaning of life that calls for the application of the principle of sanctity, correctly understood, to the conflicting issues to which the end of life gives rise.⁹ Its status as a timely expression of individual autonomy will require a precise demarcation of its content and an assessment of its potential effects with a view to the best implication of the principle that sustains them.

The normative content of the living will

The relevance of the assets in question, the irreversibility of the suppression of life carried out in execution of instructions issued in advance, and, in particular, non-synchronicity in terms of time and matter between the expression of will and its hypothetical realisation, mean that great caution must be exercised in the enactment of the living will. In this sense, the activation of the different guarantee instruments that ensure the competence of the subject (and, to the extent possible, congruence between the will expressed and the assumption required by its application) is required. All of the above is projected in strict compliance with certain formal requirements, and in the greatest possible specifica-

⁹ G. M. Flick, *A propósito di testamento biologico spunti per una discussione*, „Politica del Diritto”, 2009, 4, p. 528.

tion of the assumptions and circumstances that could constitute the presumption of the application of the desire expressed in advance. Needless to say, the inaccuracy of the assumptions provided for in the document and the possible contradiction of the same with established law result in their dismissal.

Nevertheless, it is reasonable to suggest that whoever signs the document does not necessarily have to follow (or even be familiar with) the letter of the law when drafting what is nothing more than an expression of wishes, conditional of course on its effectiveness due to the demands of compliance with the legal system. Healthcare personnel could not be expected to comply with the expressed will to such an extent that to do so would require, whether by action or omission, the non-observance of their professional duties. However, nor would there be any reason to outlaw the document from stipulating the wish to proceed with certain actions or omissions if said actions or omissions were recognised by the legal system at the time of their application. The expression of a wish subject to a condition does not constitute an offence in itself, even if the execution of said wish could when the required condition is not met. The postponement of the effects foreseen in the living will opens up the possibility of their recognition in law in the future. Therefore, it would not be reasonable for a document that supposedly constitutes an immediate expression of individual autonomy to be able to curtail its possibilities of application from the outset when it is not interfered with at the corresponding moment by a legal prohibition, irrespective of what the intra-history of the legal treatment of the matter might have been. The provision that translates the living will should not be limited by a legal impossibility that could well cease to exist in the future. The conduct of health personnel must be governed by the regime in force at the time of its implementation, not that applicable at any other time (including that in force at the time of the signing of the document in question). There is no reason to limit the opportunities to enact a will that would not necessarily foster any unlawful behaviour, precisely because the actual conduct planned is subject to the condition that marks its future and always hypothetical recognition in law.

There is no shortage of people who have objected to this reasoning due to the lack of legal certainty that it could cause, citing the need for the required conduct of health personnel to be in accordance with the legal

system at the time of the formulation of the living will.¹⁰ It is true, of course, that the fact that engaging in the required conduct would be at the expense of its future compliance with the established system precludes the possibility of the control of legality that could be carried out in a preliminary manner by officials in charge of making the document in question viable. However, this objection (which otherwise would be meaningless in systems where the presence of witnesses is enough to validate the living will) would be easily addressed by promoting a posteriori control. Health personnel would then have no reason to cite any alleged breach of their security; they would have all the information they needed to know what to expect. If anything, the legal certainty of the signatory of the document could be seen as limited, due to their submission to the condition, to the person to whom the formulation of their will would not be guaranteed at the time. However, this is a price that those who intend to assert their will against all odds would undoubtedly be willing to pay, in the hope that timely changes in legislation will allow their efforts to bear fruit.

However, the conformity or otherwise of conduct with the law is not always clear either. Certainly, the control of legality required for the formulation of the document would eliminate any doubts in this respect. However, to do so would be at the cost of ruling out the possibility that the legislative change could be more closely aligned with the values implicit in the recognition of the right to life. Of course, one cannot expect from a control of legality on such an issue an interpretation that would increase the possibilities of exceeding the bar that marks the achievement of the objective of survival (i.e. prolonging the survival) of the affected person. In this sense, nothing would be lost by postponing the control of legality at the time of the execution of the living will. On the contrary: this would leave the door open both to legislative change and to an interpretation more in line with the material meaning of the legal values in question.

The matter acquires special significance in relation to the disjunctive action-omission as a way of executing the will of the affected party. A patient can request that health personnel or whoever has access to their health care perform a specific act that could result in their death, or refrain from carrying out actions that are usually aimed at delaying their death. The end result is the same, but social sensitivity has traditio-

¹⁰ A. M. Marcos del Cano, *Voluntades anticipadas* [in:] F. J. Elizari (coordinador), *Diez palabras claves ante el final de la vida*, Verbo Divino, Estella, 2007, pp. 389–425.

nally manifested itself in a number of ways, stimulating differentiated regulations.

The legitimisation of conduct that constitutes mere abstention is paradigmatically framed as part of futile life support. This is a thorny issue in which the field of medical ethics was forced to move prudently, given the impossibility of envisioning a fixed concept of the threshold of futility in treatment. Without doubt, the implication of the principle of autonomy through informed consent has contributed to those forced to make drastic decisions based on the irreversibility of the patient's condition being released from much of their responsibility. This does much to explain the relative ease with which the living will has been made virtual in such a case. Of course, the mere mention of the irreversibility of the condition of the patient does in itself solve the problem either. A diagnosis of irreversibility does not prejudge the length or quality of the life doomed to extinction. Not even the state of unconsciousness of the patient could dictate with a firm and resolute opinion the moment that life ceases to be valid as such to be prolonged using artificial means. Hence the desirability that, while without detracting from the required clarity, the clauses contained in the document in question should be as nuanced as possible.

It is also possible that, without the situation being so dramatic, the patient demands that the care necessary to guarantee their survival be stopped. Such decisions are based on a wish not to become a financial burden, the feeling of indignity before the representation of their condition, the discomfort they feel due to the impossibility of managing their affairs on their own, etc. The greater or lesser sensitivity to situations of such a different nature explains why the refusal of treatment is considered a "variable right" in different legal systems.¹¹ However, this does not begin to operate as a relevant configurator element in the final meaning of the decision. Of course, the alibi of pain comes to life in this type of matter, although it may not be strictly physical pain. Psychological suffering can also be unbearable. Needless to say, what is desirable in these cases is for the patient to promptly express their will, determining the exact moment they wish for treatment to be withdrawn. It is possible, however, that, whatever the futility of the costs involved, the patient will anticipate their lack of competence, formulating their will in this respect in the corresponding

¹¹ A. Pariente, *Le refus de soins: réflexions sur un droit en construction*, „Revue de Droit Public et Science Politique”, 2003, 5, p. 1424.

document, even if it is not possible to imagine a direct implication of the disease in loss of competence. The natural incompetence caused by the passage of time opens up the same path to the execution of the document as that most closely linked to the progress of the disease.

A different aspect presents the issue of active intervention in causing the death of the patient. The incorporation of such clauses indisputably gives rise to objections to the prospect that no one can be forced to kill a human being who still has a certain temporary perspective of survival, however unfortunate this perspective may be. However, one would have to ask what the criterion that inspires this type of reservations is, which points us to the general foundation of the conduct in question. At this point, the elimination of pain appears to be the most appropriate candidate. In fact, the withdrawal of care rejected by the patient is normally inspired by the elimination of the physical or psychological suffering caused by their survival. This reasoning is undermined when the achievement of the desired effect requires the presence of an active course of action by the recipient of the living will. The paradox is that the individual who has “the misfortune of surviving naturally” is in a worse position than the one who continues to survive as a result of being hooked up to irreplaceable external support, even though in the case of the former the patient might be in much more serious and unbearable suffering that leads them to express their wish to end their own life. Thus, we would be faced with “discrimination based on personal condition”, since the condition of not being dependent on any external support to maintain life would work against those who are in the same situation (if not in an even more serious one) as others in concerning the presence of the material foundation of the required behaviour.¹² This is a discrimination that cannot find support in the exorbitant nature of the action demanded from health personnel, to whom the network of duties and objections that regulate the exercise of their profession would always apply.¹³ It goes without saying that the absence of a legal possibility to actively cooperate to achieve the effect sought in the living will would make its content ineffective. However, nothing prevents the relevance of such a clause in the terms of conditionality indicated above for its implementation.

¹² S. Rodotà, *op. cit.*, p. 287.

¹³ However, I. García Presas (*Clases de testamentos*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 131) considers conscientious objection in this regard as a palpable sign that we cannot yet speak of a secularisation of medicine at the end of life.

In all other aspects, the living will sometimes contains provision (it is convenient that it should contain such provision) for the appointment of a representative of the signatory. This representative acts as a trustee of the latter in order to provide health personnel with a more precise and clear-sighted interpretation of their wishes. It is an issue that arises between the issuer and the recipient of the instructions who interprets the text in its suitability given the specific circumstances of the case. In this sense, it provides an authoritative interpretation of the wishes of the signatory, either through the different indications that allow its meaning to be calibrated (and to which they may have had access due to their closeness to the patient that resulted in their appointment) or on the basis of the account contained in the document.¹⁴ In this regard, the insertion of their name in the living will is of indisputable utility with a view to the intellection of the genuine meaning of the will of those who are no longer in a position to manifest it.

The difficulties of the living will for the optimisation of individual autonomy

The absence of a relationship of incompatibility between the availability of life presumed in the living will and the theses of the sanctity of life and of best interests does not detract from its importance as a natural expression of the autonomy of the affected person. The living will would thus be presented as a “container of individual self-determination” in the field of health.¹⁵ This is how its grantors, its recipients, and the legal system itself that dictates the limitations of the content of the document are conceived as restrictions justified by the presence of conflicting values. In all other aspects, it is assumed that the requirements established for its implementation constitute guarantees for the best enactment of the principle in question. As a rule, objections to the living will adopt the point of

¹⁴ In this regard, L. González Moran (*La figura y función del representante en la legislación sobre instrucciones previas* [in:] S. Adroher Biosca, F. de Montalvo Jääskeläinen (directors), *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 642) points out the convenience of the joint participation of the representative with the doctor and the affected party in the preparation of the document. It is, however, an ideal thesis that does not normally correspond with the reality of the facts.

¹⁵ A. D'Aloia, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della fine della vita*, „Politica del Diritto”, 1998, 4, p. 618.

view of the relativisation of the principle of autonomy when human life is at stake. While they are not necessarily anti-autonomist objections, they are indicative of a certain unease in the face of insufficient capture of the specific weight of the values involved, which could pose a barrier to the expansion of individual autonomy. Its instrumental function at the service of the better realisation of the autonomy of the affected person is taken for granted in any case.

If we distance ourselves from the perspective of the grantor of the document, the suitability of the living will as a technical instrument for optimising the principle of autonomy nevertheless opens up a number of questions. It is clear that the granting of the document constitutes a timely exercise of their autonomy, which also occurs with the intention of providing them with the greatest possible projection.¹⁶ However, wishes and results are two very different things. In any event, the global consideration of the meaning of the living will have to assess the results that it offers also from a social perspective, i.e. as an instrument that guarantees (or at least is not detrimental to) the autonomous realisation of every person, whether or not they are grantors of a living will. On the other hand, consideration must also be given as to whether or not the signing of the document could hinder the self-determining effect of other more immediate manifestations of the wishes of the subject on the presentation of the problem when their competence is in question. Finally, we will address the issue of the technical suitability of the health professional for the best grasp of the meaning of linguistic statements formulated for normative purposes.

The granting of the living will is a personal choice. Denotes a manifest desire for self-determination. However, it does not represent any imposition. No one is obliged to award it. The fact that one sector of the population should decide to use such an instrument and another sector (probably much more numerous¹⁷) should abstain from doing so could give rise to

¹⁶ The consideration of the grantor of the document as the “maximum expression of the autonomy of the individual” is commonplace. Thus, A. I. Berrocal Lanzarot (*La regulación de las instrucciones previas o voluntades anticipadas en el derecho español* [in:] A. I. Berrocal Lanzarot, J. C. Abellán Salort, Autonomía, libertad y testamentos vitales, Dykinson, Madrid, 2009, p. 177) and S. Gallego Riestra (*Las instrucciones previas y su regulación jurídica* [in:] M. Gascón Abellán, M. C. González Carrasco, J. Cantero Martínez [coordinadores], *Derecho Sanitario y Bioética*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 493–521).

¹⁷ M. C. Quijada González and G. M. Tomas y Garrido, *La voluntad prospectiva en el ámbito sanitario*, Fundación Universitaria San Antonio, 2011, pp. 67–122, have shown the limited social acceptance for living wills that exists in Spain, mirroring the experience (albeit for different reasons) of the United States.

the belief that the latter have no particular interest in the realisation of the implications inherent to their autonomy in matters relating to their health care. The non-existence of the living will would thus provide the doctor with the perfect alibi to avoid the commitment represented by the integral consideration of the value of life as a crossroads of critical interests that structure a singular personality that should not see its authenticity undermined in the final moments of existence. In the absence of the instrument established to convey the expression of their autonomous will, according to this opinion, the value (which cannot be disputed by other factors) that the preservation of the support of existence represents would prevail. It is a perverse approach that places the burden of proof of the integral value of their life (or at least of their interest in putting it at stake) on the patient. One easy solution to the problem would be to force the document to be signed. This would be as easy as it is inappropriate. No one should be forced to ponder such sensitive questions, let alone express their wishes in relation to them. It is probable that the patient does not have a firm opinion about these questions, or that even if they do, they would prefer not to express it. The forced approach to the problem would represent an intolerable violation of individual personality, a violation that would be all the more serious the closer the patient is to the end.¹⁸ In this sense, one would have to wonder if the individual is not being forced in some way to grant their will when the production of an effect that should have a general character is made dependent on their signing of said document. The aggression would occur again in the form of a free choice that actually hides the drama of an unjustified presumption that the person affected will renounce their dignity. Individual autonomy is done a disservice when a course of action that presupposes the consideration of the end of life is required.

One could counter our thesis by arguing that disregard for the problem is already indicative of a certain personality, a sense of life very different from the one highlighted by the person signing the document. The argument is valid only in part. It is the case that signing provides relevant clues about the personality of the subject (who is assumed to be responsible, concerned with asserting the meaning of their life to its

¹⁸ J. P. Soulier, *Morir con dignidad*, translated by J. M. López Vidal, Temas de Hoy, Madrid, 1995, p. 87, considers the submission of an older person to “a questionnaire in which the spectre of a future of terminal disabilities or complications is raised” “debatable”, calling (where appropriate) for the doctor to present it where required as a matter of protocol.

final consequences). It is also true of the decision not to do it or to disregard for the problem also constitutes an element of the genuine identity of each person. However, we cannot draw any conclusions from this about the meaning of that identity, or about the interest that the affected party may have in guaranteeing respect for the same whilst in the trance of death. The critical decisions to be adopted at that point should be based on the best interests of the patient: the same respect for an identity that has manifested itself in many ways throughout its existence. Disregard for the problem by the affected party (or a failure to express their wishes in a formal document) does not release health personnel or those in a position to influence decisions to be made from their duty to reconstruct the global personality of the patient to bring about the response most consistent with the keys of their identity. It is not a question of delegitimising the preservation of existence from the outset when there is no certainty (which would have to be indicative) that the patient's personality demands another type of solution. Prudence in the face of the risk of "false positives"¹⁹ should certainly dictate the approach to this type of problem. However, this does not eliminate the need to give the approach a global meaning, taking account of all the elements of their personality in order to adopt decisions that express (try to express) the precise meaning of their individual autonomy.

The second problem the idea of the living will poses as an ideal instrument for optimising autonomy relates to the static nature of the signing of the document. It is clear that the document expresses the will of the subject at a given moment. It is possible that the individual's values system, their position in the face of illness and death, and even the integral sense of their personality that denotes their life story, have undergone profound changes without the affected person having bothered to revoke said document. It would be exceedingly harsh to sanction this disinterest with the consecration of effects that reflect past attitudes that have little to do with their current personality. The problem has substance: individual identity is in constant evolution, distilling experiences and unpredictable influences that can result in a degree of oscillation in responses to critical problems. In any case, the solution is relatively straightforward. One need only attribute a specific temporary period of validity to the document,

¹⁹ D. Rodríguez Arias, *Una muerte razonable. Testamento vital y eutanasia*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2005, p. 37.

after which time it would be void if not renewed.²⁰ The granting of the will (and its non-renewal) would in any case be one indication among others to take into consideration. However, it would lose its role as a specific manifestation of a wish to be perpetuated over time.

The problem assumes a very different complexion when, for whatever reason, the subject loses the competence to make decisions for him or herself and, while still able to express him or herself, firmly and continuously expresses wishes that contradict what is expressed in their living will. It is no surprise that this should be the case, in particular when incompetence is associated with the degenerative process that comes with age. It is perfectly conceivable that the patient who retains their experiential interests that allow him to enjoy the pleasures and satisfactions inherent in subsistence, and who has lost their critical interests (which, in turn, prompted him or her to decide not to be kept alive in the circumstances of the case) should come into contradiction with him or herself since, in a sense, when they lose those critical interests, they are no longer the same person. The individual remains conscious, but is incompetent. Clearly in such cases, the patient could not, due to their incompetence, sign a document with mandatory instructions. Their autonomy, the respect their dignity deserves, would not be affected by it. However, the question is whether or not the patient who is no longer competent can still (should be able to) annul the effects that they themselves specified in exercising their autonomy to be applied to them when they were not in a position to validly express their wishes. The logic of autonomy would lead to precedence being given to the provisions of the living will. However, it would be very inclement to deprive life from an individual who, from their position of incompetence, clings to life, continually expressing or implicitly manifesting (through the enjoyment of his experiential interests) their desire to preserve it.

A relevant nuance arises when the loss of competence is temporary (i.e. when it is associated with a temporary illness or the effects of an accident), where there is a reasonable expectation that the affected person will recover.²¹ Following the approach of the best interest version that dispenses

²⁰ P. Cendon (with the collaboration of R. Bailo, F. Bilotta, P. Cecchi), *Prima della morte. I diritti civili dei malati terminali*, „Politica del Diritto”, 2002, 4, pp. 640 and 641, point to the advisability of the term already being provided by the grantor, with the legislator taking additional action.

²¹ The matter becomes complicated when, in the situation described by A. Domínguez Luelmo (*La expresión anticipada de voluntades en el ámbito sanitario: el documento de instrucciones previas* [in:]

with the principle of autonomy would have irremediable consequences for a patient who has experienced the effects of a medication that is incompatible with their critical interests. This is the case of a Jehovah's Witness who, having opposed any transfusion, demands that once they are no longer competent their doctors proceed to such a transfusion, as it is essential to the fulfilment of the interests of experience that would come with survival. Once the process that led to the end of competence has been overcome, the recovery of competence will see the patient confronted with acts consummated that constitute the irreversible violation of their autonomy²². The conduct of the doctor would surely be justified under the aforementioned criterion of prudence and, above all, because a personality that only maintains interests in experience is still a personality that deserves total respect, the same respect that is recognised in the personality that combines more complex critical interests. However, this does not mean it is not a violation of the principle of autonomy. It is clear that it is not an aggression brought about by the living will; rather, it is the opposite. However, inasmuch as it occurs in a situation that is supposedly governed by it, one would have to wonder if this is precisely the ideal instrument for optimising the principle of autonomy and if once cannot imagine a solution that, irrespective of the logic of the living will, sponsors a consideration of the thesis of the best interests of the patient that is compatible with a more nuanced version of the principle of autonomy that oversees the legitimacy of the expression of a wish of the subject that is consistent with their own interests, even if they have lost the entity that allows them to be properly considered critical interests.

On the other hand, reference is also made to the debatable competence of the recipient of the message contained in the document in the field of language analysis. The problems concerned in the living will arise in a context of "genuine authority" that sees the patient as a beneficiary of the technical knowledge of others.²³ The widespread assumption of the good sense of its opinions endows medical activity with a social legitimacy backed by the accumulation of technical knowledge that constitutes the watchword of their profession. In these circumstances, there is a certain

M. Gómez Tomillo, J. J. López-Ibor, J. A. Gutiérrez Fuentes, Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia, Unión Editorial, Madrid, 2008, p. 148), the document expresses the wish for treatment not to be given in the event of a non-permanent psychiatric disorder.

²² R. Dworkin, *op. cit.*, pp. 297 and 298.

²³ F. Laporta San Miguel, *Algunas incógnitas del principio de autonomía personal en tratamientos médicos* [in:] B. Mendoza Buergo (coordinador), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Civitas, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 21.

risk that self-awareness of their legitimacy to decide on the ideal treatment to improve the patient's physical condition will become a (more than debatable) legitimacy to interpret the normative statements of the living will in their application to a problem that, due to the peculiarity of temporal and material circumstances, etc. around them, cannot be resolved in strictly syllogistic terms. At this point, the physician assumes a responsibility in addition to their strictly professional duties²⁴ that could result in the imprecise capture of the wishes of the affected person. It is clear that there is this added responsibility in any case, even in the absence of the living will. However, the granting of the will can serve as a pretext to disguise a decision that is partly unrelated to the values system that the will would have intended to reflect in the corresponding document as a strict application of the wishes of the patient.

The aspects referred to above do not cast a cloud over the favourable view that the living will deserves as a channel for the realisation of individual autonomy. The confirmation of its general availability as a criterion for decisions made on end-of-life ethical issues plays an important role in the self-understanding of the individual as the protagonist of the decisions that represent the greatest commitment to their interests. The uncertainty caused by the incompatibility of the designs set out therein with the manifest wishes of the patient who becomes incompetent without losing consciousness or their ability to express him or herself calls for a sharpening of the precise meaning of autonomy as an expression of the best interests of the affected person. Its consideration by a body that does not specialise in the interpretation of normative language will probably be a determining factor – whatever the meaning of the receipt of the statement contained in the document – in the decision to be adopted, reinforcing the understanding of medicine as an activity aimed at the service of the integral vision of life projected in the manifestation of individual autonomy that the living will represents.

Abstract

The living will is usually interpreted as the ultimate manifestation of the principle of individual autonomy. It is autonomy taken to its ultimate consequences, the autonomy of the cautious individual who wants to guarantee its future exercise beyond any physical or intellectual limitation. However, its activation presents cer-

²⁴ G. Villar Abad, *La regulación de las instrucciones previas en la Ley 4/2002* [in:] P. González Salinas, E. Lizarraga Bonelli (coordinadores), *Autonomía del paciente, información e historia clínica*, Thomson, Civitas, Madrid, 2004, p. 323.

tain risks from the very logic of the principle of autonomy. Firstly, because the generalisation of subscriptions to living wills could lead to a certain disregard for the autonomy of those who decide not to sign the document. Secondly, because of the risk that the will expressed in the past, possibly very remote, would prevail over the current tacit will of someone who has already lost his or her intellectual competence. It is proposed to require the periodic renewal of the signature of the living will in order for it to have full legal force.

Keywords: the living will, individual autonomy, normative documents, human dignity.

BIBLIOGRAPHY

- Berrocal Lanzarot A. I., *La regulación de las instrucciones previas o voluntades anticipadas en el derecho español* [in:] A. I. Berrocal Lanzarot, J. C. Abellán Salort, Autonomía, libertad y testamentos vitales, Dykinson, Madrid, 2009.
- Cendon P. (with the collaboration of R. Bailo, F. Bilotta, P. Cecchi), *Prima della morte. I diritti civili dei malati terminali*, „Politica del Diritto”, 2002, 4.
- Clerckx J., *Une liberté en péril? Le refus de soins*, „Revue de Droit Public et Science Politique”, 2004, 1.
- D'Aloia A., *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della fine della vita*, „Politica del Diritto”, 1998, 4.
- Domínguez Luelmo A., *La expresión anticipada de voluntades en el ámbito sanitario: el documento de instrucciones previas* [in:] M. Gómez Tomillo, J. J. López-Ibor, J. A. Gutiérrez Fuentes, Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia, Unión Editorial, Madrid, 2008.
- Dworkin R., *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, translated by R. Caracciolo and V. Ferreres, Ariel, Barcelona, 1994.
- Flick G. M., *A propósito di testamento biologico spunti per una discussione*, „Politica del Diritto”, 2009, 4.
- Frosini V., *The living will and the right to die*, „Ratio Juris”, 1995, 8, 3.
- Gallego Riestra S., *Las instrucciones previas y su regulación jurídica* [in:] M. Gascón Abellán, M. C. González Carrasco, J. Cantero Martínez (coordinadores), Derecho Sanitario y Bioética, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- García Presas I., *Clases de testamentos*, Dykinson, Madrid, 2011.
- González Moran L., *La figura y función del representante en la legislación sobre instrucciones previas* [in:] S. Adroher Biosca, F. de Montalvo Jääskeläinen (directors), Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2008.

- Laporta San Miguel F., *Algunas incógnitas del principio de autonomía personal en tratamientos médicos* [in:] B. Mendoza Buergo (coordinador), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Civitas, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2010.
- Marcos del Cano A. M., *Voluntades anticipadas* [in:] F. J. Elizari (coordinador), *Diez palabras claves ante el final de la vida*, Verbo Divino, Estella, 2007.
- Montalvo Jääskeläinen F., *Muerte digna y Constitución. Los límites del testamento vital*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2009.
- Pariante A., *Le refus de soins: réflexions sur un droit en construction*, „Revue de Droit Public et Science Politique”, 2003, 5.
- Quijada González M. C. and Tomas y Garrido G. M., *La voluntad prospectiva en el ámbito sanitario*, Fundación Universitaria San Antonio, 2011.
- Rodotà S., *La vida y las reglas*, translation by A. Greppi, Trotta, Madrid, 2010.
- Rodríguez Arias D., *Una muerte razonable. Testamento vital y eutanasia*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2005.
- Singer P., *Repensar la vida y la muerte*, translated by Y. Fontal Rueda, Paidós, Barcelona, 1994.
- Singer P., *¿Está la santidad de la vida ética terminalmente enferma?* [in:] *Desacralizar la vida humana*, translated by C. García Trevijano, Cátedra, Madrid, 2003.
- Soulier J. P., *Morir con dignidad*, translated by J. M. López Vidal, Temas de Hoy, Madrid, 1995.
- Villar Abad G., *La regulación de las instrucciones previas en la Ley 4/2002* [in:] P. González Salinas, E. Lizarraga Bonelli (coordinadores), *Autonomía del paciente, información e historia clínica*, Thomson, Civitas, Madrid, 2004.



Mariusz Załucki*

Potrzeba metamorfozy polskich przepisów o formie testamentu¹

[Need for a Metamorphosis of Polish Provisions on the Form of a Will]

Abstract

Succession law in Poland is regarded as a stable area. Nevertheless, for some time now, particularly in the area of the form of a will, its shortcomings have been recognised and the need for changes has been suggested. Similar occurrences have also taken place in other countries which have already seen a transformation of the provisions on the form of a will. For this reason the author looks at selected foreign solutions and doctrinal views, postulating against their background the need for changes in the Polish law. The purpose of the article is to indicate a possible future path of changes, as well as to provoke a broader scientific discussion concerning this area.

Keywords: last will, form of a will, succession law.

Kwestia formalności testamentowych to problem, który pojawia się w literaturze prawniczej co jakiś czas, nieprzerwanie co najmniej od kilkudziesięciu lat². Różni naukowcy, a w ślad za nimi różni ustawodawcy wielokrotnie rozważali zmiany znanych od dawna rozwiązań. Uproszczenie systemu, jego uszczelnienie, wprowadzenie mechanizmów pośredniczących – to tylko niektóre z propozycji, które pojawiały się na przestrzeni

* **Mariusz Załucki** – prof. zw. dr hab. nauk społecznych w dyscyplinie nauki prawne, kierownik Katedry Prawa Cywilnego Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, sędzia Sądu Najwyższego orzekający w Izbie Cywilnej; ORCID 0000-0002-3338-3832.

¹ Artykuł jest częścią projektu finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki, umowa nr UMO-2018/29/B/HS5/00361.

² Zob. np. D. Hayton, *By-Passing Testamentary Formalities*, „Cambridge Law Journal”, 1987, 46, s. 215; P. Breitschmid, *Revision der Formvorschriften des Testaments – Bemerkungen zur Umsetzung der „Initiative Guinand”*, „Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins”, 1995, 3, s. 179; R. Zimmermann, *Testamentsformen: »Willkür« oder Ausdruck einer Rechtskultur?*, „Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht”, 2012, 76, s. 471; F. Cristiani, *Nuove tecnologie e testamento: presente e futuro*, „Diritto dell’informazione e dell’informatica”, 2013, 29, 3, s. 559; F. du Toit, *Testamentary Rescue: An Analysis of the Intention Requirement in Australia and South Africa*, „Australian Property Law Journal”, 2014, 23, s. 56; A. Vaquer Aloy, *La relajación de las solemnidades del testamento*, „Revista de Derecho Civil”, 2016, 3, 4, s. 9.

lat. Dyskusja ta bynajmniej się nie zakończyła i nadal – z różną intensywnością – pojawiają się rozmaite jej kontynuacje. Jednym z przejawów ciągłego zainteresowania nauk prawnych tym obszarem są wypowiedzi spotykane ostatnio m.in. w literaturze amerykańskiej i australijskiej, uwzględniające nowe i elastyczne podejście do tej problematyki³. Dyskurs ten poszerzył następnie swoje pole ze względu na pandemię COVID-19 i pojawiające się w praktyce problemy ze sporządzaniem w tym okresie ważnych testamentów⁴ – co w przestrzeni naukowej doprowadziło m.in. do starcia angloamerykańskich i kontynentalnych koncepcji naukowych. W tych pierwszych – jak wiadomo – wypracowano powszechnie znane narzędzia naprawiania niewinnych błędów testatora popełnionych przy sporządzaniu testamentu (oparte na tzw. doktrynie *substantial compliance* i jej odmianach)⁵. W tych drugich dominuje doktryna *strict compliance*, według której⁶ nawet drobne uchybienia w zakresie formy testamentu popełnione przy jego sporządzaniu skutkują nieważnością.

Przyglądając się tendencjom panującym w tej mierze na świecie i konfrontując je z obecnym polskim ustawodawstwem, gdzie mimo dwóch poważnych nowelizacji materii prawa spadkowego dokonanych w roku 2023⁷ nie wprowadzono jakichkolwiek zmian w zakresie przepisów o formie testamentu, nie sposób nie dostrzec inspiracji płynących z państw obcych, w tym choćby ze Stanów Zjednoczonych Ameryki czy Austri-

³ Zob. B.J. Crawford, *Wills Formalities in the Twenty-First Century*, „Wisconsin Law Review”, 2019, s. 269; K. Purser, T. Cockburn, *Wills Formalities in the Twenty-First Century – Promoting Testamentary Intention in the Face of Societal Change and Advancements in Technology: An Australian Response to Professor Crawford*, „Wisconsin Law Review Forward”, 2019, 4, s. 46. Zob. także M. Załucki, *About the Need to Adjust the Regulations Regarding the Form of Will to the Modern Requirements*, „European Journal of Economics, Law and Politics”, 2019, 2, ss. 1–13.

⁴ K. Purser, T. Cockburn, B.J. Crawford, *Wills Formalities Beyond COVID-19: An Australian-United States Perspective*, „UNSW Law Journal Forum”, 2020, 5, s. 1; B.J. Crawford, K. Purser, T. Cockburn, *Wills Formalities in a Post-Pandemic World: A Research Agenda*, „University of Chicago Legal Forum”, 2021, 4; D. Horton, R.K. Weisbord, *COVID-19 and Formal Wills*, „Stanford Law Review Online”, 2020, 73, s. 1; M. Załucki, *Solving the „Problem” of Wills Formalities in the Modern Post-Pandemic Society: Can the Endless Discussion Be Concluded?*, „Studia Iuridica”, 2021, 87, ss. 526–552.

⁵ Por. J.H. Langbein, *Substantial Compliance with the Wills Act*, „Harvard Law Review”, 1975, 88, s. 489; J.H. Langbein, *Excusing Harmless Errors in the Execution of Wills: A Report on Australia’s Tranquil Revolution in Probate Law*, „Columbia Law Review”, 1987, 87, s. 1; J.H. Langbein, *Absorbing South Australia’s Wills Act Dispensing Power in the United States: Emulation, Resistance, Expansion*, „Adelaide Law Review”, 2017, 38, s. 1.

⁶ Zob. np. I. Sasso, *Will Formalities in the Digital Age: Some Comparative Remarks*, „Italian Law Journal”, 2018, 4, s. 169; M. Tampieri, *Formalismo testamentario e testamento olografo*, „Rivista del Notariato”, 1998, 52, s. 119.

⁷ Chodzi tutaj o ustawę z 26 stycznia 2023 r. o fundacji rodzinnej oraz ustawę z 16 czerwca 2023 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2977).

lii. Podnoszone tam argumenty – jak się wydaje – mogą stanowić cenne źródło także dla prawa polskiego i jego dalszego rozwoju. Prawo polskie bowiem, co wielokrotnie sugerowałem, również w tej materii wymaga przeobrażeń. Dlatego w niniejszej wypowiedzi, przypominając niektóre twierdzenia wyrażane w literaturze obcej – podejmę problem, czy obecnie sformułowane przepisy o formie testamentu są w prawie polskim obszarem, w którym konieczna jest liberalizacja obowiązujących zasad sporządzania testamentów⁸.

Forma testamentu współcześnie

Dalsze rozważania poprzedzić należy obserwacją, że regulacje dotyczące formy testamentu ewoluowały na przestrzeni lat, zasadniczo od czasów starorzymskich. Przypomnieć tu można⁹, iż obecnie to głównie ustawodawstwo francuskie, niemieckie i austriackie – jak również regulacje angielskie – wywarły znaczący wpływ na kształt aktów prawnych dotyczących dziedziczenia testamentowego w innych krajach¹⁰. Francuski kodeks cywilny obowiązywał lub był brany za wzór przy tworzeniu własnych kodyfikacji w wielu krajach europejskich, a także w Ameryce, Afryce czy Azji. Regulacje niemieckie i austriackie są obowiązkową lekturą wszelkich studiów porównawczych nad kształtem prawa prywatnego w wielu systemach europejskich; wielu ustawodawców od dawna czerpie z tych wzorców. Z kolei rozwiązania angielskie znalazły swoje miejsce na obszarach kolonialnych, w tym na obecnym obszarze Stanów Zjednoczonych Ameryki, a z pewnymi różnicami przyjęły się również w innych państwach *common law* (czy w systemach mieszanych), w szczególności w Australii, Nowej Zelandii i Republice Południowej Afryki. Obraz, jaki wyłania się z analizy obecnych rozwiązań dotyczących formy testamentu w wielu współczesnych państwach, *prima facie* prowadzi do wniosku, że większość ustawodawstw charakteryzuje się bardzo tradycyjnym podejściem do tej

⁸ Zob. jednak: K. Purser, T. Cockburn, *Wills Formalities...*, s. 64.

⁹ Wskazywałem już na to wcześniej, zob. M. Załucki, *A Few Remarks About the Future of Provisions on Making a Will Contrary to the Testamentary Formalities Law*, „*Cadernos de Dereito Actual*”, 2020, 13, ss. 20–31.

¹⁰ Zob. K.G.C. Reid, M.J. De Waal, R. Zimmermann, *Comparative Succession Law. Testamentary Formalities*, Oxford University Press 2011, *passim*; A. Pabin, *Testament jako akt sformalizowany – uwagi w sprawie przyszłego kształtu regulacji dotyczących formy rozrządzeń testamentowych*, „*Studia Prawnicze*”, 2016, 1, s. 91.

kwestii. Pomimo szeregu różnic charakteryzujących poszczególne rozwiązania ustawowe najczęściej spotykanymi formami testamentów są testamenty holograficzne, testamenty z udziałem świadków oraz testamenty publiczne, w których ostatnia wola spadkodawcy ogłaszana jest w obecności urzędnika¹¹.

Znany w Polsce testament holograficzny (art. 949 k.c.) występuje więc m.in. we Francji (art. 970 francuskiego kodeksu cywilnego), w Niemczech (§ 2231 niemieckiego kodeksu cywilnego) czy Austrii (§ 578 austriackiego kodeksu cywilnego), ale także np. we Włoszech (art. 602 włoskiego kodeksu cywilnego), Hiszpanii (art. 688 hiszpańskiego kodeksu cywilnego), kilku stanowych ustawodawstwach Stanów Zjednoczonych Ameryki (§ 2-502 Uniform Probate Code), krajach Europy Środkowej i Wschodniej (art. 1041 rumuńskiego kodeksu cywilnego, § 1533 czeskiego kodeksu cywilnego lub art. 7:15 i nn. węgierskiego kodeksu cywilnego). Elementem charakteryzującym tę formę testamentu jest pismo ręczne spadkodawcy i jego podpis. Zazwyczaj spadkodawca może sporządzić taki testament w dowolnym języku, w tym tajnym szyfrem. Dopuszczalne jest również użycie przez spadkodawcę nogi zamiast ręki czy też pisanie narzędziem pisarskim trzymany w ustach. Nie ma przy tym znaczenia ani narzędzie spadkodawcy, ani nośnik, na którym zachowało się jego rozrządzenie. Coraz częściej za ważny uznaje się również testament sporządzony w pewnej części z użyciem mechanicznych środków pisarskich. W wielu systemach testamenty holograficzne zmierzają w kierunku testamentów pisemnych, tj. takich, w których co do zasady koniecznym wymogiem wydaje się jedynie własnoręczny podpis spadkodawcy, choć nie jest to wcale takie oczywiste. Na przestrzeni lat w różnych państwach pojawiła się tendencja do łagodzenia wymogów formalnych tego testamentu, co dotyczyło m.in. miejsca i charakteru podpisu, nośnika, datowania czy zasady *unitas actus*. Liberalizacja zasad dotyczących pisma ręcznego i podpisu spadkodawcy w testamencie holograficznym miała miejsce np. w Belgii i Francji, w Niemczech zrezygnowano natomiast z wymagania datowania testamentu własnoręcznego¹². Z kolei w naszym kraju w ostatnich latach – mimo różnych propozycji doktryny – forma ta nadal pozostaje niezmienną.

¹¹ Por. M. Załucki, Videotestament. Prawo spadkowe wobec nowych technologii, Warszawa 2018, ss. 56–66.

¹² Zob. K.G.C. Reid, M.J. De Waal, R. Zimmermann, Comparative Succession Law..., *passim*.

Prawo polskie zna także testament sporządzany w obecności świadków (jako testament szczególny – art. 952 k.c.)¹³, który jest formą testamentu ujmowaną zazwyczaj jako dokonane w obecności innych osób ustne oświadczenie woli spadkodawcy lub potwierdzenie rozrządzenia dokonanego wcześniej na piśmie. Taki testament często sporządzany jest przez osobę dysponującą wiedzą prawniczą, która po wysłuchaniu woli spadkodawcy opisuje jego intencje w terminologii prawniczej. Formę opartą na tej konstrukcji można obecnie znaleźć również w prawie angielskim (§ 9 Wills Act 1837), niektórych ustawach stanowych USA (§ 2-502 Uniform Probate Code), Australii, Republice Południowej Afryki czy Nowej Zelandii. Najczęściej taka forma testamentu ma charakter prywatny.

W praktyce prawa spadkowego istnieją ponadto testamenty sporządzone w obecności osoby urzędowej, a w tym zakresie najczęściej istotną rolę odgrywa notariusz (jak w prawie polskim – stosownie do art. 950 k.c.)¹⁴. Taka forma testamentu występuje m.in. w obecnym prawie francuskim (art. 971 francuskiego kodeksu cywilnego), austriackim (§ 581–583 austriackiego kodeksu cywilnego) czy niemieckim (§ 2232 niemieckiego kodeksu cywilnego), ale też np. w prawie niderlandzkim (art. 4:94 niderlandzkiego kodeksu cywilnego), węgierskim (§ 7:14 węgierskiego kodeksu cywilnego) czy rumuńskim (art. 1043 rumuńskiego kodeksu cywilnego). Ta forma testamentu może być ukształtowana na co najmniej dwa sposoby. Po pierwsze, może polegać na ustnym oświadczeniu przed urzędnikiem, który następnie sporządza odpowiedni dokument. Po drugie, może polegać wyłącznie na złożeniu urzędnikowi wcześniej przygotowanego dokumentu. Obecność urzędnika jest przede wszystkim gwarancją autentyczności testamentu, jednak może mieć i szersze znaczenie. Jak wiadomo, testament to akt prawny, który może być sporządzony wyłącznie przez osobę mającą tzw. zdolność testowania. Osoba urzędowa może zatem również zapewnić, że spadkodawca pozostaje świadomy znaczenia swojego działania, co nie zawsze jest możliwe w przypadku testamentów prywatnych¹⁵. W zasadzie do tego rodzaju form testamentu można by też zaliczyć znany w Polsce testament allograficzny (art. 951 k.c.), sporządzany z udziałem urzędnika samorządowego i w obecności świadków (co czyni tę

¹³ Zob. W. Borysiak, *Funkcjonowanie w praktyce testamentu sporządzanego w formie ustnej (art. 952 k.c.)*, Warszawa 2014, *passim*.

¹⁴ Zob. A. Ripoll Sole, *Hacia Un Nuevo Modelo De Planificación Sucesoria Notarial: La Professio Iuris*, „*Revista de Derecho Civil*”, 2016, 3, s. 23.

¹⁵ K.G.C. Reid, M.J. De Waal, R. Zimmermann, *Comparative Succession Law...*, *passim*.

formę swego rodzaju hybrydą) – choć polska praktyka pokazuje, że urządnik, przed którym spadkodawca składa oświadczenie ostatniej woli, ma zazwyczaj wątpliwe kompetencje w tej mierze.

Powyższe formy testamentu należą zazwyczaj do tzw. testamentów zwykłych, co oznacza dopuszczalność ich sporządzenia niemal zawsze, gdy spadkodawca ma zdolność testowania. W tym kontekście warto wspomnieć, że w krajach europejskich – także w Polsce – istotną rolę odgrywają testamenty prywatne, często określane w doktrynie anglosaskiej mianem „do-it-yourself”¹⁶. Stąd też największą popularnością cieszą się tutaj testamenty holograficzne. Z kolei w krajach *common law* wykształciła się kultura sporządzania testamentów z udziałem osoby w tym zakresie wyspecjalizowanej. One właśnie stanowią zdecydowaną większość testamentów tworzonych w Stanach Zjednoczonych Ameryki czy Australii; takim testamentem jest też zyskujący w Polsce na popularności testament notarialny.

Te tradycyjne formy testamentów nie zawsze jednak idą w parze z potrzebami społeczeństwa. Prawodawcy powoli stają przed problemem, czy mechanizmy znane jeszcze z czasów rzymskich mogą dziś należycie spełniać swoją funkcję. Na świecie od pewnego czasu dyskutuje się o potrzebie unowocześnienia obecnych form testamentu¹⁷. Należy zauważyć, że pewna zmiana w postrzeganiu dziedziczenia testamentowego nastąpiła w drugiej połowie XX wieku, w szczególności w państwach *common law*, gdzie często sugerowano, że rygorystyczne wymogi formalne dotyczące rozrządzeń majątkiem na wypadek śmierci, stosowane w sposób literalny, wypaczały główny cel testamentu – przekazanie majątku osobom wskazanym jako spadkobiercy zgodnie z wolą spadkodawcy¹⁸. Tendencja ta, aktualna do dziś, ewoluowała na przestrzeni lat i doprowadziła do wprowadzenia do niektórych aktów prawnych rozwiązań umożliwiających korygowanie rozrządzeń niespełniających wszystkich ustawowych kryteriów, a także wprowadzenia form testamentów odpowiadających wyzwaniom czasów, w których żyjemy. W tym ostatnim obszarze (nowych form testamentów) można mówić np. o testamentach elektronicznych (np.

¹⁶ Por. D. Horton, *Do-It-Yourself Wills*, „University of California Davis Law Review”, 2020, 53, s. 2357.

¹⁷ Zob. np. J.A. Dorman, *Stop Frustrating the Testator’s Intent: Why the Connecticut Legislature Should Adopt the Harmless Error Rule*, „Quinnipiac Probate Law Journal”, 2016, nr 30, s. 36.

¹⁸ J.B. Baron, *Irresolute Testators, Clear and Convincing Wills Law*, „Washington & Lee Law Review”, 2016, 73, 1, s. 733.

Nevada, Floryda, Arizona, Indiana)¹⁹ czy odformalizowanych testamentach pisemnych (m.in. Australia, Nowa Zelandia, RPA)²⁰. Paradygmat ten pojawił się również w innych systemach prawnych, a dziś stanowi podstawę dyskusji nad przyszłym kształtem prawa spadkowego w wielu jurysdykcjach. Zmiany legislacyjne następują jednak bardzo powoli, ostrożnie, bez zbędnego pośpiechu. Przykładem tego rodzaju prac legislacyjnych, w których m.in. szeroko analizowano obecną potrzebę nowelizacji prawa o formie testamentu w kontekście wymagań współczesności, jest Law Reform Commission kanadyjskiej prowincji Saskatchewan z 2004 roku²¹, dorobek austriackiej Komisji Prawa ogłoszony w 2009 roku²² czy konsultacje przeprowadzone w australijskim stanie Victoria w roku 2013²³. Wnioski płynące z tych dokumentów – jak również innych źródeł – nawet jeśli nie zawierają gotowych propozycji legislacyjnych, uzasadniają potrzebę nowego spojrzenia na tradycyjne instrumenty prawa spadkowego²⁴. Jest to obecnie powszechna tendencja, wspierana przez doktrynę wielu państw, w zasadzie na wszystkich kontynentach. Można zatem z całą stanowczością stwierdzić, że prawo spadkowe w kwestii formy testamentu przechodzi obecnie transformację²⁵. Przykładem takiej transformacji były doraźne zmiany dokonywane przez niektórych ustawodawców w związku z pojawieniem się pandemii COVID-19 oraz reakcja na problemy izolacji społecznej, a także trudności w korzystaniu z tradycyjnych mechanizmów testowania w tym okresie²⁶. Potrzeby takiej transformacji, przynajmniej na razie, nie dostrzegł ustawodawca polski, choć było to wielokrotnie sugerowane w nauce prawa, gdzie postulowano przede wszystkim liberalizację istniejących form testamentu bądź wprowadzenie nowych²⁷.

¹⁹ Zob. A.J. Hirsch, *Technology Adrift: In Search of a Role for Electronic Wills*, „Boston College Law Review”, 2020, 61, s. 828.

²⁰ Zob. G. Ponath, *Die Beschränkungen der Testierfreiheit durch das Testamentsrecht*, Frankfurt–Mannheim, 2006, *passim*.

²¹ Law Reform Commission of Saskatchewan, *Report on Electronic Wills*, 2004.

²² R. Welser, *Die Reform des österreichischen Erbrechts*, „Österreichische Notariat Zeitung”, 2012, 144, s. 249.

²³ Victorian Law Reform Commission, *Succession Laws*, 2013.

²⁴ Por. A. Röthel, *Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?*, München 2010, *passim*.

²⁵ Zob. także K. Osajda, *Prawo spadkowe (w) przyszłości. Perspektywy rozwoju prawa spadkowego*, MoP, 2019, 2, s. 66.

²⁶ M. Załucki, *Solving the „Problem” of Wills Formalities...*, *passim*.

²⁷ Ostatnio w tym zakresie wypowiedział się np. P. Dzienis, *Testament sądowy. Głos w dyskusji de lege ferenda*, PiP, 2023, 5, ss. 109–122.

Konsekwencje niedopełnienia formalności testamentowych

Niespełnienie przez spadkodawcę wymogów formalnych dotyczących sporządzania testamentu skutkuje co do zasady nieważnością rozrządzenia ostatniej woli. Jest to typowa sankcja spotykana w poszczególnych systemach prawnych. Jako przykład można tu wskazać prawo polskie, gdzie przepis art. 958 k.c. stanowi jednoznacznie, że testament sporządzony z naruszeniem przepisów o formie testamentu jest nieważny. Porównywalne rozwiązanie pojawia się np. w rumuńskim kodeksie cywilnym (art. 1041 rumuńskiego k.c. wspomina o „bezwzględnej nieważności”)²⁸. Podobną drogą podąża prawo austriackie, które (w § 601 austriackiego kodeksu cywilnego) stanowi, że jeżeli przy sporządzaniu testamentu nie spełniono obowiązkowego wymogu formalnego, testament jest nieważny²⁹. Odpowiedni przepis znajduje się i w hiszpańskim kodeksie cywilnym: testament, w którym nie dopełniono odpowiednio ustanowionych formalności, jest nieważny (art. 687 hiszpańskiego kodeksu cywilnego)³⁰. Również w prawie niemieckim testament sporządzony wbrew wymogom formalnym jest nieważny (§ 125 niemieckiego kodeksu cywilnego)³¹. Tego rodzaju rozwiązanie znane jest ponadto w prawie angielskim (wskazuje na to treść § 9 Wills Act: „testament nie będzie ważny, chyba że...”). Sądy w tych krajach z reguły nie są władne utrzymywać w mocy takich testamentów – z wyłączeniem sytuacji, gdy znają one mechanizm tzw. konwersji testamentów, tj. uznania, że nieważny testament spełnia ustawowe wymogi innej formy testamentu³². Dlatego też koncepcje prawa spadkowego tych państw określane są mianem *strict compliance*, ze względu na ścisłe przestrzeganie testamentowych wymagań formalnych. Gdyby zatem spadkodawca sporządził testament np. w formie nagrania wideo, co np. w okresie pandemii (według niektórych źródeł³³) zdarzało się wie-

²⁸ M.M. Tudoraşcu, *The Testament under Romanian Civil Law Provisions*, „AGORA International Journal of Juridical Sciences”, 2016, 2, s. 53.

²⁹ H. Heiss, *Formmängel Und Ihre Sanktionen: Eine Privatrechtsvergleichende Untersuchung*, Tübingen 1999, s. 22.

³⁰ S.J. Olis Robleda, *La Nulidad Del Acto Jurídico*, „Revista general de legislación y jurisprudencia”, 1965, 6, s. 111.

³¹ D. Giesen, *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*, Berlin 1995, s. 95.

³² Konwersja nie jest jednak mechanizmem znanym we wszystkich systemach prawnych.

³³ H. Siddique, *Video Witnessing of Wills to Be Made Legal in England and Wales during Pandemic*, „The Guardian”, 2020, July 25.

lokrotnie, to zgodnie z powyższymi regulacjami prawnymi, mimo że jego zamiar sporządzenia testamentu był oczywisty i w sprawie istniałby niepodważalny dowód jego działania z *animus testandi*, taki testament – bez zastosowania szczególnych mechanizmów, takich jak konwersja czy przyjazna wykładnia oparta na doktrynie *substantial compliance* – najprawdopodobniej w każdym z tych państw okazałby się nieważny.

Złagodzenie formalności testamentowych

Prawo spadkowe, jak niektórzy mogliby się spodziewać, zmierza jednak obecnie w przeciwnym kierunku. Wymogi formalne są łagodzone, a ostatnia wola spadkodawcy zachowuje ważność. Świadczą o tym chociażby wspomniane rozwiązania, które zostały wdrożone w czasie pandemii na kontynencie amerykańskim i australijskim. Przejawem takiego podejścia w Europie jest m.in. prawo niderlandzkie, które co do zasady przewiduje nieważność testamentów sporządzonych z naruszeniem wymogów ustawowych, ale dotyczy to tylko niektórych z nich (brak podpisu spadkodawcy lub notariusza), w przypadku zaś innych wymogów niezachowanie przepisów o formie testamentu nie skutkuje automatycznie nieważnością testamentu – jest on wtedy jedynie bezskuteczny (zob. art. 4:109.4 niderlandzkiego kodeksu cywilnego: „nieprzestrzeganie innych wymogów formalnych określonych przez prawo dla ważności testamentu powoduje jego nieważność”)³⁴. Rozwiązanie to ma zastosowanie niezależnie od pandemii i w tym systemie wspomniany testament wideo mógłby pozostać ważny. W niektórych innych krajach regulacje ustawowe pozwalałyby na osiągnięcie podobnego skutku, również niezależnie od tymczasowych rozwiązań wprowadzonych w związku z pandemią. Przykładem takich rozwiązań jest choćby przepis sekcji 8 prawa spadkowego z 2006 r. stanu Nowa Południowa Walia w Australii („dokument lub część dokumentu stanowi testament zmarłej osoby, jeżeli sąd jest przekonany, że dana osoba zamierzała, aby stanowił on jej testament”)³⁵, przepis art. 714 kodeksu cywilnego Quebecu („testament, który nie spełnia wszystkich wymogów tej formy, jest jednak ważny, jeżeli spełnia jej podstawowe wymogi

³⁴ K.G.C. Reid, M.J. De Waal, R. Zimmermann, *Comparative Succession Law...*, *passim*.

³⁵ Por. J.H. Langbein, *Absorbing South Australia's...*, ss. 1–11.

i jeżeli w sposób niewątpliwy i jednoznaczny zawiera ostatnią wolę zmarłego”³⁶ lub sekcja 2-503 Uniform Probate Code, modelowego aktu w Stanach Zjednoczonych Ameryki, zgodnie z którym „choćby dokument lub pismo dodane do dokumentu nie zostało wykonane zgodnie z sekcją 2-502 [testamenty świadków lub holograficzne], dokument lub pismo jest traktowane tak, jakby zostało wykonane zgodnie z tą sekcją, jeżeli wnioskodawca dokumentu lub pisma wykaże jasnymi i przekonującymi dowodami, że spadkodawca zamierzał, aby dokument lub pismo stanowiły: 1) testament zmarłego, 2) częściowe lub całkowite odwołanie testamentu, 3) uzupełnienie lub zmianę testamentu, lub 4) częściowe lub całkowite odnowienie wcześniej odwołanego testamentu lub wcześniej odwołanej części testamentu”³⁷. Przy stosowaniu powyższych przepisów opartych na doktrynie *substantial compliance* – wedle której wypełnienie woli testatora jest najważniejsze, w związku z czym należy dążyć do poszanowania jego zamierzeń i intencji pomimo zaistnienia w testamencie pewnych uchybień formalnych³⁸ – nie byłoby raczej wątpliwości co do ważności testamentu sporządzonego w formie wideo, wbrew ustawowym wymogom formalnym. Takie same wydają się również oczekiwania społeczeństwa. Jak można sądzić, testament wyrażony w sposób nieformalny, który zdaje się zawierać ostatnią wolę spadkodawcy, powinien pozostać w mocy nawet wówczas, gdy został sporządzony wbrew wymogom formalnym odnoszącym się do testamentu, o ile został zachowany w sposób umożliwiający odtworzenie woli spadkodawcy po jego śmierci.

Przypomnieć trzeba, że możliwości utrzymania testamentu w mocy, które daje powyższa koncepcja, oparte są na obserwacjach orzecznictwa³⁹ i niektórych rozwiązań normatywnych państw obcych (zwłaszcza

³⁶ Por. S. van Erp, *New Developments in Succession Law*, „Electronic Journal of Comparative Law”, 2007, 11, s. 13.

³⁷ R.K. Weisbord, D. Horton, S.K. Urice, *Wills, Trusts and Estates. The Essentials*, Boston 2018, s. 113.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Już w 1853 r. w USA Sąd Najwyższy stanu Victoria, analizując nieformalny testament, uzasadniał swoje orzeczenie: „Upon the whole, there had been a reasonable substantial, if not a literal, compliance with the requirements of the statute shown in this case, sufficient for all practical purposes, and which in favor of the testamentary right ought to be sustained. To reject the will, would be, to sacrifice substance to form, and this ends of justice to the means by which they are to be accomplished”. Zob. *Sturdivant v. Birchett*, [1853] 51 Virginia Supreme Court (10 Gratt.), 67.

Izraela⁴⁰, Niemiec⁴¹ i oczywiście Australii)⁴². Zostały na szeroką skalę przedstawione w nauce prawa spadkowego już w 1975 roku przez J.H. Langbeina. Obecnie koncepcja ta pojawia się w niektórych systemach prawnych jako podstawa rozwiązań normatywnych chroniących ostatnią wolę spadkodawcy, pozwalających w sposób znamieny na jej pełniejsze odzwierciedlenie. To u jej podstaw leży odwoływanie się przez wybranych ustawodawców do konstrukcji „niewinnego błędu” testatora (*harmless error*) czy „jasnych i przekonujących dowodów” (*clear and convincing evidence*) pozostawienia przez niego ostatniej woli⁴³. Rozwiązania te oscylują wokół intencji spadkodawcy, który chciał rozrządzić majątkiem na wypadek śmierci, nie potrafił jednak dokonać tego w sposób dyktowany przepisami obowiązującego prawa. Tego rodzaju konstrukcje występują zaś przede wszystkim w systemach *common law* – co wynika najprawdopodobniej z faktu, iż poszczególne ustawodawstwa z tego kręgu jeszcze do niedawna podchodziły do wymogów formalnych testamentów bardzo rygorystycznie⁴⁴.

W świetle powyższego należy zauważyć, że wiele jurysdykcji, posługując się koncepcją opartą na doktrynie *substantial compliance*, dopuści stwierdzenie nabycia spadku na podstawie dokumentu nieformalnego, jeśli jest on w znacznym stopniu zgodny z wymogami formalnymi wynikającymi z ustawy. Aby spełnić standard tego rodzaju zgodności, najczęściej wskazuje się, że:

1) muszą istnieć jasne i przekonujące dowody na to, że spadkodawca zamierzał, aby sporządzony dokument był jego ostatnią wolą, oraz

2) dokument ten jest zasadniczo zgodny z formalnymi wymaganiami wynikającymi z ustawy.

Podobna doktryna, będąca wariacją (odmianą) doktryny *substantial compliance*, zwana doktryną „niewinnego błędu” (*harmless error*), daje sądom jeszcze większą swobodę w zakresie zmiany testamentu, wymagając jedynie, aby w zamiarze spadkodawcy dokument ten był jego ostatnią

⁴⁰ *Gitah*, Estate 39/70, [1971] 76 P.M. 156 (Dist. Ct.); *Koenig v. Cohen* [1982] 36(3), Israeli Supreme Court 701.

⁴¹ LG Hamburg, 27.11.1937, *Deutsche Juristenzeitung* 1938, 199; KG, 3.02.1938, *Deutsche Juristenzeitung* 1938, 428; Burkhard Hess, *Intertemporales Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 1998, s. 101; L. Gruchmann, *Die Entstehung des Testamentss-gesetzes vom 31. Juli 1938. Nationalsozialistische „Rechtserneuerung” und Reformkontinuität*, ZNR, 1985, 7, ss. 53–63.

⁴² Zamiast wielu zob. M. Załucki, *Solving the „Problem” of Wills Formalities...*, *passim*.

⁴³ S. Waldeck, *The Relationship Between Substantial Compliance and Harmless Error*, *Concurring Opinions*, 2013, March, 27.

⁴⁴ J.B. Baron, *Irresolute Testators...*, s. 10.

wolą. Nie wymaga się natomiast, aby ów dokument był w znacznym stopniu zgodny z wymogami formalnymi wynikającymi z ustawy o testamentach. Jest to również nazywane „uprawnieniem do odstąpienia” (*dispensing power*), ponieważ pozwala sądom odstąpić od ścisłych formalności ustawowych, o ile istnieją jasne i przekonujące dowody na zastosowanie środka zaradczego⁴⁵. Podczas gdy poprzednie odstępstwa koncentrowały się na tym, czy dany dokument pozostawał w „istotnej zgodności” z formalnymi wymogami testamentowymi, doktryna „niewinnego błędu” koncentruje się na intencjach spadkodawcy. Na przykład kalifornijski kodeks spadkowy, sekcja 6110 (c) (2) – stanowi, co następuje: „Jeżeli testament nie został sporządzony zgodnie z paragrafem (1), testament będzie traktowany tak, jakby został sporządzony zgodnie z tym paragrafem, jeżeli zwolennik testamentu wykaże na podstawie jasnych i przekonujących dowodów, że w momencie podpisywania testamentu spadkodawca zamierzał, aby testament stanowił jego ostatnią wolę”. Wydaje się, że od tego rodzaju tendencji w prawie spadkowym nie ma już odwrotu.

Obecne polskie rozwiązania

Na takim tle wątpliwe wydaje się rozwiązanie obowiązujące w prawie polskim, a wynikające z treści wspomnianego powyżej art. 958 k.c. Sprowadza się ono do tego, że każdy testament sporządzony w sposób nieformalny, bez względu na przyczynę i poziom uchybień wymogom formalnym, jest bezwzględnie nieważny. Zasadniczo więc każde uchybienie przy sporządzaniu testamentu przez spadkodawcę wymogom formalnym opisanym w przepisach prawa (w testamentach zwykłych chodzi więc o art. 949, 950 i 951 k.c.) odniesie taki skutek, że spowoduje dziedziczenie z pominięciem tego testamentu. Jedyne wyjątek stanowi sytuacja opisana w art. 949 § 2 k.c. – a więc uchybienie co do daty sporządzenia testamentu.

Za uzasadnieniem tak rygorystycznego podejścia w literaturze przedmiotu mogą stać rozmaite koncepcje. Sprowadzają się one do wskazania, że służy to ochronie obrotu i samego spadkodawcy. Niewielu autorów zwraca przy tym uwagę na wszystkie funkcje przepisów o formie testamentu

⁴⁵ J. Uzcategui, *Application of the Harmless Error Doctrine in California and Beyond*, „California Trusts & Estates Quarterly”, 2015, 21, s. 1.

(bądź przynajmniej nie wskazuje tego w sposób jednoznaczny). Jak się zaś wydaje, to właśnie wypełnienie przez ustawę funkcji przepisów o formie winno być punktem wyjścia do dalszej dyskusji o możliwych przemianach prawa spadkowego. W tym obszarze będą to przede wszystkim funkcje: dowodowa, ochronna, ostrzegawcza i standaryzacyjna – z których zasadniczo każda ma pewne znaczenie dla właściwego odzwierciedlenia procesu testowania⁴⁶. Współczesne i – jak można sądzić – zarazem nowoczesne podejście do tych funkcji nie oznacza jednak, że konieczny jest surowy rygoryzm formalny. Jest wręcz przeciwnie, zwłaszcza że zdaniem wielu reguła *favor testamenti* to najważniejsza wytyczna prawa spadkowego. Dlatego należy przyjąć, że uelastycznienie przepisów o formie testamentu w duchu realizacji tej zasady, z jednoczesnym wypełnieniem funkcji przepisów o formie, zdaje się optymalną drogą dalszego rozwoju tej dziedziny prawa – także w warunkach polskich.

Zamiast konkluzji

Przedstawione doświadczenia obce w konfrontacji z obecnym brzmieniem polskiej ustawy prawnośpadkowej sugerują co najmniej potrzebę dyskusji, jeśli nie potrzebę zmian. Taka dyskusja, mimo kilku wypowiedzi do niej zachęcających, w zasadzie na szeroką skalę jeszcze się w Polsce nie toczyła. Tymczasem dopiero po jej odbyciu możliwe byłoby dokonanie ewentualnych zmian ustawodawczych. Ponieważ – jak sądzę – zmiany te są niezbędne, o czym wspominałem już wielokrotnie, wciąż mam nadzieję na rozwinięcie się takiej szerszej dyskusji. Mogłaby się ona rozpocząć od wyjaśnienia kilku kwestii:

1. Czy istniejące w prawie polskim rygorystyczne przepisy o formie testamentu mają jeszcze sens?
2. Czy rację ma np. amerykańska profesor – pisząc, że przepisy o formie testamentu dotyczą wyłącznie uwierzytelnienia spadkodawcy?⁴⁷
3. Czy ewentualne dalsze propozycje uwspółcześniania form testamentu i rozbudowania formalności testamentowych są niezbędne, czy też wystarczające byłoby umożliwienie w polskim prawie spadkowym kon-

⁴⁶ Zob. M. Załucki, *Evidentiary Function of the Provisions on the Form of Wills in the Contemporary Succession Law: Is the Complete Abandonment of Formalism Possible?*, „Trust & Trustees”, 2020, 8–9, ss. 814–825.

⁴⁷ B.J. Crawford, *Wills Formalities...*, s. 269.

frontacji nieformalnych testamentów z regulacjami wzorowanymi na doktrynie *substantial compliance* (bądź którejś z jej wariacji)?

4. Czy brak rygorystycznych przepisów o formie testamentu – jak twierdzą niektórzy uczeni⁴⁸ – może być jednak bardzo kosztowny i z tego powodu należy zaniechać przeprowadzania jakichkolwiek zmian?

Abstrakt

Prawo spadkowe w Polsce uchodzi za obszar stabilny, niemniej jednak od pewnego czasu, zwłaszcza w zakresie formy testamentu, dostrzegane są jego niedostatki i sugerowana potrzeba zmian. Podobne zdarzenia miały też miejsce w innych państwach, które przeobrażenia przepisów o formie testamentu mają już za sobą. Z tego powodu autor przygląda się wybranym obcym rozwiązaniom i poglądom doktryny, postulując na ich tle potrzebę zmian ustawy polskiej. Celem artykułu jest wskazanie możliwej przyszłej ścieżki zmian, a także sprowokowanie szerszej dyskusji naukowej dotyczącej tego obszaru.

Słowa kluczowe: testament, forma testamentu, prawo spadkowe.

BIBLIOGRAFIA

Baron J.B., *Irresolute Testators, Clear and Convincing Wills Law*, „Washington & Lee Law Review”, 2016, 73, 1.

Borysiak W., *Funkcjonowanie w praktyce testamentu sporządzanego w formie ustnej (art. 952 k.c.)*, Warszawa 2014.

Breitschmid P., *Revision der Formvorschriften des Testaments – Bemerkungen zur Umsetzung der »Initiative Guinand«*, „Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins”, 1995, 3.

Burkhard Hess, *Intertemporales Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 1998.

Crawford B.J., *Wills Formalities in the Twenty-First Century*, „Wisconsin Law Review”, 2019.

Crawford B.J., Purser K., Cockburn T., *Wills Formalities in a Post-Pandemic World: A Research Agenda*, „University of Chicago Legal Forum”, 2021, 4.

Cristiani F., *Nuove tecnologie e testamento: presente e futuro*, „Diritto dell'informazione e dell'informatica”, 2013, 29, 3.

Dorman J.A., *Stop Frustrating the Testator's Intent: Why the Connecticut Legislature Should Adopt the Harmless Error Rule*, „Quinnipiac Probate Law Journal”, 2016, 30.

⁴⁸ K. Purser, T. Cockburn, *Wills Formalities...*, s. 64.

Dzienia P., Testament sądowy. Głos w dyskusji de lege ferenda, „Państwo i Prawo”, 2023, 5.

Erp S. van, *New Developments in Succession Law*, „Electronic Journal of Comparative Law”, 2007, 11.

Giesen D., *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*, Berlin 1995.

Gitah, Estate 39/70, [1971] 76 P.M. 156 (Dist. Ct.).

Gruchmann L., *Die Entstehung des Testamentss-gesetzes vom 31. Juli 1938. Nationalsozialistische „Rechtserneuerung” und Reformkontinuität*, ZNR, 1985, 7.

Hayton D., *By-Passing Testamentary Formalities*, „Cambridge Law Journal”, 1987, 46.

Heiss H., *Formmängel Und Ihre Sanktionen: Eine Privatrechtsvergleichende Untersuchung*, Tübingen 1999.

Hirsch A.J., *Technology Adrift: In Search of a Role for Electronic Wills*, „Boston College Law Review”, 2020, 61.

Horton D., *Do-It-Yourself Wills*, „University of California Davis Law Review”, 2020, 53.

Horton D., Weisbord R.K., *COVID-19 and Formal Wills*, „Stanford Law Review Online”, 2020, 73.

KG, 3.02.1938, *Deutsche Juristenzeitung* 1938, 428.

Koenig v. Cohen [1982] 36(3), *Israeli Supreme Court* 701.

Langbein J.H., *Substantial Compliance with the Wills Act*, „Harvard Law Review”, 1975, 88.

Langbein J.H., *Excusing Harmless Errors in the Execution of Wills: A Report on Australia’s Tranquil Revolution in Probate Law*, „Columbia Law Review”, 1987, 87.

Langbein J.H., *Absorbing South Australia’s Wills Act Dispensing Power in the United States: Emulation, Resistance, Expansion*, „Adelaide Law Review”, 2017, 38.

Law Reform Commission of Saskatchewan, *Report on Electronic Wills*, 2004.

LG Hamburg, 27.11.1937, *Deutsche Juristenzeitung* 1938, 199.

Olis Robleda S.J., *La Nulidad Del Acto Juridico*, „Revista general de legislación y jurisprudencia”, 1965, 6.

Osajda K., *Prawo spadkowe (w) przyszłości. Perspektywy rozwoju prawa spadkowego*, „Monitor Prawniczy”, 2019, 2.

Pabin A., *Testament jako akt sformalizowany – uwagi w sprawie przyszłego kształtu regulacji dotyczących formy rozrządzeń testamentowych*, „Studia Prawnicze”, 2016, 1.

Ponath G., *Die Beschränkungen der Testierfreiheit durch das Testamentsrecht*, Frankfurt–Mannheim 2006.

Purser K., Cockburn T., *Wills Formalities in the Twenty-First Century – Promoting Testamentary Intention in the Face of Societal Change and Advancements in Technology: An Australian Response to Professor Crawford*, „Wisconsin Law Review Forward”, 2019, 4.

Purser K., Cockburn T., Crawford B.J., *Wills Formalities Beyond COVID-19: An Australian-United States Perspective*, „UNSW Law Journal Forum”, 2020, 5.

Reid K.G.C., De Waal M.J., Zimmermann R., *Comparative Succession Law. Testamentary Formalities*, Oxford University Press 2011.

- Ripoll Sole A., *Hacia Un Nuevo Modelo De Planificación Sucesoria Notarial: La Profesio Iuris*, „Revista de Derecho Civil”, 2016, 3.
- Röthel A., *Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?*, München 2010.
- Siddique H., *Video Witnessing of Wills to Be Made Legal in England and Wales during Pandemic*, „The Guardian”, 2020, July, 25.
- Sasso I., *Will Formalities in the Digital Age: Some Comparative Remarks*, „Italian Law Journal”, 2018, 4.
- Sturdivant v. Birchett, [1853] 51 Virginia Supreme Court (10 Gratt.), 67.
- Uzcategui J., *Application of the Harmless Error Doctrine in California and Beyond*, „California Trusts & Estates Quarterly”, 2015, 21.
- Tampieri M., *Formalismo testamentario e testamento olografo*, „Rivista del Notariato”, 1998, 52.
- Toit F. du, *Testamentary Rescue: An Analysis of the Intention Requirement in Australia and South Africa*, „Australian Property Law Journal”, 2014, 23.
- Tudoraşcu M.M., *The Testament under Romanian Civil Law Provisions*, „AGORA International Journal of Juridical Sciences”, 2016, 2.
- Vaquer Aloy A., *La relajación de las solemnidades del testamento*, „Revista de Derecho Civil”, 2016, 3, 4.
- Victorian Law Reform Commission, *Succession Laws*, 2013.
- Waldeck S., *The Relationship Between Substantial Compliance and Harmless Error*, *Concurring Opinions*, 2013, March, 27.
- Weisbord R.K., Horton D., Urice S.K., *Wills, Trusts and Estates. The Essentials*, Boston 2018.
- Welser R., *Die Reform des österreichischen Erbrechts*, „Österreichische Notariat Zeitung”, 2012, 144.
- Załużcki M., *Videotestament. Prawo spadkowe wobec nowych technologii*, Warszawa 2018.
- Załużcki M., *About the Need to Adjust the Regulations Regarding the Form of Will to the Modern Requirements*, „European Journal of Economics, Law and Politics”, 2019, 2.
- Załużcki M., *A Few Remarks About the Future of Provisions on Making a Will Contrary to the Testamentary Formalities Law*, „Cadernos de Dereito Actual”, 2020, 13.
- Załużcki M., *Evidentiary Function of the Provisions on the Form of Wills in the Contemporary Succession Law: Is the Complete Abandonment of Formalism Possible?*, „Trust & Trustees”, 2020, 8–9.
- Załużcki M., *Solving the „Problem” of Wills Formalities in the Modern Post-Pandemic Society: Can the Endless Discussion Be Concluded?*, „Studia Iuridica”, 2021, 87.
- Zimmermann R., *Testamentsformen: »Willkür« oder Ausdruck einer Rechtskultur?*, „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht”, 2012, 76.



Magdalena Olczyk*

Uznanie ojcostwa i ustalenie jego bezskuteczności przez mężczyznę świadomego od początku braku więzi biologicznej z dzieckiem¹. Część 2

[Recognition of Paternity and Determination of Its Ineffectiveness by a Man Aware from the Outset of the Lack of a Biological Bond with the Child. Part 2]

Abstract

The leading issue in this article is the legal nature of the recognition of paternity by a man who is aware of the lack of a biological bond with the child. As a consequence of recognizing that it is a statement of knowledge, it is necessary to consider whether, in the analyzed situation, a man could lose his legitimacy to bring an action to establish the ineffectiveness of recognition; if not, whether the mechanism for assessing his request pursuant to Art. 5 of the Civil Code, is admissible. According to the author, in such cases, it is the principle of the best interests of the child, and not the principle of biological truth, that should be given primacy. In addition, the introduction to the Polish k.r.o. art. 78 § 1, giving rise to a request to determine the ineffectiveness of recognition, does not close the man from seeking to establish the non-existence of paternity in the event of other defects in the declaration, or even its failure to submit.

Keywords: paternity recognition, determination of the ineffectiveness of the recognition, art. 5 of the Civil Code in cases to establish the ineffectiveness of recognition.

Oddalenie żądania o ustalenie bezskuteczności uznania na podstawie art. 5 k.c.

Analiza poczyniona w pierwszej części opracowania wykazała, że interpretacja art. 78 § 1 k.r.o., przyznająca legitymację do wystąpienia

* **Magdalena Olczyk** – dr hab. nauk prawnych, profesor Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie, Katedra Prawa Cywilnego; ORCID 0000-0002-6740-6529.

¹ Pierwszą część artykułu opublikowano w numerze 4/2022/64, ss. 39–62.

z powództwem o ustalenie bezskuteczności uznania każdemu mężczyźnie, który uznał ojcostwo, a który dowiedział się, że dziecko od niego nie pochodzi, jest stabilna i ma ugruntowaną linię orzeczniczą. Jak wskazałam wcześniej: sytuacja, w której mężczyzna uznający ojcostwo dziecka wie o tym, że dziecko od niego nie pochodzi – i następnie ze znanych sobie przyczyn występuje o ustalenie bezskuteczności tego oświadczenia, nie powinna być objęta zakresem tego przepisu; wykładnia literalna, uzupełniona argumentem odwołującym się do prawdy biologicznej, skutecznie jednak legitymizuje działania takiego mężczyzny (i matki dziecka). Wzmocnieniem stanu pewności i stabilności sytuacji dziecka ma być także wprowadzenie terminu na dochodzenie przez mężczyznę ustalenia bezskuteczności jego oświadczenia. Trudności interpretacyjne napotkane przez Sąd Najwyższy – dotyczące tego, od którego momentu należy liczyć roczny (wcześniej sześciomiesięczny) termin do wytoczenia powództwa – powstały dlatego, że sąd dostosował termin związany z faktem powzięcia przez mężczyznę informacji, że dziecko od niego nie pochodzi, do sytuacji, kiedy już od samego początku (a zatem nawet przed złożonym oświadczeniem) mężczyzna wie, że nie jest ojcem dziecka. Instytucja ustalenia bezskuteczności uznania – o czym zresztą przekonuje też sam projektodawca – pomyślana została po to, by umożliwić mężczyźnie uznającemu ojcostwo dziecka, co do którego był przekonany, że od niego pochodzi, zniweczenie skutków tego oświadczenia niezgodnego z prawdą biologiczną. Ponieważ, jak wskazałam wcześniej, oświadczenie to nie jest oświadczeniem woli, zdecydowano o wprowadzeniu do prawa polskiego nowej instytucji, odpowiadającej kwalifikacji oświadczenia jako oświadczenia wiedzy. Zarówno cel, jak i charakter oświadczenia o uznaniu ojcostwa wskazują, że powództwo o ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa jest instytucją, która zastąpiła charakterystyczną dla oświadczenia woli instytucję uchylenia się od wadliwego oświadczenia, konkretnie złożonego pod wpływem błędu. Błąd z kolei „w najogólniejszym znaczeniu tego słowa (...) oznacza mylne wyobrażenie człowieka o rzeczywistości lub brak jakiegokolwiek wyobrażenia o niej, co można traktować jako szczególny przypadek mylnego wyobrażenia”. Możliwość uchylenia się od skutków złożonego oświadczenia o uznaniu dziecka nie obejmowała zatem sytuacji, w której oświadczający o uznaniu wówczas dziecka mężczyzna wiedział, że nie jest jego ojcem. Powstaje zatem pytanie: odnośnie do którego z ele-

mentów swego oświadczenia mężczyzna ten pozostawałby w błędzie? Nie zachodzi tu przecież mylne wyobrażenie o rzeczywistości. Zmiana charakteru oświadczenia o uznaniu i jasne stwierdzenie, że jest to oświadczenie wiedzy, spowodowało także potrzebę zmiany instytucji umożliwiającej wycofanie się z tak złożonego oświadczenia. Obecnie jest nią ustalenie bezskuteczności oświadczenia – w sytuacji, w której oświadczyjący mężczyzna nie wiedział, że jest biologicznym ojcem dziecka. Więcej, interpretacja dzisiaj dominująca umożliwia wystąpienie z takim powództwem mężczyźnie, który w chwili złożenia oświadczenia wie, że dziecko od niego nie pochodzi. Ponadto podnosić można, że taka interpretacja ma oparcie w wykładni literalnej, zgodnie bowiem z art. 78 § 1 k.r.o. legitymację do wytoczenia powództwa ma mężczyzna, który uznał ojcostwo. Przepis zatem nie różnicuje stanu świadomości, w jakim pozostawał mężczyzna w chwili jego składania

Mając na uwadze powyższe, a także silne przekonanie, że przedstawiona sytuacja powinna być oceniana jedynie przez pryzmat wykazania biologicznego pochodzenia dziecka od uznającego mężczyzny, konieczne stało się poszukanie innego mechanizmu, który właśnie zwraca uwagę na aspekt nadużycia prawa przez mężczyznę – w sytuacji, gdy na pierwszym miejscu to nie prawda biologiczna, ale ochrona dobra dziecka przemawia za oddaleniem powództwa. Instrumentem tym jest oparcie oceny na art. 5 k.c.

W przypadku gdy mężczyzna składający oświadczenie o uznaniu już w tym momencie wie, że dziecko od niego nie pochodzi, przyznanie, że sądy miałyby margines na ocenę powództwa o ustalenie bezskuteczności tego oświadczenia z perspektywy art. 5 k.c., oznaczałoby *de facto* – w razie oddalenia powództwa – zaprzeczenie prymatu zasady prawdy biologicznej.

Akceptując możliwość oddalenia powództwa z powołaniem się na art. 5 k.c., trzeba by zaakceptować twierdzenie o istnieniu jeszcze innych elementów wpływających na ocenę sądu. Niewątpliwie na korektę powyższej sytuacji pozwala powołanie się na inną zasadę, również wyrażoną w Konstytucji RP oraz – bardzo mocno – w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym: wyeksponowaną zasadę ochrony dobra dziecka.

Dopuszczalność oddalenia powództwa o ustalenie bezskuteczności uznania przez sąd

Rozwiązaniem, o którym mowa, jest dopuszczenie w powyższych wypadkach stosowania art. 5 k.c. w celu oddalenia powództwa o ustalenie bezskuteczności uznania. Problematyka stosowania art. 5 k.c. w sprawach o prawa stanu dyskutowana była zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie.

W tym kierunku, tj. możliwości oddalania powództw o ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa na podstawie art. 5 k.c., zdaje się zmierzać także Sąd Najwyższy. W niedawnym wyroku z 15 stycznia 2021 r.² wskazał on, że powództwo wytoczone przez prokuratora w sprawie o prawo stanu cywilnego może być oddalone przez sąd ze względu na zasady współżycia społecznego. Powództwo prokuratora o unieważnienie uznania dziecka dokonanego przez mężczyznę, który wiedział, że nie jest ojcem biologicznym, może być oddalone ze względu na zasady współżycia społecznego (art. 5 k.c.). W uzasadnieniu tego orzeczenia sąd przypomniiał, że stosowanie art. 5 k.c. w sprawach o prawa stanu cywilnego wymaga rozstrzygnięcia kolizji „między podstawowymi zasadami prawa, mianowicie zasadą prawdy (dawniej zwaną zasadą prawdy obiektywnej) oraz zasadami dobra dziecka i ochrony rodziny. Taka kolizja powstaje wtedy, gdy z zastosowania wymienionych zasad wynikają odmienne wnioski dotyczące sposobu rozstrzygnięcia określonej sprawy. Zasada prawdy wynika z art. 3 k.p.c. i oznacza, że orzeczenie sądu powinno być zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. Zasada prawdy jest ponadto naczelną zasadą prawa o aktach stanu cywilnego, która zmierza do zapewnienia zgodności stosunków prawnych macierzyństwa i ojcostwa z odpowiadającymi im stosunkami biologicznymi. Należy zwrócić uwagę na to, że ustawodawca zapewnia prymat zasady dobra dziecka i zasady ochrony rodziny nad zasadą prawdy, wprowadzając liczne ograniczenia w zakresie wytaczania powództw o zaprzeczenie macierzyństwa albo ojcostwa i ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa (dawniej unieważnienia uznania dziecka). Jednakże w sytuacji, gdy stosunkowi prawnemu wynikającemu z aktu stanu cywilnego nie odpowiada stosunek faktyczny (biologiczny), a stosowne powództwo zostało wytoczone we właściwym czasie i przez osobę legitymowaną, zasady dobra dziecka

² IV CSKP 28/21.

i ochrony rodziny nie dają normatywnej podstawy oddalenia powództwa wytoczonego w sprawie o prawo stanu cywilnego; możliwość taką stwarzają natomiast przewidziane w art. 5 k.c. zasady współżycia społecznego, i to właśnie m.in. ze względu na dobro dziecka lub ochronę rodziny”³. Sąd przypomniawszy początkowym, silnie eksponowanym stanowisku o niedopuszczalności stosowania w tego typu sprawach art. 5 k.c., którego zmiana nastąpiła w drodze orzeczenia SN z 5 czerwca 1968 r.⁴ w okresie, gdy k.r.o. nie przewidywał samodzielnego powództwa o zaprzeczenie macierzyństwa. Następnie stanowisko dopuszczające zastosowanie art. 5 k.c. w sprawach o zaprzeczenie macierzyństwa potwierdzone zostało w uchwale składu siedmiu sędziów SN z 7 czerwca 1971 r.⁵ i potem – mimo pojawiających się krytycznych orzeczeń⁶ – w dalszych judykatach⁷. W obydwu wyżej wskazanych orzeczeniach sąd wskazał na wyjątkowe okoliczności mogące zdecydować o oddaleniu powództwa, w tym zwłaszcza na więzi emocjonalne istniejące pomiędzy dzieckiem a kobietą wpisaną do a.s.c. jako jego matka. Jest to również kierunek, który – gdy chodzi o obszar zaprzeczenia ojcostwa / ustalenia bezskuteczności uznania – konsekwentnie prezentuje w swych orzeczeniach ETPC.

Sąd Najwyższy przypomniawszy ponadto, że z uwagi na zasady współżycia społecznego może zostać oddalone powództwo prokuratora, z którym występuje on w sprawach o prawa stanu⁸. Niezwykle istotnym fragmentem w orzeczeniach dotyczących możliwości oddalenia powództwa o ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa, z którym występuje prokurator, jest fragment, w którym Sąd jednoznacznie potwierdza prymat zasady dobra dziecka nad zasadą prawdy biologicznej. To właśnie zasada ochrony dobra

³ Uzasadnienie wyroku SN z 15 stycznia 2021 r., IV CSKP 28/21.

⁴ II CR 164/68.

⁵ III CZP 87/70.

⁶ Na przykład wyrok SN z 7 czerwca 1976 r., IV CR 177/76.

⁷ Wskazuję za Sądem Najwyższym – z uzasadnienia wyroku z 15 stycznia 2021 r.: „zob. tezę X pkt 6 uchwały pełnego składu Izby Cywilnej z 9 czerwca 1976 r., III CZP 46/75, zawierającej zalecenia kierunkowe w sprawie wzmoczenia ochrony rodziny, OSNCP 1976, nr 9, poz. 184; uchwałę składu siedmiu sędziów z 27 października 1983 r., III CZP 35/83, OSNCP 1984, nr 6, poz. 86; wyrok z 4 lutego 1985 r., IV CR 557/84, OSNCP 1985, nr 11, poz. 181; wyrok z 13 stycznia 2005 r., III CK 126/04, «Prokuratura i Prawo», 2005, nr 12, poz. 34; uchwałę z 27 lutego 2020 r., III CZP 56/19, OSNC 2020, nr 11, poz. 90”.

⁸ Sąd odwołał się tu zarówno do powołanego wcześniej stanowiska SN wyrażonego w uchwale z 7 czerwca 1971 r., jak i do nowszego stanowiska zaprezentowanego przy ocenie dopuszczalności powołania się na zasady współżycia społecznego (art. 5 k.c.) w razie wystąpienia przez prokuratora z żądaniem ustalenia bezskuteczności uznania ojcostwa dziecka poczętego ze sztucznego zapłodnienia nasieniem obcego dawcy, a dokonanego po urodzeniu dziecka, z uwagi na fakt, że uznający jest osobą transseksualną. Zob. uchwałę SN z 27 lutego 2020 r., III CZP 56/19.

dziecka – jako najważniejsza w przypadku, gdy chodzi o interesy dziecka i ukształtowanie jego sytuacji prawnej – jest tą, która w razie kolizji z zasadą prawdy biologicznej zyskuje pierwszeństwo⁹.

Przenosząc powyższe na grunt analizowanego przypadku, tj. możliwości oddalenia powództwa o ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa przez mężczyznę, który od początku wie o braku więzi biologicznych z dzieckiem, lecz mimo to uznaje swoje ojcostwo, wiele przytoczonych już argumentów przemawia za tym, że żądanie takie powinno być oceniane nie tylko z perspektywy prawdy biologicznej, ale głównie z perspektywy dobra dziecka. Można by rozważyć wprowadzenie przepisu, z którego wynikałaby konieczność dokonywania głębszej oceny sytuacji, niż ma to miejsce w razie zaferowania jedynie dowodu z badań DNA – w sytuacji składania świadomego, niezgodnego z prawdą biologiczną oświadczenia przez uznającego mężczyznę. Nie wydaje mi się, żeby była to kwestia istnienia u takiego mężczyzny złej wiary w chwili składania oświadczenia; to raczej świadomość, że w opisanym przypadku jego decyzja wpływa na sytuację dziecka, o którym wie, że od niego nie pochodzi. Wykazanie tego faktu winno być równoznaczne z obowiązkiem uruchomienia dodatkowych elementów oceny. Być może interwencja ustawodawcy nie byłaby wszakże potrzebna, gdyby wypracowano (jak miało to miejsce z wykładnią art. 78 § 1 k.r.o.) jednolitą wykładnię przepisu nakazującą sądom w tego typu przypadkach albo wydawanie rozstrzygnięć uwzględniających dobro dziecka w orzeczeniach ustalających bezskuteczność uznania, albo oddalających to powództwo (np. w sytuacji istniejących więzi między dzieckiem a mężczyzną czy niemożności ustalenia ojca biologicznego)¹⁰.

⁹ W uzasadnieniu uchwały z 27 lutego 2020 r., III CZP 56/19, sąd podkreślił, że „Dobro dziecka powinno być zatem jedną z podstawowych okoliczności branych pod uwagę przy ocenie, czy wytoczenie przez prokuratora powództwa o ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego. Istotna jest tu w szczególności więź łącząca z dzieckiem mężczyznę, który dokonał uznania ojcostwa. Istnieją ponadto inne okoliczności, które powinny być wzięte pod uwagę z punktu widzenia zastosowania art. 5 k.c.”; w uzasadnieniu wyroku z 15 stycznia 2021 r., IV CSKP 28/21, sąd stwierdził z kolei: „Okoliczność zaś, że Sąd Okręgowy rozważał zgodność powództwa z dobrem małoletniej K.C., wiąże się z oceną w płaszczyźnie nadużycia prawa podmiotowego, a nie dobra dziecka jako przesłanki wytoczenia powództwa przez prokuratora na podstawie art. 86 k.r.o. w obecnie obowiązującym brzmieniu (...)”.

¹⁰ Przeciwnikiem tego stanowiska jest M. Domański, Komentarz..., komentarz do art. 78, uwaga nr 17.

Inne drogi podważenia oświadczenia o uznaniu ojcostwa

Powództwo o ustalenie, że oświadczenie nie zostało złożone

Może się również okazać, że oświadczenie mężczyzny – czy matki dziecka potwierdzające ojcostwo mężczyzny uznającego – obarczone jest pewnymi wadami albo nie zostało w ogóle złożone. Wówczas mechanizm opisany w art. 78 k.r.o. nie może być brany pod uwagę jako podstawa podważenia złożonego oświadczenia. Nie oznacza to jednak, że prawo polskie w tego typu przypadkach nie pozwala na weryfikację złożonego oświadczenia pod kątem spełniania wymaganych przesłanek.

Trafne jest stanowisko tych autorów, którzy w oświadczeniu mężczyzny świadomie składającego fałszywe oświadczenie dotyczące jego więzów biologicznych z dzieckiem, co potwierdza zresztą matka dziecka, nie widzą oświadczenia nieistniejącego¹¹. Nie jest to także oświadczenie bezwzględnie nieważne, ale właśnie z uwagi na zmianę charakteru prawnego uznania wymaga ustalenia jego bezskuteczności. Nie zmienia tego fakt, że zdarzają się sytuacje, w których oświadczenie wiedzy składane jest przez osobę, która składa je niezgodnie z prawem, z czym związane są nieco inne konsekwencje. Nasz system prawny zna wiele takich sytuacji; to chociażby – nie sięgając daleko – nupturienci składający zapewnienia (oświadczenia wiedzy), że nie wiedzą o istnieniu okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa. Fakt, że osoby składające oświadczenie zatajają istnienie określonych okoliczności (pomijam tu aspekt karnoprawny), nie decyduje przecież o tym, że osoby te nie złożyły tych oświadczeń – czy też że wskutek zawarcia małżeństwa pomimo istnienia tych okoliczności małżeństwo nie zostało zawarte. Nie ma tu także mowy o mechanizmie nieważności bezwzględnej, pozostaje natomiast kwestia unieważnienia małżeństwa. Podobnie jak zapewnienie złożone przez mężczyznę, że dziecko od niego pochodzi, oświadczenia te prowadzą do zawarcia małżeństwa, a w razie uznania – do powstania ojcostwa prawnego. W przypadku uznania

¹¹ Tak K. Pietrzykowski, *Charakter prawny uznania...*, teza 7; odmiennie np. A. Kawałko, H. Witczak [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. M. Frasz, M. Habdas, LEX 2021, art. 73, teza 38 – którzy wskazują, że: „w aktualnym stanie prawnym, gdzie oświadczenia konieczne do uznania ojcostwa są oświadczeniami wiedzy, wydaje się, że nie można do nich stosować przepisów o nieważności czynności prawnych”.

również nie dochodzi do oceny wadliwości oświadczenia z perspektywy nieważności (art. 58 k.c.), ale z racji innego charakteru tego oświadczenia wprowadzono odrębną instytucję: ustalenia jego bezskuteczności.

Odmierna jest już natomiast ocena tych sytuacji, w których oświadczenie mężczyzny czy kobiety dotknięte jest wadliwością formalną (choć nie idzie tu o wady oświadczenia znane kodeksowi cywilnemu, o czym niżej). Może tu chodzić o różne sytuacje, np. twierdzenie mężczyzny, że nie złożył oświadczenia bądź też nie złożył go osobiście, bądź zostało przyjęte mimo niedopuszczalności jego przyjęcia (np. wobec braku wymaganej zdolności)¹². Podobnie w jednym z orzeczeń opisał te sytuacje Sąd Najwyższy – precyzując, że w przypadku wytoczenia powództwa na podstawie art. 189 k.p.c. wskazywać należy na „na brak przesłanek dokonania uznania, takich jak złożenie koniecznych oświadczeń z zachowaniem terminów, odebranie ich przez właściwy organ, osiągnięcie odpowiedniego wieku przez osoby składające oświadczenie lub brak ustalenia ojcostwa innego mężczyzny w drodze domniemania albo wyroku sądu, co częściowo nawiązuje do poglądów sprzed wejścia w życie ustawy nowelizującej z 2008 roku”¹³.

Przypomnieć należy, że kierownik usc zgodnie z art. 73 § 3 k.r.o. zobowiązany jest odmówić przyjęcia oświadczeń, gdy uznanie jest niedopuszczalne¹⁴ lub gdy powziął wątpliwości co do pochodzenia dziecka¹⁵. Przyjęcie natomiast oświadczeń w sytuacji bezwzględnego zakazu ich przyjęcia nie oznacza *ex lege*, że do uznania nie doszło i nie wywołuje ono skutków prawnych. Ponieważ nie jest to sytuacja opisana w art. 78 k.r.o., potrzebna jest jednak inna droga, dzięki której dojdzie do swoistego naprawienia powstałej sytuacji. Dopóki jednak orzeczenie nie zostanie wydane, dopóty uznanie ojcostwa pozostanie w mocy, mimo wystąpienia opisanych wa-

¹² Sytuacje potencjalnie powodujące ustalenie, że oświadczenie nie zostało złożone (jest nieistniejące) wymienia np. M. Domański, *Kodeks..., komentarz do art. 78, teza nr 8*.

¹³ Uzasadnienie postanowienia SN z 12 maja 2017 r., III CSK 196/16.

¹⁴ Sytuacje te wymienia np. A. Sylwestrzak [w:] *Komentarz do wybranych przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, LEX/el. 2020, art. 73, teza nr 11.

¹⁵ Kierownik usc ma jednak ograniczone możliwości sprawdzenia okoliczności, a wręcz nawet nie jest wyposażony w uprawnienia do prowadzenia postępowania dowodowego. Jak podkreślił Sąd Najwyższy jeszcze na gruncie poprzednich przepisów, lecz w zachowującym aktualność orzeczeniu dotyczącym granic działań kierownika usc: „(...) Oświadczenie o uznaniu dziecka powinno być w zasadzie zgodne ze stanem rzeczywistym, bowiem zgodnie z obowiązującym prawem uznający powinien być biologicznym ojcem dziecka, lecz urzędnik stanu cywilnego nie ma obowiązku prowadzenia dochodzenia w tym kierunku i nie mógłby przyjąć oświadczenia o uznaniu tylko z tego względu, że z okoliczności towarzyszących czynności przyjęcia uznania wynikał odmienny stan rzeczy” – wyrok SN z 13 listopada 1979 r., II CR 379/79.

dliwości. Drogę tę wskazał już w kilku swoich judykatach Sąd Najwyższy, wyraźnie przyjmując, że osoba, która wykaże swój interes prawny, bądź prokurator mogą żądać w tego typu sytuacjach ustalenia nieistnienia uznania. Przypomnieć należy jedno z pierwszych stanowisk, jeszcze z 5 grudnia 1973 r., w którym SN zaproponował zastosowanie art. 189 k.p.c. właśnie w sytuacji, gdy „[u]znanie dziecka – co do którego pochodzenia od innego niż uznający mężczyzny, organ, przed którym uznanie nastąpiło, był dostatecznie poinformowany (np. przez oświadczenie samego uznającego lub matki dziecka) – może być zakwestionowane także przez uznającego, w tym bowiem przypadku oświadczenie o uznaniu nie może być skutecznie złożone. Jeżeli bowiem uznający oświadcza przed złożeniem oświadczenia o uznaniu, że nie jest ojcem dziecka, oświadczenie o uznaniu nie może być złożone, a gdy złożone zostało, jest bezskuteczne. W tym wypadku stwierdzenie bezskuteczności uznania (ustalenie nieistnienia ojcostwa) wymaga wystąpienia z powództwa na ogólnych zasadach i w każdym czasie (art. 189 k.p.c.), w tym bowiem zakresie szczególnych przepisów brak”¹⁶. W opisanej sytuacji w dzisiejszym stanie prawnym dochodziłoby zatem do kolizji dwóch przepisów: z jednej strony bowiem kierownik usc wbrew zakazowi przyjmuje oświadczenie, które nie może i nie powinno wywierać skutków prawnych, z drugiej zaś otwarta została przez Sąd Najwyższy furтка dla wystąpienia z powództwem o ustalenie bezskuteczności uznania. Zbieg podstaw prawnych umożliwiających zniweczenie skutków dokonanego uznania występuje w sytuacji, gdy albo mężczyzna uznający, albo matka, albo prokurator pozostają tymi, którzy mogą potencjalnie wystąpić z powództwem zarówno na podstawie art. 78 § 1 k.r.o., jak i art. 189 k.p.c. W obydwu sytuacjach jednak, gdyby chodziło o opisany wyżej przypadek, żądanie każdego z tych podmiotów winno być przez sąd filtrowane przez pryzmat art. 5 k.c. Główną rolę powinna tu odegrać zasada dobra dziecka, gdy idzie o ocenę żądania opartego na art. 78 § 1 k.r.o. – jako zasada, z której wynika jednoznacznie obowiązek udzielenia ochrony dziecku, gdy stabilną sytuację chcą zmienić osoby będące opiekunami dziecka, mające z nim kontakt i więzi emocjonalne. W przypadku oparcia żądania na art. 189 k.p.c. wydaje się, że ocena winna być dokonana w płaszczyźnie wykazania braku interesu prawnego osoby, która od początku wie, że nie jest ojcem (albo potwierdza tę informację), mimo to jednak – nawet głośno się do tego przyznając – dokonuje czynności uznania.

¹⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 5 grudnia 1973 r., I CR 690/73.

Kolejne orzeczenie, w którym Sąd Najwyższy dopuszcza możliwość wystąpienia z powództwem opartym na art. 189 k.p.c., to wyrok z 6 lutego 2009 r.; SN wyraźnie w nim stwierdził, że „(...) należy dopuścić prowadzenie procesu zmierzającego do ustalenia, że oświadczenie o uznaniu dziecka przez określonego mężczyznę nie zostało złożone”, co w konsekwencji prowadzi – zdaniem sądu – do zaprzeczenia pochodzenia dziecka od mężczyzny i konieczności zmiany aktu stanu cywilnego w formie wzmianki dodatkowej¹⁷. Z kolei w postanowieniu z 12 maja 2017 r. SN przypomniał różnicę pomiędzy powództwem z art. 78 k.r.o. i tym opartym na 189 k.p.c. – precyzując, że „jeżeli uznanie ojcostwa nastąpiło mimo braku więzi biologicznej między mężczyzną, który złożył oświadczenie, a dzieckiem, mężczyzna ten, chcąc z tej przyczyny obalić konsekwencje złożonego oświadczenia o uznaniu, powinien skorzystać z unormowanego w nim powództwa, stosując się do przewidzianego dlań reżimu prawnego dotyczącego m.in. terminu i współuczestnictwa koniecznego po stronie biernej procesu (art. 82 § 1 k.r.o.). Unormowanie w art. 78 k.r.o. powództwa o ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa nie oznacza – podobnie jak unormowanie w dawnym stanie prawnym powództwa o unieważnienie uznania dziecka – że w przypadku kwestionowania prawnej więzi ojcostwa *a priori* wykluczone jest sięgnięcie do powództwa o ustalenie stosunku prawnego lub prawa, którego podstawę stanowi art. 189 k.p.c. Przepis ten nie zawiera bowiem obostrzeń, które eliminowałyby jego zastosowanie do prawnorodzinnych stosunków prawnych”¹⁸. Jest to zatem konsekwentne stanowisko dotyczące oparcia na art. 189 k.p.c. żądania ustalenia nieistnienia uznania ojcostwa i związanych z nim konsekwencji prawnych, choć tylko w sytuacji, w której twierdzenie o ustaleniu nieistnienia nie jest oparte na braku więzi biologicznej, ale odnosi się do innej sytuacji, w której takie oświadczenie zostało złożone, np. nie przez mężczyznę, którego dane zostały umieszczone jako uznającego¹⁹. Co więcej, rozpoznając kwestię tożsamości rosz-

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z 6 lutego 2009 r., IV CSK 447/08

¹⁸ Postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 12 maja 2017 r., III CSK 196/16.

¹⁹ Z uzasadnienia: „Jeżeli zatem powód, powołując określone okoliczności faktyczne, konstruuje powództwo jako osadzone na art. 189 k.p.c. żądanie ustalenia nieistnienia stosunku prawnego ojcostwa, wskazując jako podłoże tego nieistnienia «nieważność czynności prawnej uznania» lub twierdząc, że z określonych powodów do uznania w ogóle nie doszło, niewłaściwe jest ujmowanie takiego żądania, wbrew woli powoda, jako powództwa o ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa i ocena jego zasadności w reżimie właściwym dla tego powództwa”. A w jego dalszej części: „(...) powołanie przez powoda w celu uzasadnienia powództwa o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego okoliczności, które nie są – w ocenie sądu – adekwatne do wykazania jego zasadności,

czeń formułowanych przez powoda, Sąd Najwyższy nakazuje dokonywać oceny na podstawie art. 189 k.p.c., a nie art. 78 § 1 k.r.o. – w sytuacji gdy powód formułuje żądanie ustalenia nieistnienia uznania, nawet twierdząc, że z określonych powodów do uznania w ogóle nie doszło²⁰. Powyższe stanowisko może także wzbudzić pewne wątpliwości dotyczące tego, czy w sytuacji niezłożenia oświadczenia droga powyższa jest właściwa. Zgodnie z brzmieniem art. 39 ustawy prawo o aktach stanu cywilnego²¹, który stanowi podstawę unieważnienia aktu stanu cywilnego (wzmianki dodatkowej) przez sąd w postępowaniu nieprocesowym, na wniosek osoby zainteresowanej, prokuratora lub kierownika urzędu stanu cywilnego, jeżeli akt ten lub wzmianka stwierdzają zdarzenie niezgodne ze stanem faktycznym lub stwierdzono uchybienia, które zmniejszają jego moc dowodową. Wydaje się, że stanowisko przeważające w tej sytuacji (czyli twierdzenia przez mężczyznę, że nie złożył oświadczenia o uznaniu) przyznaje pierwszeństwo postępowaniu procesowemu (art. 189 k.p.c.)²². Logicznym uzasadnieniem tego stanowiska jest wskazanie, że chodzi tu o akt urodzenia dziecka, a zatem żądanie nie dotyczy tego, że fakt ten (urodzenie dziecka) nie zaistniał. Tak rzeczywiście było do czasu wejścia w życie nowych ustawy z 2014 roku. Wątpliwości mogą jednak dotyczyć wzmianki dodatkowej – elementu, odnośnie do którego w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie przewidywał tego rozwiązania²³. Zatem za nieaktualne należy uznać stanowisko sądu wyżej opisane, gdy uznanie i powództwo o ustalenie nieistnienia uznania miałyby nastąpić po dniu wejścia w życie ustawy z 2014 roku. W doktrynie takie stanowisko – dotyczące nieistniejącego uznania wpisanego

powinno prowadzić do wydania wyroku oddalającego powództwo, po jego merytorycznym rozpoznaniu, nie uzasadnia natomiast nadawania żądaniu, wbrew klarownej woli powoda, innej treści lub traktowania go *per non est*".

²⁰ Pomijam w tym miejscu analizę sądu odnoszącą się do zakresów roszczenia głównego i ewentualnego, które – jak wynika z uzasadnienia – miały takie mianowicie, że „powód jednoznacznie wskazywał, że wytoczone przezeń powództwo nie zmierza do ustalenia bezskuteczności uznania ojcostwa, lecz do ustalenia nieważności czynności prawnej, ewentualnie ustalenia nieistnienia uznania ojcostwa, i akcentował, że powództwo takie może zostać wytoczone w każdym czasie”.

²¹ Ustawa z 28 listopada 2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego, tekst jedn. Dz.U. 2023, poz. 1378.

²² Tak też SN w postanowieniu z 27 listopada 2007 r., IV CSK 287/07: „W postępowaniu o unieważnienie lub sprostowanie aktu urodzenia nie może być uwzględnione żądanie wykreślenia z aktu urodzenia danych dotyczących ojca, oparte na twierdzeniu, że nie złożył on oświadczenia o uznaniu dziecka lub że oświadczenie to dotknięte jest nieważnością”.

²³ W art. 30 ustawy z 29 września 1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego wskazano jedynie akt stanu cywilnego podlegający unieważnieniu.

w formie wzmianki dodatkowej – jest także prezentowane²⁴. Nie wydaje się natomiast właściwe sięganie do tej drogi nieprocesowej w sytuacji, gdy oświadczenie o uznaniu dotknięte jest wadą, lecz zostało złożone²⁵. Można się zastanowić, czy gdyby doszło do sytuacji, w której mężczyzna niebędący obywatelem polskim, uznający ojcostwo polskiego dziecka, złożył oświadczenie w swoim kraju przed właściwym organem, lecz skutki tego oświadczenia byłyby nieco inne niż w prawie polskim (np. w zakresie władzy rodzicielskiej) – a następnie polski usc na podstawie oświadczenia sporządziłby wzmiankę w akcie urodzenia dziecka – czy nie jest to przypadek, w którym można byłoby dochodzić nieważności wzmianki dodatkowej w trybie art. 39 u.p.a.s.c., czy też raczej należałoby sprawę rozpoznać w procesie.

Stosowanie przepisów o wadach oświadczenia woli?

Przed dokonaną w 2008 roku zmianą właściwie nie istniały wątpliwości w kwestii stosowania przepisów o wadach oświadczenia woli. Charakter instytucji uznania, przemawiający za kwalifikowaniem przed 2008 rokiem jako oświadczenia woli, przemawiał za stosowaniem do oświadczenia o uznaniu dziecka przepisów o wadach oświadczenia woli²⁶. Potwierdzają to także liczne orzeczenia sądowe²⁷.

²⁴ Na przykład B. Opaliński [w:] B. Kotowicz, A. Kurzawa, B. Opaliński, Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz, LEX 2022, komentarz do art. 39: „Niezgodne ze stanem faktycznym będzie również zamieszczenie w akcie urodzenia wzmianki dodatkowej z informacją o uznaniu ojcostwa, podczas gdy oświadczenie takie zostało złożone wadliwie bądź w ogóle nie zostało złożone”. Podobnie A. Czajkowska [w:] I. Basior, D. Sorbian, A. Czajkowska, Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem. Przepisy wykonawcze i związkowe oraz wzory dokumentów, LEX 2015, komentarz do art. 39, teza 4: „Unieważnieniu podlega również jako zdarzenie niezgodne ze stanem faktycznym zapisane we wzmiance dodatkowej uznanie ojcostwa, podczas gdy oświadczenie takie nie zostało złożone.”

²⁵ B. Opaliński, *ibidem*.

²⁶ T. Smyczyński [w:] Prawo rodzinne i opiekuńcze..., s. 140, który wskazuje, że „Przed nowelizacją k.r.o. w 2008 r. uznanie dziecka było aktem woli uznającego i czynnością prawną, czego konsekwencją była ocena skuteczności uznania w świetle wad oświadczenia woli i nieważności tej czynności prawnej”. Przepisów o wadach oświadczenia woli, znajdujących się w k.c., nie stosowano, jak twierdzi Autor, bezpośrednio, z racji na autonomiczną regulację zawartą zwłaszcza w dawnych art. 80 k.r.o.

²⁷ Na przykład Sąd Najwyższy w wyroku z 10 grudnia 1999 r., II CKN 1037/99, przypominający, że: „Uznanie dziecka, podług unormowania k.r.o., jest aktem o charakterze dwoistym, zawierającym zarówno elementy czynności prawnej (oświadczenie woli), jak i aktu wiedzy (przyznanie faktu); por. orzeczenie SN z 15 maja 1967 r., I CR 5/67 i z 5 lipca 1968 r., II CR 164/68 (OSNCP 1969, nr 3, poz. 55). W konsekwencji więc do uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia woli, którego przedmiotem jest uznanie dziecka, mają w zasadzie zastosowane przepisy kodeksu cywilnego o wadach oświadczenia woli (art. 82–87 k.c.), ale tylko w zasadzie i tylko odpowiednio. (...)”; w wyroku

Naturalnym pytaniem pojawiającym się w przypadku ukształtowanej przez ustawodawcę instytucji ustalenia bezskuteczności uznania jest pytanie o dopuszczalność zastosowania w tym wypadku niektórych z przepisów o wadach oświadczenia woli²⁸. Kwalifikacja oświadczenia o uznaniu jako oświadczenia wiedzy zdawałaby się przekreślać te możliwości. Nierozwiązane jednak pozostawałyby te sytuacje, w których mężczyzna bądź matka dziecka działałoby pod wpływem groźby czy w stanie wyłączającym świadome lub swobodne złożenie oświadczenia.

Wątpliwości, o których mowa wyżej, dzisiaj już łatwiej rozwiązać z uwagi na dodanie do kodeksu cywilnego art. 65¹, zgodnie z którym przepisy o oświadczeniach woli stosuje się odpowiednio do innych oświadczeń²⁹.

Jak wskazano w literaturze, przepis ten odnosi do oświadczeń o skutkach materialnoprawnych, a zatem takich, „(...) których złożenie ma wpływ na powstanie, ustanie czy treść praw i obowiązków prywatnoprawnych. W grę mogą wchodzić zatem tzw. oświadczenia wiedzy (zawiadomienia o faktach, niebędące przejawami woli wywołania skutku prawnego) oraz akty komunikujące uczucia (przebaczenie)”³⁰. Wśród oświadczeń, które stanowią najdonioślejszą grupę desygnatów zbioru oświadczeń podobnych do oświadczeń woli, kwalifikowane są właśnie oświadczenia wiedzy, jak zawiadomienia, informacje itp., a zatem takie zawiadomienia o faktach, które nie są przejawami woli skutku wywołania skutku prawnego³¹.

Dlatego też w konsekwencji stwierdzenia, że oświadczenie o uznaniu ojcostwa jest oświadczeniem wiedzy, wprowadzony do k.c. art. 65¹, nakazujący stosowanie przepisów o oświadczeniach woli odpowiednio do innych oświadczeń, znajdzie zastosowanie także w analizowanym obszarze. Dyskusyjny jednak okazuje się zakres zastosowania przepisów o oświad-

z 6 września 2000 r., II CKN 1093/00, SN ocenił możliwość zastosowania do oświadczenia o uznaniu dziecka art. 82 k.c.

²⁸ Jeszcze przed wejściem w życie zmiany w k.c. (z 2016 roku, wprowadzającej art. 65¹) rozważała to A. Sylwestrzak, *Głosa do wyroku SN z 19 kwietnia 2012 r., IV CSK 459/111*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa”, 2012, 4, s. 83 i nn.

²⁹ Przepis ten dodano na podstawie art. 1 pkt 1 ustawy z 10 lipca 2015 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny, ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U., poz. 1311.

³⁰ P. Machnikowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis 2021, komentarz do art. 65¹, teza 1; Autor wyraźnie podkreśla, że przepis nie znajdzie zastosowania do oświadczeń poza obszarem prawa materialnego, np. oświadczeń procesowych.

³¹ P. Machnikowski, *Kodeks cywilny...*, teza nr 2; także E. Rott-Pietrzyk, *Zobowiązania. Przepisy ogólne i powiązane przepisy księgi pierwszej k.c.*, tom 1. Komentarz, red. P. Machnikowski, Legalis 2022, komentarz do art. 65¹, nb 11.

zeniach woli do innych oświadczeń, w tym oświadczeń wiedzy. Uważam za słuszne stanowisko upatrujące w odesłaniu do przepisów o oświadczeniach woli, o którym mowa w art. 65¹ k.c., zamiaru objęcia nim obszaru, „(...) w jakim funkcjonalne jest odpowiednie stosowanie przepisów o czynnościach prawnych w odniesieniu do innych oświadczeń”³². W konsekwencji: również w przypadku złożenia oświadczenia o uznaniu ojcostwa pod wpływem groźby istnieje dla mężczyzny składającego takie oświadczenie możliwość odpowiedniego zastosowania przepisów o wadach oświadczenia woli.

W literaturze można znaleźć podobne stanowiska, a próbując odpowiednio stosowanie w opisanym zakresie przepisów o wadach oświadczenia woli. Podkreślano zatem, że skoro przepis ten nakazuje odpowiednie stosowanie do oświadczeń innych niż oświadczenia woli przepisów o oświadczeniach woli, a nie przepisów o czynnościach prawnych, to „[o]znacza to, że do oświadczeń innych niż oświadczenia woli zastosowanie znajdują art. 61–65 k.c. (dotyczące ustalenia miejsca i chwili złożenia oświadczenia, wpływu śmierci składającego na skuteczność oświadczenia, wykładni) oraz art. 82–88 k.c. (dotyczące wad oświadczeń woli)”³³. Inni autorzy, dopuszczając z kolei możliwość odpowiedniego stosowania przepisów o wadach oświadczeń woli, nakazują zachowanie dużej ostrożności i konieczność rozważenia w każdym wypadku, „czy specyfika danego oświadczenia albo przepisy nakazujące jego złożenie nie wykluczają powołania się na wadę oświadczenia woli albo nie nakazują zmodyfikować ustawowo określone skutki tej wady”³⁴.

Mając na uwadze powyższe, a także charakter oświadczenia o uznaniu, należałoby – odpowiednio stosując przepisy o wadach oświadczenia woli – stwierdzić, że w razie ich wystąpienia nie chodzi tu o unieważnienie tego oświadczenia, ale ustalenie jego bezskuteczności – przekładającej się na nieistnienie stosunku ojcostwa (art. 189 k.p.c.).

³² Tak E. Rott-Pietrzyk, wraz z podaną przez siebie argumentacją [w:] *Zobowiązania. Przepisy ogólne i powiązane przepisy księgi pierwszej k.c.*, tom 1. Komentarz, red. P. Machnikowski, Legalis 2022, komentarz do art. 65¹, nb 20.

³³ Na przykład P. Sobolewski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, W. Borysiak, Legalis 2022, komentarz do art. 65¹, teza nr 5; także P. Nazaruk [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. J. Ciszewski, LEX/el. 2022, art. 65¹, teza 2.

³⁴ P. Machnikowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis 2021, komentarz do art. 65¹, teza nr 4.

Zakończenie

Opracowanie stanowi kolejną próbę wyjaśnienia charakteru prawnego oświadczenia o uznaniu ojcostwa w obecnym reżimie prawnym. Analizując dostępne wypowiedzi doktrynalne oraz kierunki orzecznicze, opowiadam się za kwalifikacją tego oświadczenia jako oświadczenia wiedzy. Nie zmienia tego faktu także sytuacja, że mężczyzna oświadczający przez kierownikiem usc, wiedzący o braku więzi biologicznej z dzieckiem, stwierdza fakt bycia jego ojcem, co potwierdza matka dziecka. W mojej jednak ocenie zarówno mężczyzna uznający w tej sytuacji ojcostwo, jak i matka wiedząca o braku więzi biologicznej uznającego mężczyzny z dzieckiem – winni być pozbawieni legitymacji czynnej w sprawie o ustalenie bezskuteczności uznania. Instytucja ta bowiem w założeniu ma korygować skutki sytuacji, w której mężczyzna uznający nie wiedział o tym, że dziecko od niego nie pochodzi.

Zarówno jednak ustabilizowana linia orzecznicza w tego typu sprawach, jak i być może orzecznictwo ETPC – przemawiają raczej za poszukiwaniem innego rozwiązania zarysowanego problemu. Wydaje mi się, że można byłoby wymagać od sądów, by w ocenie żądania mężczyzny świadomie uznającego ojcostwo nie swojego dziecka zawsze uwzględniały nie tylko zasadę prawdy biologicznej, ale głównie dobro dziecka i jego stabilną sytuację. Niezmiernie ważną rolę w ocenie żądania powinien więc odgrywać art. 5 k.c.

Natomiast fakt, że dzisiaj to głównie art. 78 § 1 k.r.o. jest podstawą wytaczanych powództw o ustalenie bezskuteczności uznania – nie przekreśla możliwości skorzystania przez mężczyznę uznającego z innych mechanizmów, zmierzających do ubezskutecznienia jego oświadczenia, w tym art. 189 k.p.c. bądź odpowiednio stosowanych przepisów o wadach oświadczenia woli.

Abstrakt

Pierwszoplanowym zagadnieniem w niniejszym artykule jest charakter prawny uznania ojcostwa przez mężczyznę świadomego braku więzi biologicznej z dzieckiem. W następstwie stwierdzenia, że chodzi tu o oświadczenie wiedzy, konieczne jest zastanowienie się, czy w analizowanej sytuacji mężczyzna mógłby utracić legi-

tymację do wystąpienia z powództwem o ustalenie bezskuteczności uznania; jeżeli nie, to czy mechanizm oceny jego żądania na podstawie art. 5 k.c. jest dopuszczalny. Zdaniem autorki w tego typu przypadkach to zasada dobra dziecka, a nie prawdy biologicznej winna uzyskać prymat. Ponadto wprowadzenie do polskiego k.r.o. art. 78 § 1, dającego podstawę do wystąpienia z żądaniem ustalenia bezskuteczności uznania, nie zamyka mężczyźnie możliwości dochodzenia ustalenia nieistnienia stosunku ojcostwa w razie wystąpienia innych wad oświadczenia, a nawet jego niezłożenia.

Słowa kluczowe: uznanie ojcostwa, ustalenie bezskuteczności uznania, art. 5 k.c. w sprawach o ustalenie bezskuteczności uznania.

BIBLIOGRAFIA

Czajkowska A. [w:] Basior I., Sorbian D., Czajkowska A., Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem. Przepisy wykonawcze i związkowe oraz wzory dokumentów, LEX 2015.

Domański M. [w:] Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, red. K Osajda, M. Domański, J. Słyk, Legalis 2022.

Justyński T., Glosa do wyroku SN z 19 kwietnia 2012 r., IV CSK 459/2011, OSP, 2015, 4.
Kawałko A., Witczak H. [w:] Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, red. M. Fras, M. Habdas, Warszawa 2021.

Kordasiewicz B., Prawo cywilne – część ogólna [w:] System prawa prywatnego, tom 2, Z. Radwański, A. Olejniczak (red.), Legalis 2019.

M. Kosek, W. Stojanowska, *Komentarz do niektórych przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego* [w:] Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza. Wykładnia. Komentarz, LEX 2011.

Kwiecień-Madej A., Sytuacja prawna ojca dziecka poczętego w polskim prawie rodzinnym, Legalis 2021.

Machnikowski P. [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Legalis 2021.

Michałkiewicz-Kądziela E., Prawo do tożsamości człowieka w prawie polskim i międzynarodowym, Legalis 2020.

Nazaruk P. [w:] Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany, J. Ciszewski (red.), LEX/el. 2022.

Opaliński B [w:] Kotowicz B., Kurzawa A., Opaliński B., Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz, LEX 2022.

Pietrzykowski K., *Charakter prawny uznania ojcostwa* [w:] Tadeusz Ereciński (red.), Paweł Grzegorzczak (red.), Karol Weitz (red.), *Sine Ira et Studio. Księga jubileuszowa dedykowana Sędziemu Jackowi Gudowskiemu*, LEX 2016.

Radwański Z., Mularski K., *Prawo cywilne – część ogólna* [w:] System prawa prywatnego, tom 2, red. Z. Radwański, Legalis 2019.

Rott-Pietrzyk E. [w:] *Zobowiązania. Przepisy ogólne i powiązane przepisy księgi pierwszej k.c. Komentarz*, tom 1, red. P. Machnikowski, Legalis 2022.

Smyczyński T., *Prawo rodzinne i opiekuńcze* [w:] System prawa prywatnego, tom 12, red. T. Smyczyński, Legalis 2011.

Sobolewski P. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, W. Borysiak, Legalis 2022.

Sylwestrzak A., *Ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa na żądanie uznającego w złej wierze. Glosa do wyroku SN z 19 kwietnia 2012 r., IV CSK 459/11*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa”, 2012, 4.

Sylwestrzak A. [w:] *Komentarz do wybranych przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, LEX/el. 2020.



Beata Stępień-Załużka*
Laura Miraut Martín**

Challenges of the Polish Law Concerning Marriage and Same-Sex Relationships Against the Background of the Spanish Experience

[Wyzwania polskiego prawa odnoszącego się do małżeństw i związków osób tej samej płci – na tle doświadczeń hiszpańskich]

Abstrakt

Małżeństwo i rodzina są chronione na poziomie konstytucyjnym. W celu zabezpieczenia podmiotowego kształtu małżeństwa polski ustawodawca w Konstytucji RP z 1997 roku zdefiniował małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny (art. 18). Regulacja ta – a zwłaszcza sposób jej sformułowania – jest jednak źródłem wątpliwości co do możliwości instytucjonalizacji małżeństw osób tej samej płci (czy ewentualnie innych związków). Rodzi się bowiem pytanie: czy możliwa jest regulacja prawa powszechnego dopuszczająca małżeństwa (czy ewentualnie inne związki) par tej samej płci, czy też norma konstytucyjna wyklucza taką możliwość? Pojawiają się również dalsze pytania – o możliwość jakiegokolwiek innej formy instytucjonalizacji związków osób tej samej płci. Celem niniejszego artykułu jest zatem ukazanie wpływu przepisów konstytucyjnych na możliwość ustawowego uregulowania małżeństwa lub innych związków osób tej samej płci. Na tym tle rozważono, czy w Polsce istnieje konstytucyjny zakaz zawierania małżeństw lub innych związków osób tej samej płci, który uniemożliwiłaby ich ustawową instytucjonalizację. Przedstawiono, jak wpływają na tę kwestię uregulowania międzynarodowe, w tym europejska Konwencja praw człowieka i podstawowych wolności oraz Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych, a także regulacje unijne zawarte w Karcie praw podstawowych.

Ustawodawstwo hiszpańskie stanowi dla prawodawcy polskiego punkt odniesienia i możliwy wzór do naśladowania w kontekście rozwiązywania tego typu dylematów legislacyjnych; przy stosunkowo zbliżonych do polskich rozwiązaniach konstytucyjnych małżeństwa i związki partnerskie osób homoseksualnych są tam bowiem od dawna zinstytucjonalizowane.

Słowa kluczowe: pojęcie małżeństwa, konstytucyjna ochrona małżeństwa, rodzina, związki osób tej samej płci, małżeństwa osób tej samej płci.

* **Beata Stępień-Załużka** – dr hab., profesor uczelni, Zakład Prawa Konstytucyjnego i Praw Człowieka, Instytut Nauk Prawnych, Uniwersytet Rzeszowski; ORCID 0000-0003-1802-680X.

** **Laura Miraut Martín** – full professor [profesora titular], Philosophy of Law (Basic Legal Sciences), University of Las Palmas de Gran Canaria; ORCID 0000-0002-4397-4361.

Introduction

The issues concerning the family and its protection find a place in many contemporary constitutions. This is the case e.g. in Spain (art. 39 and art. 32 of the Spanish Constitution), this is also the case of the Polish Constitution of 2 April 1997¹. In the latter act in the text of art. 18 we can read that ‘marriage as a union of a man and a woman, family, maternity and parenthood are under the protection and guardianship of the Republic of Poland’. Such constitutional provisions may also e.g. define marriage and at the same time guarantee legal protection and protection of the state to the couple. The doctrine of constitutional law often indicates that such regulations are a consequence of other constitutional norms, including the provision of Article 1 of the Polish Constitution, which stipulates that ‘the Republic of Poland is a common good of all citizens’², or the provision of Article 2 of the Spanish Constitution, which stipulates that ‘the Republic of Poland is a common good of all citizens’. On the other hand, it is argued that their justification may be found in such norms as Article 30 of the Polish Constitution or Article 10 of the Spanish Constitution, which refer to inherent and inalienable dignity as a source of freedom and human and civil rights.³

These constitutional solutions are often detailed in the constitutions themselves, which is the case in Poland for example, where the provisions of Article 70 paragraph 3, Article 71 or Article 72 of the Constitution of the Republic of Poland are a kind of *lex specialis* in relation to the content of Article 18 of the Constitution.⁴ Obviously, the influence of constitutional solutions on the status of a family may be much broader, and lead from the solutions establishing the principle of equality of rights of a man and a woman in family life, through the legal protection of family life and parental rights, the right to provide children with upbringing and education,

¹ Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 [Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej], Dz.U. 1997 nr 78, poz. 483.

² P. Bucoń, *Konstytucyjne podstawy wspierania rodziny przez władze publiczne w Polsce*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego”, 2019, 4, p. 114.

³ M. Bidziński, M. Chmaj, *Konstytucyjne gwarancje ochrony małżeństwa, rodziny i rodzicielstwa oraz równości a Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej* [in:] H. Izdebski, M. Komorowski, M. Pisz (ed.), *Gwarancje ochrony konstytucyjnych praw i wolności jednostki*, Warszawa 2016, p. 3.

⁴ *Ibidem*.

protection of children's rights or guarantees of inheritance. Such broad regulation of the family at the constitutional level proves one thing – the issue of the family and safeguarding its status is one of the priority issues for the legislator. It also appears to be firmly rooted in the constitutional law of individual states, lying in principle at the foundation of their constitutional traditions.

Currently, however, in contemporary Europe, including Spain and Poland, there are tendencies to expand the catalogue of rights and to grant institutional protection to other, less traditional unions of natural persons, including same-sex unions. The discussion in this respect, at least for the past dozen years, has given rise to various doubts which reach, in the first place, to constitutional norms and their interpretation and, further, to provisions of a lower rank than the constitutional one. In this context the question arises as to whether the constitutional regulations allow for e.g. marriages and other institutionalised same sex unions to be regulated by an ordinary law or whether the constitutional norms exclude such a possibility. This problem has still not been unambiguously solved in Poland, while an interesting legal regulation was introduced in Spain a dozen or so years ago. For this reason, in this paper the authors will consider the admissibility of the institutionalization of same-sex unions in Polish law and the Spanish legislation will be used as a reference point for the Polish legal system.

Marriage, same-sex unions and the Constitution of the Republic of Poland

Reflections within the specified scope should begin with an indication that resolving the above dilemmas requires first of all a discussion on the definition of marriage and its scope of meaning because only in this way will it be possible to examine to what extent the constitutional norms may limit the legislator in the scope of the possibility to institutionalise marriages and other same-sex unions.

Marriage is the subject of research of many scientists, mainly psychologists and sociologists. Other scholars, including demographers, ethnologists, historians, educators and, of course, lawyers, also conduct their research on this topic. The wide interest in issues related to marriage is

due to the many consequences that are associated with the formalisation of a union.⁵

On the grounds of constitutional law, the notion of marriage as defined in the provisions of the Constitution, such as Article 18 of the Polish Constitution, has been controversial in doctrine and judicature. They are primarily rooted in the definition itself and its impact on the possibility of standardising marriage and homosexual unions.⁶

Three positions remain the most widespread in this area.

The first, conservative position, defines marriage as a union of the opposite sexes – a man and a woman⁷, while excluding the formalisation of homosexual unions.⁸ It is based on one of the opinions that “a same-sex union cannot be a marriage and it is not only about reserving the very name ‘marriage’ for the union of a man and a woman, but about the prohibition of equating a same-sex union with marriage; a union between persons of different sexes who have not married and a union between persons of the same sex cannot ‘be protected and safeguarded by the Republic of Poland’; a union between persons of different sexes who have not married cannot have the same effects as marriage or similar effects as marriage, in particular as a result of preferential treatment of marriage”.⁹

The supporters of such a view emphasise that it is a consequence of the legislator’s actions who, by introducing into the Constitution a provision defining marriage as a union of a man and a woman, at the same time introduced a mechanism that ‘was to play the role of an instrument preventing the introduction of such a regulation into the Polish law’. In this way, the legislator secured the system of law against legal regulation of the possibility of concluding same-sex marriages and various types of unions which (regardless of their name) were to fulfil the role of marriage.¹⁰ Therefore, the introduction of such a regulation into the legal or-

⁵ A. Kotlarska-Michalska, *Małżeństwo jako związek, wspólnota, instytucja, podsystem i rodzaj stosunku społecznego*, „Roczniki Socjologii Rodziny”, 1998, 10, p. 49 and nn.

⁶ P. Tuleja, *Komentarz do art. 18 Konstytucji RP* [in:] P. Tuleja (ed.) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2019, p. 81.

⁷ More on this subject: E. Ozorowski, *Małżeństwo jako związek mężczyzny i kobiety*, „Rocznik Teologii Katolickiej”, 2003, 2, pp. 7–24.

⁸ I. Kleniewska, *Zarejestrowane związki partnerskie i małżeństwa osób tej samej płci za granicą a prawo polskie*, Warszawa 2008, p. 26.

⁹ *Opinia Biura Studiów i Analiz SN 10.05.2012, BSA SN I-021-123-124/12*, p. 8.

¹⁰ A. Mączyński, *Konstytucyjne podstawy prawa rodzinnego* [in:] P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (ed.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, Warszawa 2012, p. 772.

der by the legislator would go beyond the obligation to protect the freedom and privacy of persons in same-sex unions and, moreover, would privilege them on the basis of the fact of remaining in a relationship, the costs and burdens of which would remain borne by society as a whole.¹¹

The second – moderate – position on the issue recognises marriage only as a union between a man and a woman, but, importantly, approves of homosexual unions. The essence of this view is the thesis that the provisions of the Constitution concretise only the culturally and socially established notion of marriage as a union of a man and a woman. Consequently, on the one hand, the legislator has defined the possible personal variant – a man and a woman – for the purpose of marriage, and thus ruled out the possibility of concluding homosexual marriages.¹² On the other hand, the argument that the change of social conditions and legal environment would enable entering into homosexual marriages is denied. Thus, the possibility to perform homosexual marriages would only be admissible after the amendment of the constitutional provisions.¹³ On the other hand, unions other than marriage, and moreover unions between two or more people, are not prohibited by law.¹⁴

On the other hand, the third – liberal – standpoint in its approach to the issue of homosexual marriages and partnerships does not exclude either the former or the latter. Its idea is based on the assumption that the institutionalization of same-sex unions is not prohibited by the Constitution, and what is more, it is supported by the axiology and the principles of the Polish Constitution. Therefore, “The institution of same-sex partnership or same-sex marriage could not violate constitutional regulations firstly because it concerns an autonomous legal issue, and secondly because it does not exclude and does not affect the scope of care and protection to which marriage as a union between a man and a woman is entitled.”¹⁵ In Poland, against the background of the provision of Article 18 of the Con-

¹¹ B. Banaszkiwicz, Problem konstytucyjnej oceny instytucjonalizacji związków homoseksualnych, „Kwartalnik Prawa Prywatnego”, 2004, 2, pp. 382 and 383.

¹² P. Winczorek, Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Warszawa 2008, p. 54.

¹³ P. Tuleja, Komentarz... op. cit., p. 81; M. Nazar, Projekt kodeksu rodzinnego i postulaty gałęziowego wyodrębnienia prawa rodzinnego, „Przegląd Sądowy”, 2019, 7-8, p. 20.

¹⁴ W. Borysiak, Komentarz do art. 18 Konstytucji RP [in:] M. Safjan, L. Bosek (ed.) Konstytucja RP, tom 1, Warszawa 2016, p. 484.

¹⁵ M. Drapalska-Grochowicz, Kilka uwag na tle statusu prawnego związków jednoosobowych w polskim ustawodawstwie, „Młody Jurysta”, 2019, 2, p. 71.

stitution, E. Łętowska and J. Woleński point out, for example, that firstly, the interpretation of Article 18 viewing marriage as a union of a man and a woman does not exclude marriages with a different structure of subjects. Secondly, the quoted provision orders to treat heterosexual marriages, family, maternity and parenthood in a special way because they are under a kind of qualified protection guaranteed by the highest act in the state – the Constitution of the Republic of Poland. What is important, the authors stress that the content of Article 18 of the Polish Constitution has been incorrectly formulated, which is evidenced by the question of what alternative forms of maternity or parenthood may exist which do not benefit from this special state protection. This line of reasoning allows the indicated representatives of science to build the thesis that Article 18 of the Polish Constitution is in its essence a programmatic norm addressed to public authorities, justifying the postulates of expanding or not reducing the level of protection. At the same time, no prohibition arises from this norm, nor from its location, to grant legal protection to competitive or alternative associations, either at the constitutional level or at the level of ordinary laws. Thus, the authors deny any prohibition built upon the provision of Article 18 of the Polish Constitution, stressing that the norms of this provision indicate only a preference for the family built upon a heterosexual union in the form of protection by the Republic. Protection is in fact inherent in every right, freedom or status stemming from statutory law. In this light, the status of marriage as a union of a man and a woman is constitutionally privileged and should be given special protection in case of conflict with other norms.¹⁶

The above views of science have become a reference point for several observations. Undoubtedly, by formulating Article 18 of the Polish Constitution, the legislator has unambiguously determined the subjective form of marriage. In other words, the literal wording of this norm does not leave any doubts. However, in the assessment of the scope of this content, the intention of the legislator as regards the formula included in the Constitution of the Republic of Poland should also be taken into account. It should be remembered that work on the political system in Poland continued in the 1990s. Those in turn brought about the beginnings of legal regulations and protection of homosexual marriages, civil partnerships

¹⁶ E. Łętowska, J. Woleński, *Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r.*, „Państwo i Prawo”, 2013, 6, pp. 22 and 23.

and LGBT rights in many European countries.¹⁷ Based on the above, the question arises: Why did the legislator include the definition of marriage in the Constitution of the Republic of Poland when it was a stagnant concept in the social consciousness? The only answer to the question posed in this way is the desire to prevent the possibility of concluding marriages with other than male-female subjectivity. In other words, the introduction of the provision of Article 18 to the Constitution of the Republic of Poland was the fulfilment of a kind of social expectations regarding the protection of marriage as a union of a man and a woman.

The above allows us to state that the second position presented above is the most convincing one. The intention of the legislator, by defining the subjectivity of marriage in the text of Article 18 of the Polish Constitution, was to prevent the legal possibility to conclude marriages with a different subjectivity than that of a man and a woman. Thus, it gives grounds to derive a ban within this scope. Nevertheless, this ban does not cover unions in a different form than marriage. In science, one can come across the expression that the legal state “tolerates” them within the protection guaranteed to citizens for their private sphere of life.¹⁸ The possibility of entering into such unions should be considered in Poland on the basis of other norms of constitutional rank, including the provisions of Article 31 Section 1 and Article 47 of the Polish Constitution. In doctrine, these provisions are the basis for the formulation of the State’s obligation to guarantee to every individual the right to develop and realise their private life freely. These guarantees, in turn, require a certain degree of institutionalisation of relations in both heterosexual and homosexual relationships.¹⁹

The Polish Constitution, as it may be assumed, allows for the institutionalization of same-sex relationships other than marriage. However, constitutional permission is not tantamount to the possibility of institutionalization itself. In this respect, a law is necessary which would regulate this issue as *lex specialis*. Thus, if Poland decided on such institutionalisation, an appropriate law would have to be passed. However, this has not happened to date. The legislator has not decided to institutionalise such unions.

¹⁷ P. Tuleja, *Komentarz...*, op. cit., p. 81.

¹⁸ W. Borysiak, *Komentarz...*, op. cit., p. 484.

¹⁹ P. Tuleja, *Komentarz...*, op. cit., p. 82.

The international and EU aspects

In the discussion on the future of the possibility of concluding same-sex unions in Poland it should be borne in mind that their guarantor is not only constitutional provisions. International solutions related to the protection of human rights must be taken into account. Undoubtedly, in Europe the most important act in this respect is the European Convention on Human Rights.²⁰ The issue of institutionalisation of same-sex unions in the domestic law of the Constitution is therefore not without international legal protection. In this regard, the European Court of Human Rights has also expressed its opinion in a comprehensive manner. Some arguments against this background should be examined.

It may be recalled that the first case in which the content of the Convention was interpreted in the direction of a deeper acceptance, and thus legal protection of homosexuals, is the case of *Schalk and Kopff v. Austria* (application no. 30141/04 of 24 June 2010). The applicants were a couple of homosexual men who, due to the lack of national legislation in Austria, were not granted a marriage licence. In its 2010 judgment, the ECtHR took the view that Article 12 of the Convention protects the right of a man and a woman to marry and consequently the right to found a family. Thus, it did not accept the applicants' argument that Article 12 of the Convention should be a guarantee of the right to marry for same-sex couples. On the contrary, even though the Court considered that Article 12 had not been violated, it found that the applicants' relationship fell within the concept of "family life" on an equal footing with a relationship between two persons of different sexes. At the same time, it also gave priority to the States parties to the Convention to assess the needs of their society, in particular taking into account the important status of marriage in the culture of the country concerned. However, it is worth mentioning that already during the proceedings before the ECtHR, Austria introduced legal regulations allowing for the possibility of entering into homosexual unions.²¹

²⁰ Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms done at Rome on 4 November 1950, as amended by Protocols Nos 3, 5 and 8 and supplemented by Protocol no. 2, Dz.U. 1993 nr 61, poz. 284.

²¹ ECtHR judgment of 21 October 2015 in the case of *Oliari and Others v. Italy*, applications no. 18766/11 and 36030/11. P. 35. Wider commentary in this regard: A. Grabarczyk, *Prawo strony do przeniesienia do rejestru stanu cywilnego małżeństwa jednopłciowego – uwagi na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, „Studenckie Zeszyty Naukowe”, 2019, XXII, 40, p. 33 and nn.

With time, however, the European Court of Human Rights decided that the lack of regulations on same-sex unions is a violation of Article 8 of the ECHR. This was the position taken by the ECtHR in its judgment in *Oliari v Italy* (judgment of 21 July 2015, application no. 18766/11). It should be emphasised here that the aim is not so much to standardise same-sex marriages, but to introduce legal regulations that would allow for the formalisation of same-sex relationships, not necessarily in the form of marriage.

It should be recalled that in this case, three homosexual couples tried unsuccessfully before the Italian courts to assert their right to marry. The complainants argued that Italian law prevents them from marrying, in violation of the Italian Constitution and the ECHR. They based their position on the allegation of discrimination on grounds of sexual orientation, justifying it by the impossibility to conclude a formal union between persons of the same sex. It is worth noting that Italy has recognised the right of same-sex couples to enter into civil unions, but this was not possible in all regions, only in selected ones. In addition, even in regions where such a possibility existed, it had only a symbolic meaning. The Court resolved this issue in favour of the applicants, thereby upholding the position expressed in *Schalk and Kopff v. Austria*, holding that Italy had violated Article 8 as regards the right to private and family life. It was reasoned that there was a deepening will in European society for the increasingly full realisation of the rights of homosexuals, including the protection of private and family life. In the judgment, the Court pointed out that homosexual unions form a family which, in accordance with the provisions of the Convention, requires the protection and legal recognition of the States Parties to the Convention. By the same token, these states no longer have the same broad discretion in this area as before. This freedom is restricted by Article 8 of the Convention. Therefore, the lack of legal regulation allowing for the formal conclusion of same-sex partnerships, in accordance with the interpretation of the ECtHR, constitutes a violation of the right to private and family life. It was in this respect that the Court considered that Italy had failed to comply with its positive obligation to respect the applicants' right to family and private life. This obligation should be fulfilled by Italy by introducing appropriate legal regulations regarding the possibility of institutionalizing civil partnerships. It is worth supplementing that this judgment became the basis for

the introduction in Italy in 2016 of a law allowing same-sex partnerships, with which Italian law was brought into line with Convention standards.²²

Another case in which the Court has replicated the above position is *Orlandi v Italy* (judgment of 14 December 2017, Chamber (Section I), Application no 26431/12). This case is treated as a result of the judgment of the ECtHR, in the case described above, *Oliari*. The complainants in the dispute were 6 same-sex couples who had married outside Italian territory. Before filing the complaint, the applicants had made unsuccessful attempts to register their union in Italy, and had been refused by the authorities. However, what is important in this case is that this refusal occurred before the introduction of the legislative changes resulting from the *Oliari* case. In that case, the Court reiterated the need to protect homosexuals' right to private and family life so that they can enjoy the full rights guaranteed under the ECHR. It was argued that a homosexual couple has the right to formalise their relationship, and that the opposite – leaving the relationship outside the framework of the law – would constitute a violation of the Convention in terms of Article 8.²³

It follows from the above that against the background of the Council of Europe's law and the provisions of the ECHR, the institutionalisation of same-sex unions poses a legislative challenge, and the lack of an applicable normative solution in a given state may violate the provisions of the ECHR.

In turn, it should be noted that in European Union law there are no legal regulations which would oblige the Member States to institutionalise same-sex unions. In this respect, Member States have autonomy in family law. The provision of Article 9 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union formulates only the guarantee of the right to marry and to found a family according to the relevant national regulations. The Convention Secretariat has made it clear that the Charter does not require the recognition of same-sex marriages. A similar conclusion was drawn by the Human Rights Committee on the basis of the jurisprudence developed on the basis of the International Covenant on Civil and Political Rights and the jurisprudence developed by the Committee on Economic Rights based on the International Economic Pact. In the light of both covenants,

²² Judgment of the ECtHR of 21 October 2015 in *Oliari and Others v. Italy*, Application nos. 18766/11 and 36030/11. Wider commentary in this regard: A. Grabarczyk..., *op. cit.*, p. 34.

²³ Wider commentary in this regard, A. Grabarczyk..., *op. cit.*, p. 34.

the definition of the family is based on internal national regulations. However, it is worth noting that the legal regulation of same-sex unions by a given state in a discriminatory way in relation to heterosexual marriages must remain fully justified from the point of view of possible discrimination, since such unions are protected by Article 10 of the Economic Covenant and Article 23 of the Covenant on Civil and Political Rights.²⁴

The above comments allow us to conclude that international standards of human rights and their protection unambiguously indicate that partners of same-sex unions have the right to institutionalise such unions. However, this is not tantamount to a requirement that individual states regulate same-sex relationships in the form of marriage. Such a requirement does not exist either under the ECHR or EU law. States may adopt appropriate regulations in this respect at their own discretion.

The regulation of same-sex relationships in Spain

An interesting approach to the issue of same-sex unions can be observed, for example, in Spain. Currently Spanish law provides for two types of same-sex unions: same-sex marriages (*matrimonio igualitario*) and partnerships (*parea de hecho*). It is worth looking in more detail at the issue of same-sex marriage in particular, where the process of passing and implementing the law institutionalising same-sex marriage was accompanied by many legal problems.

The process of adopting a law authorising same-sex marriages in Spain was initiated in 2004 by the Socialist party. After coming to power, the party, as part of its election promises, tabled a bill introducing same-sex marriages. This project was approved by the Spanish Council of Ministers on 1 November 2004 and was tabled in the General Cortes (*Las Cortes Generales*) on 31 December of the same year. The lower house of the General Cortes, the Congress of Deputies, passed the bill on 21 April 2005, but it was rejected by the Senate, which was dominated by the conservative party. The law went back to the Congress of Deputies, which rejected the Senate's objection and passed the law on 30 June 2005, *Law 13/2005*.²⁵ The

²⁴ J. M. Łukasiewicz, *Zasady małżeństwa* [in:] J. M. Łukasiewicz, R. Łukasiewicz, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2021, pp. 98 and 99.

²⁵ Ley 13/2005 1 de Julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a conrater matrimonio, BOE de 2 de Julio de 2005, 157.

law came into force on 3 July 2005.²⁶ Spain was thus the 3rd country in the world, after the Netherlands and Belgium, to legalise same-sex marriage throughout the country. *Law 13/2005* provides for the access of same-sex spouses to inheritance, nationality, adoption of the child of the other spouse, tax benefits and divorce rights. This regulation has led, among other things, to a change in the Spanish Civil Code regulating in positive law the institution of marriage. After its entry into force, it changed, among other things, the provision of Article 44 of the *Spanish Civil Code*, according to which now “marriage will have the same obligations and consequences regardless of whether the spouses are of the same or opposite sex”.²⁷

Law 13/2005 provides access for same-sex married couples to rights of inheritance, residence, adoption of the other spouse’s children, tax benefits, and to divorce rights.²⁸

The entry into force of the *Law 13/2005* has raised many questions.²⁹ The *Law 13/2005* was heavily criticised for extending the definition of marriage to include same-sex couples and the accompanying adoption of children. It was pointed out, among other things, that the Constitution did not require such an extension and that the elimination of legal discrimination against gays and lesbians could be achieved by, among other things, increasing the privileges available to same-sex couples within the framework of civil partnerships. Shortly after the entry into force of the law, the problem of the legal status of same-sex marriages to citizens of countries that do not recognise such unions also arose. This problem arose in relation to the refusal to marry a Spaniard and an Indian. The Catalan judge reasoned that Indian law did not recognise same-sex marriages. Notwithstanding the disagreement of this judge, the same year, also in Catalonia (22 July 2005), the wedding of a Spanish woman and an Argentinean woman took place (it was the first same-sex marriage in the country). The judge in charge of the case stated that Spanish law takes precedence over Argentinian law, and that Spanish nationals have the right to marry a foreigner. The (*Junta*

²⁶ C. Martínez de Aguirre, *Same-sex marriage in Spanish law*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne”, 2016, 25, pp. 207 and 208.

²⁷ R. L. Platero Méndez, *Love and the State: Gay Marriage in Spain*, „Feminist Legal Studies” 2007, 15, 3, p. 335.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ More about them, M. Martín Sánchez, *Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio comparado. The Rights of Same-Sex Couples in Europe. Comparative Study*, „Revista Española de Derecho Constitucional”, 2016, 107, pp. 225 and 226.

de Fiscales de Sala) Council of Attorneys of the Chamber, as a body of the Attorney General's Office, has also ruled on the issue, stating that LGBT Spaniards can marry citizens of countries that do not recognise same-sex marriages. Such marriages remain valid under Spanish law, which is not the same as recognising them in the foreigner's country.³⁰

There were also many doubts concerning the compatibility of the *Law 13/2005* with the Spanish Constitution. As it was pointed out, the provision of Article 32 of the Spanish Constitution served as a potential barrier. It appeared to contemplate marriage as an exclusively heterosexual institution. This provision states that "men and women have the right to marry with full legal equality." Based on this Article, a complaint was addressed to the Spanish Tribunal Constitucional regarding the *Law 13/2005*. However, the outcome of these proceedings prejudged the constitutionality of same-sex marriage. The Spanish Constitutional Tribunal used interesting reasoning in upholding the *Law 13/2005*. It emphasized the need to guarantee full equality in marriage regardless of sexual orientation because of the constitutional protection of dignity and personality (Article 10 of the Spanish Constitution). According to the Spanish Constitutional Court, Article 32 of the Spanish Constitution served a particular historical purpose in 1978 in establishing legal equality between men and women. However, since that time the institution of marriage has developed in a different and more liberal framework. As the Court pointed out, the evolution of the social concept of marriage, its detachment from the right to create a family, and the parallel legislative acknowledgement of same-sex marriage in the vast majority of European legal orders all required a changed interpretation of the Spanish Constitution, which should not be considered "frozen" in time. Using similar reasoning, the Court upheld adoption by married same-sex couples, underlining that adoption has to be considered exclusively on the basis of the child's best interest and should not be based on the parents' sexual orientation.³¹

³⁰ I. Kleniewska, *op. cit.*, ss. 13–15. More about statistic one-sex marriage: Á. Arjona Garrido, J. C. Checa Olmos, A. Ainz Galende, M. J. González Moreno, *Same sex marriages in Spain: The case of international unions*, „Anthropological Notebooks”, 2012, 18, 1, p. 28.

³¹ C. M. Akrivopoulou, *The Spanish Constitutional Tribunal's Same-Sex Marriage Decision*, „International Journal of Constitutional Law Blog”, July 19, 2013, available at: <http://www.icconnectblog.com/2013/07/the-spanish-constitutional-tribunals-same-sex-marriage-decision>.

The example of Spain thus shows that the introduction of a normative regulation has not solved the legal problems concerning same-sex marriages. At the same time, as it can be assumed, the problems that arose in practice were solved on an ongoing basis. Therefore, if the Polish legislator decided to introduce the regulation of same-sex marriages, he would have to take into account, *inter alia*, the need to solve also the problems faced in practice by Spaniards, of course if the Polish law allowed such a possibility. Certainly the judgment of Spanish Constitutional Tribunal may serve as a paradigm for other countries that still hesitate to expand the institution of marriage to same-sex couples.

In addition to the presentation of Spanish law it should be noted that Spanish law, apart from the regulation of same-sex marriages, also includes same-sex partnerships (unions). However, there are no uniform regulations in Spain in this respect. Some Autonomous Communities have their own regulations, while there is no single nationwide regulation. Civil partnerships may be heterosexual or homosexual, registered or unregistered. In some autonomous communities, the law on civil partnerships also includes legal provisions on the existence of a register of such unions. The effects of registration also vary, ranging from a mere declaration to, in principle, equivalence with marriage. At the same time, there are no specific legal provisions that regulate property issues in such unions. It is essentially up to the partners to decide on the property regime, with the possibility of choosing rules analogous to those applicable in the case of marriage.

It follows from the foregoing that Spanish law broadly incorporates European standards on same-sex unions. Partners have a choice as to which institution to use. The provisions of the Spanish Constitution do not preclude such solutions. In this respect, therefore, Spanish law may serve as a model for legislators seeking to resolve the problem outlined in this text.

Possible scope of regulation of same-sex unions in Poland

The discussion so far has first of all raised the question about the scope and shape of regulations concerning the possible institutionalization of same-sex unions, obviously in the context of Polish law. Naturally, doubts

arise as to whether the status of homosexual unions under Polish law may be equalised to the status of marriage in the future, and to what extent such unions may resemble marriage.

It needs to be emphasised here that in this respect the legislator by no means enjoys full regulatory freedom. It remains constrained by Article 18 of the Polish Constitution, from which the prohibitions in this scope should be read. The first prohibition concerns the possibility to enact regulations providing for the same regulation of homosexual relationships as in the case of marriage. The second one, on the other hand, prohibits the introduction of more favourable regulation of homosexual relationships, e.g. increasing the rights or decreasing the obligations of persons in such relationships, than in the case of spouses. However, in order to assess the constitutionality of such regulations, the degree of their similarity and convergence with the regulation on marriage, as well as the scope and direction of possible differentiation of the two regulations would be crucial. The provision of Article 18 of the Polish Constitution, therefore, excludes the possibility of granting homosexual unions the protection and protection enjoyed by married couples.³² However, it does not exclude the regulation of partnerships with different content than marriage.

In this context it is important to note that Polish doctrine has long denied homosexual unions the protection and care that is due to the family. This results from the fact that public authorities have the duty to support and guarantee certain privileges to marriage, i.e. the union of a man and a woman, so that it can fulfil its fundamental social function, which is giving birth to children and bringing them up. This function cannot be performed by same-sex unions.³³ Therefore, a distinction should be made between the definition of a family on the grounds of the Constitution of the Republic of Poland, statutory references to persons close to each other or related to each other and the colloquial meaning of the term family. The latter includes elements of persons connected with each other not only by blood ties (grandparents and grandchildren), but also emotional ties (thus, for example, one can speak of a family even in the situation of successive marriages of former spouses – a patchwork family). As far as the statutory definition of a family is concerned, there is no such definition. The legislator either uses compensatory phrases or, for example, it may be indicated

³² A. Mączyński, *Konstytucyjne podstawy...*, op. cit., p. 776.

³³ Z. Strus, *Znaczenie artykułu 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Palestra”, 2014, 9, p. 245.

that in accordance with Article 115 § 11 of the Polish Penal Code of 1997³⁴ the closest person is a spouse, ascendant, descendant, sibling, relative in the same line or degree, a person in an adoption relationship and their spouse, as well as a person living in cohabitation.³⁵ In the light of the Act of 6 November 2008 on Patients' Rights and Patient Ombudsman³⁶, a close relative is defined as a spouse, relative to the second degree or affinity in the direct line, legal representatives, a person in cohabitation or a person indicated by the patient; or it treats family implicitly. In the Family Code³⁷ we can read that 'The spouses (...) are obliged (...) to work together for the good of the family which they have created by their union' (Article 23) and that 'both spouses are obliged (...) to contribute to satisfying the needs of the family which they have created by their union. "(Article 27). The above allows us to state that the legislator has unambiguously determined in the Family Code as *legis specialis*, that the spouses form a family. In the doctrine, however, it is emphasised that it refers to a one-generation family, while in relation to other relatives it uses the formula "relatives".³⁸

A different view of the family can be found in constitutional law. Here, the child plays a key role. The Polish Constitutional Tribunal has expressed itself exhaustively in this respect, stating that "In the light of the constitutional provisions, 'family' should therefore be considered as any lasting relationship of two or more persons, consisting of at least one adult and a child, based on emotional, legal and usually blood ties. A family can be "complete", including "extended", or "incomplete". A "full" family consists of two adults who share a household and are bound together by emotional ties, and the child(ren) they are raising together. An "incom-

³⁴ Act of 6 June 1997 – Penal Code [Kodeks karny], Dz.U. 2021, poz. 2345.

³⁵ An example in this respect may be fiancées living together, who form a joint household, which means that they live together. From the point of view of the criminal law, the mere fact of being engaged to be a fiancée does not, however, make it possible to recognise a person as belonging to the circle of the closest relatives, despite the fact that they share an extremely close personal relationship, usually even stronger than with other family members. It is worth pointing out, however, that the assessment whether or not in a given situation we are dealing with the closest person is made by the authority conducting the proceedings – e.g. the prosecutor – on the basis of statements or testimonies respectively. Cf *Osoba najbliższa to nie to samo co osoba bliska*, „Gazeta Podatkowa”, 2015, 47, 1192 [11.06]; <http://www.prawnik-rodziny.pl/arttykul,1645,9521,osoba-najblizsza-to-nie-to-samo-co-osoba-bliska.html> [26.01.2022].

³⁶ Act of 6 November 2008 on Patient's Rights and Patient's Rights Ombudsman [Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta], Dz.U. 2009 nr 52, poz. 417.

³⁷ Act of 25 February 1964 – Family and Guardianship Code [Kodeks rodzinny i opiekuńczy], Dz.U. 2020, poz. 1359.

³⁸ J. M. Łukasiewicz, *Stosunki rodzinnoprawne a rodzina* [in:] J.M. Łukasiewicz, R. Łukasiewicz, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2021, pp. 26 and 27.

plete” family, on the other hand, consists of one adult and the child(ren) they are raising”.³⁹

The presented arguments allow us to state that homosexual unions in Poland cannot enjoy the protection and care afforded to families. Such a union, just like childless spouses, does not have the status of a family, and therefore, it is not entitled to that qualified constitutional protection and care (however, this does not change the fact that childless spouses may benefit from that special protection and care based on the special status of marriage).⁴⁰

The above does not mean that civil partnerships cannot be regulated in Poland, nor does it prejudge whether they should be registered or not. It only means that they cannot be an institution analogous to marriage, at least in the light of the current wording of the Polish Constitution. Any potential regulation of civil partnerships must take into account the above, possibly preceded by an amendment to the provisions of the Polish Constitution.

Conclusions

Summing up the above discussion it should be emphasised that the Polish fundamental law treats marriage and family as a priority. Their regulation in the Constitution of the Republic of Poland is extensive and multi-threaded. It is for their protection that the provision treating marriage as a union of a man and a woman was introduced at the stage of works on the Constitution. By taking such a decision, the legislator wanted to prevent the possibility of concluding same-sex marriages in Poland, which has so far been successfully achieved. Nevertheless, the exclusion of the possibility to perform same-sex marriages does not rule out the possibility to institutionalise same-sex unions in Poland in a form other than marriage. The status of such unions could not, however, be equal, let alone privileged, to that of marriage. Marriage as a union of a man and a woman and a family enjoy special constitutional protection, which has provided

³⁹ Wyrok TK z 12 kwietnia 2011 r., SK 62/08, Dz.U. 2011 nr 87, poz. 492.

⁴⁰ More about that: A. Mączyński, *Konstytucyjne i międzynarodowe uwarunkowania instytucjonalizacji związków homoseksualnych* [in:] M. Andrzejewski, Z. Kuniewicz (ed.) *Związki partnerskie – debata na temat projektowanych zmian prawnych*, Toruń 2013, pp. 84, 90 and 91.

for a qualified form of protection for them. In the current constitutional status in Poland, marriage is the only union permitted by the Constitution which can enjoy the protection provided for therein.

The introduction of appropriate regulation of same-sex unions other than marriage to the Polish law seems necessary in the future. Especially that such a solution is supported by the interpretation of the ECHR (to which Poland is a party) expressed in the case law of the ECtHR. Thus, introducing into the Polish legal system regulations on same sex relationships would be a way out of meeting international standards. Here, however, it is worth bearing in mind the example of Spain, which created the legal basis not only for civil partnerships, but went much further. Certainly the Spanish experience may be helpful in solving the dilemma of institutionalising same-sex unions in Polish law.

Abstract

Marriage and family are protected at the constitutional level. In order to secure the subjective shape of marriage the legislator in Poland, in the Constitution of 1997, defined marriage as a union of a man and a woman (Article 18). However, this regulation, especially its formulation, is a source of doubts concerning the possibility of institutionalisation of same-sex marriages (and possibly other unions). The question arises whether it is possible to regulate the ordinary law allowing for marriage (and possibly other unions) of same sex couples or the constitutional norm excludes such a possibility. There are also further questions about the possibility of any other form of institutionalization of same-sex unions. For this reason, the aim of this article is to show the impact of constitutional provisions on the possibility of regulating marriage or other same-sex unions by law. Against this background, the paper considers whether there exists in Poland a constitutional ban on marriage or other same-sex unions which would prevent their statutory institutionalization. The influence of international regulations on the issue of such regulations, including the European Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights, as well as EU regulations contained in the Charter of Fundamental Rights, is presented. The Spanish legislation serves as a point of reference and a possible model to follow in the context of resolving this type of legislative dilemma for the Polish legislator, where with constitutional solutions relatively similar to those in Poland, homosexual marriages and partnerships have been institutionalised for a long time.

Keywords: concept of marriage, the constitutional protection of marriage, the family, same-sex relationships, same-sex marriages.

BIBLIOGRAPHY

Akrivopoulou C. M., *The Spanish Constitutional Tribunal's Same-Sex Marriage Decision*, „International Journal of Constitutional Law Blog”, July 19, 2013, available at: <http://www.iconnectblog.com/2013/07/the-spanish-constitutional-tribunals-same-sex-marriage-decision>.

Arjona Garrido Á., Checa Olmos J. C., Ainz Galende A., González Moreno M. J., *Same sex marriages in Spain: The case of international unions*, „Anthropological Notebooks”, 2012, 18, 1.

Banaszkiewicz B., *Problem konstytucyjnej oceny instytucjonalizacji związków homoseksualnych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego”, 2004, 2.

Bidziński M., Chmaj M., *Konstytucyjne gwarancje ochrony małżeństwa, rodziny i rodzicielstwa oraz równości a Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej* [in:] H. Izdebski, M. Komorowski, M. Pisz (ed.), *Gwarancje ochrony konstytucyjnych praw i wolności jednostki*, Warszawa 2016.

Borysiak W., *Komentarz do art. 18 Konstytucji RP* [in:] M. Safjan, L. Bosek (ed.) *Konstytucja RP, tom 1*, Warszawa 2016.

Bucoń P., *Konstytucyjne podstawy wspierania rodziny przez władze publiczne w Polsce*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego”, 2019, 4.

Drapalska-Grochowicz M., *Kilka uwag na tle statusu prawnego związków jedнопłciowych w polskim ustawodawstwie*, „Młody Jurysta”, 2019, 2.

Grabarczyk A., *Prawo strony do przeniesienia do rejestru stanu cywilnego małżeństwa jedнопłciowego – uwagi na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, „Studenckie Zeszyty Naukowe”, 2019, XXII, 40.

Kleniewska I., *Zarejestrowane związki partnerskie i małżeństwa osób o tej samej płci za granicą a prawo polskie*, Warszawa 2008.

Kotlarska-Michalska A., *Małżeństwo jako związek, wspólnota, instytucja, podsystem i rodzaj stosunku społecznego*, „Roczniki Socjologii Rodziny”, 1998, X.

Łętowska E., Woleński J., *Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r.*, „Państwo i Prawo”, 2013, 6.

Łukasiewicz J. M., *Stosunki rodzinnoprawne a rodzina* [in:] J. M. Łukasiewicz, R. Łukasiewicz, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2021.

Łukasiewicz J. M., *Zasady małżeństwa* [in:] J. M. Łukasiewicz, R. Łukasiewicz, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2021.

Martínez de Aguirre C., *Same-sex marriage in Spanish law*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne”, 2016, 25.

Martín Sánchez M., *Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio comparado. The Rights of Same-Sex Couples in Europe. Comparative Study*, „Revista Española de Derecho Constitucional”, 2016, 107.

Mączyński A., *Konstytucyjne podstawy prawa rodzinnego* [in:] P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (ed.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, Warszawa 2012.

Mączyński A., *Konstytucyjne i międzynarodowe uwarunkowania instytucjonalizacji związków homoseksualnych* [in:] M. Andrzejewski, Z. Kuniewicz (ed.) *Związki partnerskie – debata na temat projektowanych zmian prawnych*, Toruń 2013.

Nazar M., *Projekt kodeksu rodzinnego i postulaty gąłęziowego wyodrębnienia prawa rodzinnego*, „Przegląd Sądowy”, 2019, 7–8.

Opinia Biura Studiów i Analiz SN, 10.05.2012, BSA SN I-021-123-124/12.

Osoba najbliższa to nie to samo co osoba bliska, „Gazeta Podatkowa”, 2015, 47, 1192 [11.06]; <http://www.prawnik-rodzinny.pl/arttykul,1645,9521,osoba-najblizsza-to-nie-to-samo-co-osoba-bliska.html> [26.01.2022].

Ozorowski E., *Małżeństwo jako związek mężczyzny i kobiety*, „Rocznik Teologii Katolickiej”, 2003, 2.

Platero Méndez R. L., *Love and the State: Gay Marriage in Spain*, „Feminist Legal Studies”, 2007, 15, 3.

Strus Z., *Znaczenie artykułu 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Palestra”, 2014, 9.

Tuleja P., *Komentarz do art. 18 Konstytucji RP* [in:] P. Tuleja (ed.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2019.

Winczorek P., *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2008.



Piotr Kusznierek*
Agnieszka Zemke-Górecka**

Aspekty i ramy prawne sztucznej inteligencji na gruncie prawa Unii Europejskiej¹. Część 2

[Legal Aspects and Framework for Artificial Intelligence Under European Union Law. Part 2]

Abstract

Technological advances over the recent years have led to a rapid development of artificial intelligence. Although there is no formal definition describing AI, we can assume that it is software that simulates human intelligence. Artificial intelligence generates many positive outcomes, yet at the same time, it can lead to violations of the fundamental rights of individuals. Therefore, it is necessary to regulate AI so that it can operate in a safe and trustworthy manner. The purpose of this article is to present and discuss the legal aspects and framework for artificial intelligence under the European Union law.

Keywords: artificial intelligence, AI systems, AI, new technologies law, European Union law.

Polityka Unii Europejskiej w dziedzinie sztucznej inteligencji

Program polityczny Komisji Europejskiej na lata 2019–2024 sporządzony pod kierownictwem przewodniczącej Ursuli von der Leyen wskazał cyfryzację Europy za jeden z priorytetów swojej polityki przedstawionej

* **Piotr Kusznierek** – dr nauk prawnych, rektor Warszawskiej Akademii Medycznej Nauk Stosowanych; ORCID 0000-0002-0625-7152.

** **Agnieszka Zemke-Górecka** – dr nauk prawnych, Uniwersytet w Białymstoku; ORCID 0000-0002-1176-7173.

¹ Pierwszą część artykułu (Aspekty sztucznej inteligencji na gruncie prawa Unii Europejskiej) opublikowano w numerze 4/2022/64, ss. 63–81.

w programie Europa, która mierzy wyżej i zapowiedział wprowadzenie nowych regulacji prawnych w zakresie usług cyfrowych, ze szczególnym uwzględnieniem sztucznej inteligencji. Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 12 lutego 2020 roku porusza zagadnienie zaufania i dobrobytu konsumentów oraz ochrony ich praw w przypadku wykorzystywania zautomatyzowanych procesów podejmowania decyzji, kwestie jakości i przejrzystości zarządzania danymi oraz zalecenia w zakresie ram regulacyjnych dotyczących bezpieczeństwa i odpowiedzialności w odniesieniu do produktów oraz usług. Zgodnie z rezolucją konsumenci powinni być informowani o tym, że mają do czynienia ze zautomatyzowanym systemem, w jaki sposób taki system działa, jak można korygować decyzje przez niego podejmowane oraz jak dotrzeć do człowieka odpowiedzialnego za decyzje systemu autonomicznego.

Tak zwana biała księga w sprawie sztucznej inteligencji z 19 lutego 2020 roku, dokument wydany przez Komisję Europejską² – opierając się na wynikach dołączonego do niego sprawozdania odnośnie do wpływu sztucznej inteligencji, internetu rzeczy oraz robotyki na przepisy dotyczące bezpieczeństwa i odpowiedzialności – przedstawia propozycje w zakresie ram politycznych i prawnych, w jakie należy ująć europejską sztuczną inteligencję, aby upowszechnić jej stosowanie w całej Europie, z jednoczesnym zapobieganiem zagrożeniom, na jakie są narażone niektóre z zastosowań SI. W celu osiągnięcia ekosystemu doskonałości, czyli odpowiednich warunków rozwoju i rozpowszechniania godnej zaufania sztucznej inteligencji w całej Europie, biała księga proponuje szereg konkretnych działań, uporządkowanych według następujących kategorii: współpraca z państwami członkowskimi (m.in. przegląd do końca 2020 r., wraz z państwami członkowskimi, skoordynowanego planu w sprawie SI); ukierunkowanie działań społeczności badawczej i innowacyjnej (tworzenie skoordynowanej sieci centrów doskonałości i centrów badawczych); rozwój umiejętności związanych ze sztuczną inteligencją (w tym ustanowienie sieci wiodących uniwersytetów w celu przyciągnięcia najlepszych naukowców oraz zaoferowanie programów magisterskich w zakresie SI); ukierunkowanie na MŚP; partnerstwo z sektorem prywatnym (utworzenie nowego partnerstwa publiczno-prywatnego w ramach programu „Horyzont Europa”); promowanie stosowania sztucznej inteligencji przez sektor publiczny; zapewnienie dostępu do

² Biała księga w sprawie sztucznej inteligencji. Europejskie podejście do doskonałości i zaufania, COM (2020) 65 final.

danych i do infrastruktury obliczeniowej; promowanie etycznej SI na arenie międzynarodowej. Ekosystem zaufania ma zostać natomiast osiągnięty poprzez odpowiednio dostosowane ramy prawne zapewniające pewność prawa przy korzystaniu z zastosowań sztucznej inteligencji, szczególnie w najbardziej newralgicznych obszarach – ochrony praw podstawowych, bezpieczeństwa i odpowiedzialności. Dokument zaznacza, że nowa regulacja prawna dotycząca konkretnie sztucznej inteligencji może okazać się niezbędna, pomimo że część obowiązujących przepisów ma zastosowanie do SI lub może mieć do niej zastosowanie po odpowiedniej ich modyfikacji. W zakresie nowej regulacji proponuje podejście oparte na analizie ryzyka, zgodnie z którym niektóre systemy SI będą zakwalifikowane jako „wysokiego ryzyka” – i zostaną obarczone dodatkowymi wymogami – pozostałe zaś będą regulowane przepisami ogólnymi. Wydanie białej księgi świadczy o tym, że dostrzeżono w Unii problem braku twardej regulacji prawnej w zakresie sztucznej inteligencji i wreszcie stanął on na agendzie Komisji, co spowodowało, że prace nad przyszłą unijną regulacją prawną sztucznej inteligencji są zaawansowane i w niedalekiej przyszłości Unia poczyni kroki w kierunku stworzenia jednolitego i wiążącego aktu prawnego w sprawie sztucznej inteligencji³.

W lipcu 2020 r. Komisja Europejska opublikowała raport podsumowujący trwające od 19 lutego do 14 czerwca 2020 roku konsultacje społeczne białej księgi w sprawie sztucznej inteligencji. Celem konsultacji było zebranie opinii szerokiego grona interesariuszy na temat propozycji przedstawionych w białej księdze oraz dołączonym do niej sprawozdaniu. Konsultacje zostały podzielone na trzy główne sekcje, spośród których pierwsza dotyczyła możliwych działań umacniających europejską ekonomię i administrację w świetle rozwoju SI (tzw. „ekosystem doskonałości”), druga możliwych ram prawnych dla sztucznej inteligencji („ekosystem zaufania”), trzecia natomiast odnosiła się bezpośrednio do kwestii bezpieczeństwa i odpowiedzialności cywilnej SI. 20 października 2020 r. Parlament Europejski przyjął trzy rezolucje, z czego dwie zawierają żądanie podjęcia inicjatywy ustawodawczej przez Komisję Europejską:

- 1) rezolucję Parlamentu Europejskiego zawierającą zalecenia dla Komisji w sprawie ram aspektów etycznych sztucznej inteligencji, robotyki i powiązanych z nimi technologii (2020/2012 [INL]),

³ T. Zalewski, *Definicja sztucznej inteligencji*, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji*, L. Lai, M. Świerczyński (red.), Warszawa 2020, s. 89.

- 2) rezolucję Parlamentu Europejskiego z zaleceniami dla Komisji w sprawie systemu odpowiedzialności cywilnej za sztuczną inteligencję (2020/2014 [INL]), a także
- 3) rezolucję Parlamentu Europejskiego w sprawie praw własności intelektualnej w dziedzinie rozwoju technologii sztucznej inteligencji (2020/2015 [INI]).

Parlament Europejski podjął również prace nad rezolucjami w sprawie sztucznej inteligencji w sprawach karnych (2020/2016 [INI]), sektorze edukacji i kultury oraz sektorze audiowizualnym (2020/2017 [INI])⁴.

Komisja Europejska złożyła wnioszek ustawodawczy w sprawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji (Akt w sprawie sztucznej inteligencji) i zmieniające niektóre akty ustawodawcze Unii⁵. Jeżeli „Akt w sprawie sztucznej inteligencji” zostanie przyjęty przez Parlament i Radę, będzie to pierwsza w Unii Europejskiej regulacja, która w sposób kompleksowy ustala wiążące i bezpośrednio obowiązujące w państwach członkowskich ramy prawne funkcjonowania sztucznej inteligencji.

Podstawowym i deklarowanym wielokrotnie założeniem unijnego podejścia do sztucznej inteligencji jest zaufanie. Zgodnie z komunikatem Komisji „Budowanie zaufania do sztucznej inteligencji ukierunkowanej na człowieka” oraz zaprezentowanymi tam wytycznymi dotyczącymi etyki sztucznej inteligencji – celem Unii Europejskiej jest rozwijanie godnej zaufania sztucznej inteligencji, a więc: zgodnej z prawem, etycznej i solidnej technicznie. Europejska sztuczna inteligencja ma być przede wszystkim zintegrowana z unijnymi wartościami i prawami podstawowymi, ukierunkowana na człowieka (jego autonomię i wolność), a ponadto przewidywalna, przejrzysta i bezstronna. Są to podstawowe założenia, które powinny być warunkiem wstępnym realizacji wszelkich działań względem rozwoju europejskiej SI. Opierając się na dotychczasowych unijnych działaniach i aktach prawa miękkiego, wskazać można trzy zasadnicze obszary szczególnego zainteresowania Unii Europejskiej w związku ze sztuczną inteligencją, mianowicie: rozwój badań naukowych i przemysłu sztucznej inteligencji, wyzwania ekonomiczno-społeczne oraz ramy prawne i etyczne.

⁴ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 19 maja 2021 r. w sprawie sztucznej inteligencji w sektorze edukacji i kultury oraz w sektorze audiowizualnym, por. P9_TA(2021)0238.

⁵ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiające zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji (akt w sprawie sztucznej inteligencji) i zmieniające niektóre akty ustawodawcze Unii, 2021/0106 (COD).

Spośród przedstawionych wyżej obszarów unijnej polityki w sprawie sztucznej inteligencji, na pierwszy plan wysuwa się rozwój badań naukowych i przemysłu oraz inwestycje w SI – priorytet cieszący się najsilniejszym mandatem państw sygnatariuszy Europejskiej deklaracji o współpracy w dziedzinie sztucznej inteligencji, podpisanej w kwietniu 2018 r. Działania w tym zakresie prowadzone są na poziomie unijnym za pomocą różnych programów badawczo-rozwojowych, takich jak wieloletni program ramowy „Horyzont 2020”, jego następcą „Horyzont Europa” czy planowany w ramach nowych ram finansowych program „Cyfrowa Europa” – i koncentrują się na finansowaniu i koordynacji. Pozostałe priorytety unijnej polityki w sprawie SI realizowane są z nieco mniejszym zaangażowaniem, ze szczególną zaś ostrożnością Unia Europejska podchodzi do regulacji prawnej sztucznej inteligencji.

Ramy prawne UE dotyczące sztucznej inteligencji

Sztuczna inteligencja nie funkcjonuje obecnie w próżni prawnej – tak jak inne nowe technologie cyfrowe jest przedmiotem obrotu gospodarczego i prawnego, do którego zastosowanie mają liczne przepisy unijne oraz prawo pierwotne – traktaty (TFUE, TUE) i Karta praw podstawowych UE oraz ogólne zasady prawa. Jednakże przeprowadzone w ciągu ostatnich kilku lat analizy unijnych przepisów dotyczących w szczególności bezpieczeństwa produktów, odpowiedzialności cywilnej i ochrony praw podstawowych wykazały, że obecne regulacje są niedostosowane do wyzwań stawianych im przez nowe technologie, takie jak SI, i pozostawiają wiele luk prawnych zagrażających pewności prawa⁶. W 2016 r. Grupa Weryfikacji Rozwiązań Naukowych i Technologicznych Parlamentu Europejskiego przedstawiła listę łącznie 39 unijnych aktów ustawodawczych, deklaracji i komunikatów w obszarach: transportu, systemów podwójnego zastosowania, swobód obywatelskich, bezpieczeństwa, zdrowia i energii, które w obliczu rozwoju robotyki, sztucznej inteligencji i systemów cyberfizycznych będą wymagały zmiany lub dostosowania. Do najważniejszych unijnych aktów prawnych mających obecnie zastosowanie do sztucznej inteligencji należy

⁶ Por. Expert Group on Liability and New Technologies, Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies; Commission Staff Working Document, Liability for emerging Digital Technologies, SWD (2018) 137 final; High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, Policy and Investment Recommendations for Trustworthy AI.

zaliczyć: akty dotyczące bezpieczeństwa, odpowiedzialności cywilnej, praw podstawowych i gospodarki.

Unia Europejska dysponuje solidnymi ramami prawnymi w zakresie bezpieczeństwa produktów wprowadzanych na rynek wewnętrzny. Wśród ważniejszych przepisów mających obecnie zastosowanie do sztucznej inteligencji znajdują się następujące akty prawne⁷: dyrektywa w sprawie maszyn⁸, dyrektywa w sprawie bezpieczeństwa zabawek⁹, dyrektywa w sprawie urządzeń radiowych¹⁰, dyrektywa dotycząca wyrobów medycznych¹¹, dyrektywa w sprawie wyrobów medycznych aktywnego osadzania¹², dyrektywa o niskim napięciu¹³, rozporządzenie w sprawie wspólnych zasad w dziedzinie lotnictwa¹⁴, dyrektywa w sprawie ogólnego bezpieczeństwa produktów¹⁵, dyrektywa w sprawie bezpieczeństwa i zdrowia w pracy¹⁶, dyrektywa w sprawie minimalnych wymagań w dziedzinie bezpieczeństwa i higieny użytkowania sprzętu roboczego przez pracowników podczas pracy¹⁷ oraz rozporządzenie w sprawie cyberbezpieczeństwa¹⁸. Wszelkie produkty wprowadzane na europejski rynek wewnętrzny,

⁷ Poszerzona lista unijnej legislacji dotyczącej bezpieczeństwa, por. Annex II – List of EU Legislation, Commission Staff Working Document Liability for emerging Digital Technologies, SWD(2018) 137 final.

⁸ Dyrektywa 2006/42/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 17 maja 2006 r. w sprawie maszyn, zmieniająca dyrektywę 95/16/WE (przekształcenie), Dz. Urz. UE 2006 L 157, 24.

⁹ Dyrektywa 2009/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 18 czerwca 2009 r. w sprawie bezpieczeństwa zabawek, Dz. Urz. UE 2009 L 170, 1.

¹⁰ Dyrektywa 2014/53/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z 16 kwietnia 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich dotyczących udostępniania na rynku urządzeń radiowych i uchylająca dyrektywę 1999/5/WE, Dz. Urz. UE 2014 L 153, 62.

¹¹ Rozporządzenie 2019/1020 Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z 20 czerwca 2019 r. w sprawie nadzoru rynku i zgodności produktów oraz zmieniające dyrektywę 2004/42/WE oraz rozporządzenia (WE) nr 765/2008 i (UE) nr 305/2011, Dz. Urz. UE 2019 L 169, 1.

¹² Dyrektywa Rady 90/385/EWG z 20 czerwca 1990 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do wyrobów medycznych aktywnego osadzania, Dz. Urz. WE 1990 L 189, 17.

¹³ Dyrektywa 2006/95/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12 grudnia 2006 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do sprzętu elektrycznego przewidzianego do stosowania w określonych granicach napięcia, Dz. Urz. UE 2006 L 374, 10.

¹⁴ Rozporządzenie 2018/1139 z 4 lipca 2018 r. w sprawie wspólnych zasad w dziedzinie lotnictwa, Dz. Urz. UE 2018 L 84, 20.

¹⁵ Dyrektywa 2018/958 Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z 28 czerwca 2018 r. w sprawie analizy proporcjonalności przed przyjęciem nowych regulacji dotyczących zawodów, Dz. Urz. UE 2018 L 212, 1.

¹⁶ Dyrektywa Rady 89/391/EWG z 12 czerwca 1989 r. w sprawie wprowadzenia środków w celu poprawy bezpieczeństwa i zdrowia pracowników w miejscu pracy, Dz. Urz. WE 1989 L 183, 1.

¹⁷ Dyrektywa 2009/104/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 16 września 2009 r. dotycząca minimalnych wymagań w dziedzinie bezpieczeństwa i higieny użytkowania sprzętu roboczego przez pracowników podczas pracy (druga dyrektywa szczegółowa w rozumieniu art. 16 ust. 1 dyrektywy 89/391/EWG), Dz. Urz. UE 2009 L 260, 5.

¹⁸ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/881 z 17 kwietnia 2019 r. w sprawie ENISA (Agencji Unii Europejskiej ds. Cyberbezpieczeństwa) oraz certyfikacji cyberbezpieczeństwa w zakre-

również te należące do dziedziny tzw. nowych technologii cyfrowych i wyposażone w systemy sztucznej inteligencji, muszą spełnić wymagane powyższymi przepisami kryteria odnoszące się do zdrowia i bezpieczeństwa.

Przepisy dotyczące odpowiedzialności cywilnej są w obrębie Unii Europejskiej zasadniczo niezharmonizowane. Oznacza to, że w kompetencji każdego państwa członkowskiego UE pozostawiono określenie obowiązującego w nim reżimu odpowiedzialności kontraktowej oraz deliktowej. Istotny wyjątek stanowi tutaj dyrektywa o odpowiedzialności za produkty wadliwe, ustanawiająca unijny reżim pozakontraktowej (deliktowej) odpowiedzialności producentów, oraz dyrektywa – tzw. Motor Insurance Directive – która wprowadza obowiązek ubezpieczenia pojazdu mechanicznego od odpowiedzialności za szkody wywołane w związku z jego użytkowaniem. Inne regulacje odpowiedzialności cywilnej na poziomie UE obejmują między innymi: art. 82 ogólnego rozporządzenia o ochronie danych osobowych, dyrektywę o odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji czy rozporządzenie dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych.

Sztuczna inteligencja podlega unijnemu reżimowi ochrony praw podstawowych i musi być z nim zgodna. Do źródeł praw podstawowych w UE należy zaliczyć w pierwszej kolejności: Traktat o Unii Europejskiej (zwłaszcza art. 2 TUE), Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (szczególnie artykuły: 8–10, 12, 16, 18–24 TFUE), Kartę praw podstawowych UE (włączoną do unijnego porządku wiążących źródeł prawa na mocy art. 6 ust. 1 TUE) oraz europejską Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (która na mocy art. 6 ust. 2 i 3 TUE została uznana za część prawa Unii – jako zasady ogólne prawa). Ponadto wskazuje się, że do sztucznej inteligencji ma też zastosowanie szereg przepisów prawa wtórnego dotyczącego praw jednostek, w tym przede wszystkim: ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych (dalej jako „RODO”)¹⁹, dyrektywa o ochronie danych w sprawach karnych²⁰, dyrektywa w sprawie informa-

sie technologii informacyjno-komunikacyjnych oraz uchylene rozporządzenia (UE) nr 526/2013 (akt o cyberbezpieczeństwie), Dz. Urz. UE 2019 L 151, 15.

¹⁹ Rozporządzenie 2016/679 Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz. Urz. UE 2016 L 119, 1.

²⁰ Dyrektywa 2016/680 Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów

cji z sektora publicznego²¹, dyrektywa o równym traktowaniu mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług²², dyrektywa o równości szans oraz równym traktowaniu kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia²³, dyrektywa w sprawie równości rasowej²⁴, a także dyrektywa w sprawie równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy²⁵.

Reżim ochrony danych osobowych wprowadzony na drodze rozporządzenia nr 2016/679/UE ma kluczowe znaczenie dla ochrony praw podstawowych obywateli UE w obliczu dynamicznie rozwijających się systemów autonomicznych – z tego względu, że współczesna technologia sztucznej inteligencji nierozzerwalnie związana jest z trenowaniem algorytmów na dużych zbiorach danych. Korzystanie przez SI z dostępnych danych stwarza ryzyko, że będzie się to odbywało z pokrzywdzeniem jednostek, których osobiste dane będą przetwarzane w celach szkolenia algorytmów i przechowywane w bazach danych bez wiedzy ani zgody osób, których bezpośrednio dotyczą. Sztuczna inteligencja może też stwarzać zagrożenie dla prywatności jednostek, na przykład w sytuacji rejestrowania przez urzędnika codziennego użytku (takie jak chociażby autonomiczny odkurzacz), które zostały wyposażone w SI, danych z otoczenia (w tym danych osobowych użytkownika) i przekazywania ich osobom trzecim (choćby producentowi). Praktyki takie są niezgodne z przysługującymi obywatelom UE prawami do prywatności i ochrony danych osobowych, a zadaniem RODO jest te prawa urzeczywistniać. Najważniejsze przepisy RODO, jakie mają zastosowanie do sztucznej inteligencji, to: art. 13 i 14 dotyczące obowiązku informacyjnego podmiotu pozyskującego dane osobowe, art. 15 ustanawiający prawo dostępu do

zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchyłająca decyzję ramową Rady 2008/977/WSiSW, Dz. Urz. UE 2016 L 119, 89.

²¹ Dyrektywa 2003/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 17 listopada 2003 r. w sprawie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego, Dz. Urz. UE 2003 L 345, 90.

²² Dyrektywa Rady 2004/113/WE z 13 grudnia 2004 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług, Dz. Urz. UE 2004 L 373, 37.

²³ Dyrektywa 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy, Dz. Urz. UE 2006 L 204, 23.

²⁴ Dyrektywa Rady 2000/43/WE z 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, Dz. Urz. WE 2000 L 180, 22.

²⁵ Dyrektywa Rady 2000/78/WE z 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, Dz. Urz. WE 2000 L 303, 16.

danych, art. 22 regulujący prawo do odmowy podlegania systemowi zautomatyzowanego podejmowania decyzji, a także art. 82 – ustanawiający prawo do odszkodowania i zasady odpowiedzialności w przypadku naruszenia prawa jednostki do ochrony jej danych osobowych. Niemniej jednak – ze względu na szczególne znaczenie danych dla rozwoju sztucznej inteligencji – konieczne może okazać się zrewidowanie postanowień RODO oraz pozostałych przepisów dotyczących ochrony danych i prywatności po to, aby mogły one wciąż skutecznie realizować funkcję ochrony obywateli UE.

W związku z coraz częściej pojawiającymi się praktykami wykorzystywania algorytmów w procesach rekrutacyjnych oraz w administracji i wymiarze sprawiedliwości konieczna jest rewizja unijnych przepisów o niedyskryminacji, takich jak dyrektywa w sprawie równości rasowej czy dyrektywa w sprawie równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy. Zjawisko *bias* (stronniczości algorytmów), a także uwarunkowania ekonomiczne i oświatowe mogą skutkować powstawaniem społecznych nierówności i wykluczeń (grupa uprzywilejowanych użytkowników nowych technologii versus grupa osób wykluczonych technologicznie) oraz utrwalania uprzedzeń już nie tylko na płaszczyźnie społecznej, ale też w kodzie źródłowym programów funkcjonujących w publicznej przestrzeni. Zapewnienie ochrony praw jednostek będzie wymagać wprowadzenia na poziomie UE wiążących przepisów prawa dotyczących certyfikacji, standardów technicznych i etycznych, jakie będzie trzeba spełnić, aby móc uzyskać pozwolenie na produkcję, sprzedaż bądź korzystanie z produktów opartych na technologii sztucznej inteligencji.

Wśród pozostałych ważniejszych unijnych aktów prawnych mających obecnie zastosowanie do sztucznej inteligencji znajdują się przepisy dotyczące rynku wewnętrznego i cyfrowego, usług, prawa ochrony konsumentów i konkurencji i prawa ochrony własności intelektualnej. W opinii Parlamentu Europejskiego, Komisji oraz innych unijnych instytucji i organów pomocniczych szereg tych regulacji wskutek rozwoju SI będzie wymagało rewizji. Między innymi chodzi tutaj o następujące regulacje: rozporządzenie o swobodnym przepływie danych nieosobowych²⁶, dyrektywę dotyczącą usług na rynku wewnętrznym²⁷, dyrektywę

²⁶ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1807 z 14 listopada 2018 r. w sprawie ram swobodnego przepływu danych nieosobowych w Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE 2018 L 303, 59.

²⁷ Dyrektywa 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym, Dz. Urz. UE 2006 L 376, 36.

w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych²⁸, dyrektywę w sprawie handlu elektronicznego²⁹, dyrektywę w sprawie analizy proporcjonalności³⁰, dyrektywę w sprawie dostępności towarów i usług³¹, dyrektywę dotyczącą nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym³², dyrektywę w sprawie konsumentów³³, dyrektywę w sprawie lepszego egzekwowania i unowocześnienia unijnych przepisów dotyczących ochrony konsumenta³⁴, rozporządzenie w sprawie blokowania geograficznego³⁵, dyrektywę w sprawie alternatywnych metod rozstrzygania sporów konsumenckich³⁶, rozporządzenie w sprawie internetowego systemu rozstrzygania sporów konsumenckich³⁷ oraz dyrektywę w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej³⁸.

²⁸ Dyrektywa 2005/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych, Dz. Urz. UE 2005 L 255, 22.

²⁹ Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym), Dz. Urz. WE 2000 L 178, 1.

³⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/958 z 28 czerwca 2018 r. w sprawie analizy proporcjonalności przed przyjęciem nowych regulacji dotyczących zawodów, Dz. Urz. UE 2018 L 173, 25.

³¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/882 z 17 kwietnia 2019 r. w sprawie wymogów dostępności produktów i usług, Dz. Urz. UE 2019 L 151, 70.

³² Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady, Dz. Urz. UE 2005 L 149, 2.

³³ Dyrektywa 2011/83/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, Dz. Urz. UE 2011 L 304, 64.

³⁴ Dyrektywa 2019/2161 Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z 27 listopada 2019 r. zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 98/6/WE, 2005/29/WE oraz 2011/83/UE w odniesieniu do lepszego egzekwowania, Dz. Urz. UE 2019 L 328, 7.

³⁵ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/302 z 28 lutego 2018 r. w sprawie nieuzasadnionego blokowania geograficznego oraz innych form dyskryminacji klientów ze względu na przynależność państwową, miejsce zamieszkania lub miejsce prowadzenia działalności na rynku wewnętrznym oraz w sprawie zmiany rozporządzeń (WE) nr 2006/2004 oraz (UE) 2017/2394 i dyrektywy 2009/22/WE, Dz. Urz. UE 2018 L 60, 1.

³⁶ Dyrektywa 2013/11/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z 21 maja 2013 r. w sprawie alternatywnych metod rozstrzygania sporów konsumenckich oraz zmiany rozporządzenia (WE) nr 2006/2004 i dyrektywy 2009/22/WE, Dz. Urz. UE 2013 L 165, 63.

³⁷ Rozporządzenie nr 524/2013 Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z 21 maja 2013 r. w sprawie internetowego systemu rozstrzygania sporów konsumenckich oraz zmiany rozporządzenia (WE) nr 2006/2004 i dyrektywy 2009/22/WE (rozporządzenie w sprawie ODR w sporach konsumenckich), Dz. Urz. UE 2013 L 165, 1.

³⁸ Dyrektywa 2004/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej, Dz. Urz. UE 2004 L 157, 45.

Powyżej przeprowadzono przegląd najważniejszych obowiązujących na poziomie UE przepisów, które – zdaniem unijnych ekspertów – mają obecnie zastosowanie do sztucznej inteligencji. Wskazano również te ich elementy, które mogą wymagać zmiany lub dostosowania w związku z wyzwaniami stawianymi przez rozwój sztucznej inteligencji.

Podsumowanie

Sztuczna inteligencja jest zjawiskiem dynamicznie rozwijającym się w ostatnich latach – na bazie ciągłych zmian społecznych, globalizacji oraz postępu technologicznego. Sprawia to, że zarówno regulacje krajowe, jak i unijne nie odpowiadają szybko ewoluującej sytuacji, dlatego też konieczne jest wprowadzenie określonych regulacji porządkujących kwestie związane z systemami SI. Pomimo wielu przeanalizowanych aktów Unii Europejskiej brak jest obecnie aktu prawa o charakterze powszechnie obowiązującym. Rozwój sztucznej inteligencji niesie ze sobą wiele pozytywnych aspektów, należy jednak pamiętać, że niewłaściwe zastosowanie technologii może jednak prowadzić do ryzyka naruszenia podstawowych praw człowieka, odpowiedzialności cywilnej oraz tej wynikającej z prawa karnego – dlatego też niezbędne jest wprowadzenie fundamentalnych zasad w prawie Unii Europejskiej.

Abstrakt

Postęp technologiczny w ciągu ostatnich lat doprowadził do rozwoju sztucznej inteligencji (AI). Pomimo braku jednej przyjętej definicji rzeczonoego pojęcia za system SI uznaje się oprogramowania, które naśladują ludzkie procesy myślowe. Sztuczna inteligencja niesie ze sobą wiele pozytywnych aspektów, może jednak zarazem prowadzić do naruszenia praw podstawowych jednostek. W związku z tym konieczne jest takie uregulowanie procesów związanych z dynamicznie rozwijającą się technologią, aby odbywały się one w sposób bezpieczny i godny zaufania. Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie i omówienie prawnych aspektów oraz ram sztucznej inteligencji na gruncie prawa Unii Europejskiej.

Słowa kluczowe: sztuczna inteligencja, systemy SI, AI, prawo nowych technologii, prawo Unii Europejskiej.

BIBLIOGRAFIA

Čerka P., Grigiene J., Sirbikyte G., *Liability for Damages Caused by Artificial Intelligence*, „Computer Law & Security Review”, 2015, 31.

Chłopecki A., *Sztuczna inteligencja – szkice prawnicze i futurologiczne*, Warszawa 2018.

Expert Group on Liability and New Technologies, *Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies*; Commission Staff Working Document, *Liability for emerging Digital Technologies*, SWD(2018) 137 final; High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, *Policy and Investment Recommendations for Trustworthy AI*.

Lubasz D., *Konstruowanie humanocentrycznej SI z wykorzystaniem instrumentów prawnych ochrony danych osobowych [w:] Sztuczna inteligencja w kontekście ochrony danych osobowych, materiały pokonferencyjne*, UODO 2020.

Płocha E.A., *O pojęciu sztucznej inteligencji i możliwościach jej zastosowania w postępowaniu cywilnym*, „Prawo w Działaniu”, 2020, 44.

Russell S., Norvig P., *Artificial Intelligence. A Modern Approach*, Edition, England, 2016.

Turing A.M., *Computing Machinery and Intelligence*, „Mind”, 1950, Vol. LIX, no. 236.

Turner J., *Robot Rules: Regulating Artificial Intelligence*, Cham 2018.

Zalewski T., *Definicja sztucznej inteligencji [w:] Prawo sztucznej inteligencji*, L. Lai, M. Świerczyński (red.), Warszawa 2020.

Źródła internetowe

<https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence/Methodsand-goals-in-AI#ref739365> (dostęp: 5 września 2022, g. 10).

Sprawozdanie Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej (FRA-European Union Agency For Fundamental Rights), *Naprawić przyszłość – sztuczna inteligencja a prawa podstawowe*, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2021-artificial-intelligence-summary_pl.pdf (dostęp: 30 sierpnia 2022, g. 11).

Zagórna A., *Sztuczny artysta? Naturalnie!* <https://www.sztucznainteligencja.org.pl/sztuczny-artysta-naturalnie/> [dostęp: 4 września 2022, g. 13].



Iwona Kredzińska*

Transfer danych osobowych z Unii Europejskiej do Stanów Zjednoczonych. Wpływ decyzji Schrems II

[Transfer of Personal Data from the European Union to the United States. Impact of the Schrems II Decision]

Abstract

The subject of this article is cross-border data flows between the European Union and the United States following the annulment of the EU–US Privacy Shield by the Court of Justice of the European Union. Restrictions on data transfers outside the European Union introduced by the General Data Protection Regulation (GDPR) and the lack of full EU-recognised adequate data protection in the United States are addressed. The article analyses the landmark judgment of the Court of Justice of the European Union in the Schrems II case and the newly emerging US legislation: *the Regulation on Strengthening the Safeguards for US Signals Intelligence Activities* in terms of ensuring compliance with personal data laws and in the broader context of transatlantic relations and the digital economy. The analysis of the above issues was made in order to assess the available options for the transfer of personal data between the European Union and the United States and to identify the implications of the current situation for companies operating in the area of cross-border data flows.

Keywords: cross-border data flows, EU–US Privacy Shield, General Data Protection Regulation (GDPR), Schrems II case, personal data, Executive Order On Enhancing Safeguards For United States Signals Intelligence Activities, transatlantic relations, digital economy.

16 lipca 2020 roku Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) wydał decyzję w sprawie *Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Ltd, Maximilian Schrems*, znanej również jako sprawa

* **Iwona Kredzińska** – radca prawny, notariuszka; absolwentka Harvard Business School, Data Privacy and Technology; ORCID 0009-0008-8376-0035.

Schrems II¹. Sprawa ta uderzyła w istotę transatlantyckich transferów danych (danych przekazywanych z Unii Europejskiej i Szwajcarii do Stanów Zjednoczonych)², a sednem konfliktu były amerykańskie uprawnienia w zakresie bezpieczeństwa narodowego i egzekwowanie prawa, które stoją w sprzeczności z unijnym podejściem do prywatności danych.

Obecnie, po prawie trzech latach od wydania wyroku TSUE w wyżej wymienionej sprawie, wciąż brakuje odpowiedniej przestrzeni prawnej zapewniającej właściwą ochronę prywatności użytkowników, których dane mają być przesyłane z Unii Europejskiej do Stanów Zjednoczonych, a przestrzeń tę stworzyć ma nowe porozumienie o przekazywaniu danych UE–USA.

Transatlantyckie stosunki gospodarcze – konflikt wartości

W dzisiejszym świecie wszystkie branże są w różnym stopniu zależne od przepływu danych, zarówno te tradycyjne, jak i te związane z najnowocześniejszymi technologiami. Wzrost gospodarczy zależy od rozwoju przemysłu i rozwój przedsiębiorstw, dla których swobodny przepływ danych jest podstawowym wsparciem³. W świetle powyższego jeszcze większego znaczenia nabiera fakt, że transatlantyckie stosunki gospodarcze między UE a Stanami Zjednoczonymi są największe na świecie, a ich wartość wynosiła 7,1 bln USD⁴. Możliwość dostępu, gromadzenia i przekazywania danych ponad granicami jest funkcją globalizacji Internetu. Według amerykańskiego Biura Analiz Ekonomicznych Stany Zjednoczone i Europa są dla siebie najważniejszymi partnerami handlowymi w zakresie usług cyfrowych. Handel technologiami informacyj-

¹ Wyrok TSUE z 16 lipca 2020 r., Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Ltd, Maximilian Schrems, sprawa C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559.

² Schrems II landmark ruling: A detailed analysis, Norton Rose Fulbright, 2020, June, <https://www.nortonrosefulbright.com/en-gb/knowledge/publications/ad5f304c/schrems-ii-landmark-ruling-a-detailed-analysis> [dostęp: 14 czerwca 2023].

³ D. Castro, A. Mcquinn, Cross-Border Data Flows Enable Growth in All Industries, INFO. TECH INNOVATION FOUND. (Feb. 2015), <https://www2.itif.org/2015-cross-border-data-flows.pdf> [dostęp: 5 grudnia 2022].

⁴ Komunikat prasowy, Departament Handlu, Sekretarz Handlu USA Wilbur Ross Statement on Schrems II Ruling and the Importance of EU-U.S. Data Flows (16 lipca 2020) <https://useu.usmission.gov/u-s-secretary-of-commerce-wilbur-ross-statement-on-schrems-ii-ruling-and-the-importance-of-eu-u-s-data-flows> [dostęp: 5 grudnia 2022].

no-komunikacyjnymi (ICT) i usługami potencjalnie wspieranymi przez ICT wyniósł 264 mld USD w 2020 roku⁵. Transatlantyckie przepływy odpowiadają za ponad połowę przepływów danych w Europie i około połowę amerykańskich przepływów danych na całym świecie⁶. Z powyższych powodów jednym z głównych zagadnień, które większość firm stawia na czele swojej listy priorytetów, jest to, jak orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) w sprawie Schrems II wpływa na transatlantyckie przepływy danych. Z każdą sekundą firmy przekazują bowiem dane z UE do USA, aby zarządzać swoimi systemami IT, sprzedawać i kupować produkty i usługi, zarządzać swoim personelem, angażować się w działania marketingowe, wykorzystywać chmurę do swoich operacji, a także do wielu innych celów. Gospodarka światowa jest bowiem w dużej mierze połączona i opiera się na transgranicznych transferach danych. Jest to związane z tzw. czwartą rewolucją przemysłową⁷, która odnosi się do kompleksowej cyfryzacji wszystkich aktywów. Transgraniczny dostęp do danych jest więc niezbędny dla zapewnienia wzrostu gospodarczego⁸.

W związku z powyższym rozważania nad zagadnieniem transferów danych mają bardzo praktyczny wymiar, co więcej – problematyka ta stanowi jedno z poważniejszych wyzwań pod względem regulacyjnym, a także teoretycznoprawnym we współczesnym świecie⁹. W prezentowanym kontekście zauważyć należy, że decyzja w sprawie Schrems II uderzyła w newralgiczny punkt prawdopodobnie znacznie większej debaty, z którą zmagają się jurysdykcje na całym świecie: mianowicie skrzyżowania pry-

⁵ The Congressional Research Service (CRS) June 2, 2022, U.S.-EU Trans-Atlantic Data Privacy Framework, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF11613> [dostęp: 5 grudnia 2022].

⁶ Takie przepływy danych umożliwiają ludziom przesyłanie informacji w Internecie, komunikację, śledzenie globalnych łańcuchów dostaw, udostępnianie badań, świadczenie usług transgranicznych i technologiczne wspieranie innowacyjności; organizacje mogą m.in. korzystać z danych osobowych klientów lub pracowników w celu ułatwienia prowadzenia działalności, transakcji, mogą analizować informacje marketingowe, odkrywać fałszywe płatności, ulepszać zastrzeżone algorytmy lub rozwiązać konkurencyjne innowacje.

⁷ K. Schwab, World Economic Forum 2016, The Fourth Industrial Revolution, <https://www.weforum.org/about/the-fourth-industrial-revolution-by-klaus-schwab> [dostęp: 15 czerwca 2023].

⁸ Pod względem zdolności do angażowania się i czerpania korzyści z gospodarki cyfrowej opartej na danych wyróżniają się obecnie dwa kraje: Stany Zjednoczone i Chiny. Razem odpowiadają one za: połowę hiperskalowych centrów danych na świecie, najwyższe wskaźniki rozwoju technologii 5G na świecie, 94 procent finansowania start-upów AI w ciągu ostatnich pięciu lat; łącznie dały światu aż 70 procent czołowych badaczy sztucznej inteligencji i prawie 90 procent kapitalizacji rynkowej, Digital Economy Report 2021 Cross Border data flows and development, https://unctad.org/system/files/official-document/der2021_en.pdf [dostęp: 5 grudnia 2022].

⁹ D. Karwala, Komercyjne transfery danych osobowych do państw trzecich, Warszawa 2018, s. 18.

watności¹⁰, bezpieczeństwa narodowego i współpracy międzynarodowej. Na tym tle jeszcze wyraźniej widać zderzenie europejskiego i amerykańskiego podejścia. Podczas gdy Unia Europejska w ostatnich latach dążyła do ugruntowania swojej pozycji jako strażnika ochrony danych – przez ustawodawstwo i regulacje takie, jak: rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE¹¹ oraz Karta praw podstawowych Unii Europejskiej¹² – to Stany Zjednoczone, w przeciwieństwie do Unii Europejskiej, nie mają obecnie ram ochrony danych osobowych ani zasad przewodnich o charakterze federalnym, polegając jedynie na przepisach stanowych, które zapewniają ochronę na pewnych obszarach, jak Kalifornijska ustawa o ochronie prywatności konsumentów (ang. California Consumer Privacy Act [CCPA]), to jest ustawa mająca na celu zwiększenie praw do prywatności i ochrony konsumentkiej mieszkańców Kalifornii (USA)¹³.

Ochrona danych jako prawo podstawowe w Unii Europejskiej – ramy ochrony

Należy podkreślić, że prawo do prywatności jest fundamentalnym pojęciem w prawie Unii Europejskiej, któremu nadano ogromne znaczenie, co odzwierciedla głęboko zakorzenione wartości. Opierając się na europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wol-

¹⁰ Advocate General's Opinion in Case C-311/18 Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited, Maximillian Schrems, Court of Justice of the European Union PRESS RELEASE no 165/19 Luxembourg, 19 December 2019.

<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-12/cp190165en.pdf> [dostęp: 5 grudnia 2022].

¹¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE, Dz. Urz. UE L 2016, 119, 1 ze zm. (dalej jako RODO lub ogólne rozporządzenie o ochronie danych).

¹² Dz. Urz. UE 2012 C 326/02.

¹³ The California Consumer Privacy Act (CCPA), https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180AB375 [dostęp: 5 grudnia 2022].

Kalifornijska ustawa o ochronie prywatności konsumentów weszła w życie 1 stycznia 2020 r., a egzekwowanie przepisów przez Biuro Prokuratora Generalnego Kalifornii rozpoczęło się 1 lipca 2020 r. Inicjatywa głosowania w sprawie ustawy o prawach do prywatności w Kalifornii została przyjęta w listopadzie 2020 r., większość jej przepisów zaczęła zaś obowiązywać 1 stycznia 2023 r.

ności¹⁴, chroniącej prawo do życia prywatnego i rodzinnego, art. 8 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej¹⁵, obowiązującej od 2009 roku, stanowi, że „każdy ma prawo do ochrony danych osobowych, które go dotyczą”. Jak podkreślił przewodniczący Juncker w przemówieniu o stanie Unii Europejskiej 14 września 2016 r., bycie Europejczykiem oznacza prawo do tego, by twoje dane osobowe były chronione przez silne, europejskie przepisy prawne. [...] Ponieważ w Europie prywatność ma znaczenie. Jest to kwestia ludzkiej godności”.

Obecnie w Unii Europejskiej ramy ochrony danych osobowych tworzone są przez ogólne rozporządzenie o ochronie danych, które zastąpiło dyrektywę Parlamentu Europejskiego 95/46/EC¹⁶.

Kluczowy w zakresie problematyki poruszanej w niniejszym artykule jest art. 44 RODO, który zakazuje przekazywania danych osobowych do państw spoza UE, chyba że państwo otrzymujące może przedstawić dowody na istnienie odpowiedniego poziomu ochrony danych równoważnego z unijnym. Zgodnie więc z RODO przekazywanie danych do państw spoza UE co do zasady jest zabronione. RODO uznaje natomiast pewne mechanizmy, które mogą stanowić wyjątek. Po pierwsze podstawą transferu może być decyzja Komisji Europejskiej stwierdzająca odpowiedni stopień ochrony w państwie trzecim (art. 45 RODO), po drugie w przypadku braku ww. decyzji, gdy zapewnione są odpowiednie zabezpieczenia ochrony danych osobowych opisane w art. 46–47 RODO, i wreszcie po trzecie w przypadku braku powyższych podstaw transfer danych jest możliwy, gdy zachodzi jedna z sytuacji, w stosunku do których ogólne rozporządzenie o ochronie danych przewiduje odstępstwa (art. 45 ust. 1 RODO)¹⁷. Należy zatem zwrócić uwagę, że zastosowanie ww. mechanizmów nie jest dowolne. Przepisy RODO jednoznacznie hierarchizują i uzależniają od siebie sposoby legalizacji przekazywania danych osobowych. W związku z czym drogą legalizacji transferu danych będą w kolejności:

¹⁴ Sporządzonej w Rzymie 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz.U. 1993 nr 61, poz. 284).

¹⁵ Dz. Urz. UE 2012 C 326/02.

¹⁶ Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz. Urz. WE L 1995, 281, 31 ze zm.).

¹⁷ D. Lubasz, *Europejska reforma ochrony danych osobowych z perspektywy pełnomocnika przedsiębiorcy* [w:] *Media elektroniczne. Współczesne problemy prawne*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek, Warszawa 2016, s. 189.

- 1) „decyzja stwierdzająca odpowiedni poziom ochrony” wydana przez Komisję Europejską;
- 2) usankcjonowane przez UE „odpowiednie zabezpieczenia” dotyczące przekazywania danych, takie jak klauzule wzorcowe, oraz
- 3) ustawowe wyjątki od ogólnego zakazu przekazywania danych, takie jak zgoda lub zobowiązania umowne.

Dodatkowo RODO zawiera mechanizmy przekazywania danych, takie jak: 4) certyfikacje i 5) zatwierdzone kodeksy postępowania.

RODO formalizuje również wiążące reguły korporacyjne¹⁸ (Binding Corporate Rules – BCR), które istniały już wcześniej, ale nie zostały skodyfikowane w ramach dyrektywy o ochronie danych, jako podstawa prawna do międzynarodowego przekazywania danych.

Z powyższego wynika, że idealnym mechanizmem transferu danych jest decyzja o adekwatności wydana przez Komisję Europejską. Aby taki mechanizm mógł być zastosowany, Komisja musi formalnie stwierdzić, że kraj docelowy transferu danych zapewnia odpowiedni stopień ochrony danych (art. 45 ust. 1 RODO). Takie przekazanie danych nie wymaga już specjalnego zezwolenia. W zasadzie standardem pozwalającym uznać równoważność jest to, że dane będą traktowane w kraju trzecim z praktycznie taką samą starannością, jak gdyby znajdowały się w UE (tj. wewnątrzunijne przekazywanie danych). W RODO określono czynniki (minima), które Komisja musi uwzględnić przy wydawaniu decyzji w sprawie odpowiedniego poziomu ochrony (art. 45 ust. 2 RODO), w szczególności:

¹⁸ Wiążące reguły korporacyjne (BCR) to zasady ochrony danych, których przestrzegają firmy mające siedzibę w UE przy przekazywaniu danych osobowych poza UE w ramach grupy przedsiębiorstw lub przedsiębiorstw. Takie zasady muszą obejmować wszystkie ogólne zasady ochrony danych i możliwe do wyegzekwowania prawa w celu zapewnienia odpowiednich zabezpieczeń przy przekazywaniu danych. Muszą być prawnie wiążące i egzekwowane przez każdego zainteresowanego członka grupy. Firmy muszą przedłożyć wiążące reguły korporacyjne do zatwierdzenia właściwemu organowi ochrony danych w UE. Organ zatwierdzi BCR zgodnie z mechanizmem spójności określonym w art. 63 RODO. Procedura ta może obejmować kilka organów nadzorczych, ponieważ grupa ubiegająca się o zatwierdzenie swoich BCR może posiadać podmioty w więcej niż jednym państwie członkowskim. Właściwy organ przekazuje swój projekt decyzji Europejskiej Radzie Ochrony Danych, która wyda opinię w sprawie wiążących reguł korporacyjnych. Kiedy BCR zostaną sfinalizowane zgodnie z opinią EROD, właściwy organ zatwierdzi BCR. Natomiast zezwolenia organów nadzorczych na podstawie dyrektywy 95/46/WE zachowują ważność do czasu ich zmiany, zastąpienia lub uchylenia w razie potrzeby przez te organy nadzorcze. Binding Corporate Rules (BCR) „Corporate rules for data transfers within multinational companies”, https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/binding-corporate-rules-bcr_pl [dostęp: 5 grudnia 2022].

- ◆ praworządność, poszanowanie praw człowieka i podstawowych wolności, odpowiednie ustawodawstwo – zarówno ogólne, jak i sektorowe, a także wdrażanie takiego ustawodawstwa, zasady ochrony danych osobowych, zasady dotyczące wykonywania zawodu, środki bezpieczeństwa, w tym zasady dalszego przekazywania danych osobowych do kolejnego państwa trzeciego lub innej organizacji międzynarodowej oraz orzecznictwo;
- ◆ skuteczne i egzekwowalne prawa osób, których dane dotyczą, w kraju przeznaczenia;
- ◆ istnienie (lub brak) niezależnych organów nadzorczych w kraju docelowym, które są odpowiedzialne za zapewnienie i egzekwowanie zgodności z przepisami o ochronie danych;
- ◆ wszelkie międzynarodowe zobowiązania dotyczące ochrony danych podjęte przez kraj docelowy.

Pamiętać przy tym należy, że decyzje Komisji mają charakter dynamiczny i muszą być poddawane przeglądowi co najmniej raz na cztery lata (art. 45 ust. 3 RODO). Komisja ma również monitorować kraje znajdujące się na białej liście, tzn. te, do których firmy mogą przekazywać dane osobowe bez ograniczeń, na bieżąco – aby sprawdzić, czy nie pojawią się okoliczności, które wpłyną na jej adekwatność. Komisja zachowuje pełne prawo do cofnięcia decyzji o adekwatności w dowolnym momencie, po uprzednim powiadomieniu zainteresowanego podmiotu, bez mocy wstecznej (art. 45 ust. 5 RODO).

W przypadku Stanów Zjednoczonych Komisja uznała je za równoważne (czyli zapewniające odpowiednią ochronę) – ale tylko w ograniczonym zakresie – do ram Bezpieczna przystań (ang. *Safe Harbour*)¹⁹, obowiązujących od 2000 do 2015 roku²⁰, oraz ram Tarcza prywatności (ang. *Privacy Shield*)²¹ – obowiązujących od 2016 do 2020 roku²².

¹⁹ Decyzja Komisji 2000/520/WE z 26 lipca 2000 r., przyjęta na mocy dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, w sprawie adekwatności ochrony przewidzianej przez zasady ochrony prywatności w ramach Bezpiecznej przystani (Safe Harbour) oraz przez odnoszące się do nich najczęściej zadawane pytania, wydane przez Departament Handlu USA, Dz. Urz. WE L 2000, 215, 7 ze zm.

²⁰ Wyrok TSUE z 6 października 2015 r., Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner, C-362/14, ECLI: EU:C:2015:650.

²¹ Decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2016/1250 z 12.7.2016 r. przyjęta na mocy dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie adekwatności ochrony zapewnianej przez Tarczę prywatności UE–USA, Dz. Urz. UE L 2016, 207, 1 ze zm.

²² Wyrok TSUE z 16 lipca 2020 r C-311/18.

Ramy przekazywania danych osobowych Unia Europejska–Stany Zjednoczone

Bezpieczna przystań

Wracając do stanowiącego punkt wyjścia niniejszego artykułu wyroku TSUE, zauważyć należy, że decyzja w sprawie Schrems II jest w swej istocie kolejnym wydarzeniem w trwającym sporze sądowym rozpoczętym w 2013 r., kiedy to austriacki obrońca prywatności Max Schrems złożył skargę do irlandzkiego komisarza ds. ochrony danych osobowych, żądając zakazania irlandzkiej spółce zależnej Facebooka przekazywania jego danych osobowych do Stanów Zjednoczonych. Działanie to, jak twierdził w swojej skardze, było sprzeczne z wymogami adekwatności ochrony jego danych osobowych w ramach reżimu Safe Harbour w związku z ujawnionymi przez Edwarda Snowdena dokumentami dotyczącymi działalności Agencji Bezpieczeństwa Narodowego USA. Mianowicie w połowie 2013 roku Edward Snowden – były pracownik amerykańskiej Agencji Bezpieczeństwa Narodowego (ang. National Security Agency – NSA), opublikował tajne dokumenty amerykańskich służb wywiadowczych. Ujawnione dokumenty wskazywały, że służby te posiadały bezpośredni dostęp do informacji przechowywanych na serwerach amerykańskich gigantów internetowych, takich jak: Google, Apple, Facebook, Microsoft, Skype, YouTube i innych²³. Skarga została odrzucona przez irlandzką Komisję Ochrony Danych, co skłoniło Schremsa do złożenia wniosku o kontrolę sądową w irlandzkim High Court, który uznał, że zastrzeżenia Schremsa w mniejszym stopniu dotyczyły sposobu, w jaki komisarz zastosował system Safe Harbour, a w większym – samego systemu. Ponieważ irlandzki sąd nie miał jurysdykcji w zakresie reżimu Safe Harbour, sprawa została przekazana do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w związku z art. 7, 8 i 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej. W październiku 2015 roku Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wydał decyzję w sprawie Schrems v. Data Protection Commissioner. Sąd uznał, że art. 1

²³ A. Michałowicz, Nowe zasady transferu danych osobowych z Unii Europejskiej do Stanów Zjednoczonych w ramach Tarczy prywatności, „Monitor Prawniczy”, 2016, 23, s. 1264.

decyzji z 2000 roku, która zatwierdziła utworzenie ram Safe Harbour²⁴, był nieważny, ponieważ ani Federalna Komisja Handlu, ani prywatne organy rozstrzygania sporów nie mogły monitorować naruszeń dokonywanych przez podmioty publiczne, takie jak agencje bezpieczeństwa Stanów Zjednoczonych. Trybunał stwierdził, że uregulowanie umożliwiające organom publicznym uzyskanie powszechnego dostępu do treści wiadomości elektronicznych należy uznać za zasadnicze naruszenie istoty prawa podstawowego do poszanowania życia prywatnego²⁵. Tym samym zasady Safe Harbour zostały uznane za niewystarczające do przekazywania danych osobowych do Stanów Zjednoczonych.

Tarcza prywatności

Aby wypełnić lukę powstałą w wyniku decyzji z 2015 r., Stany Zjednoczone i Unia Europejska ogłosiły w 2016 roku stworzenie nowych ram Tarczy prywatności Unia Europejska–Stany Zjednoczone (i Szwajcaria). Art. 1 ust. 1 i 3 decyzji o adekwatności²⁶ stwierdzał iż Stany Zjednoczone zapewniają odpowiedni stopień ochrony danych osobowych przekazywanych z Unii do podmiotów w Stanach Zjednoczonych, które figurują w wykazie podmiotów uczestniczących w programie Tarczy prywatności – prowadzonym i udostępnianym publicznie przez Departament Handlu Stanów Zjednoczonych. Główne założenie funkcjonowania tego programu oparte było na zasadzie, iż podmioty na terenie USA, które chciały przetwarzać dane osobowe w ramach Tarczy prywatności, musiały uzyskać certyfikat wydany przez Departament Handlu USA. Jeżeli dany podmiot posiadał certyfikat, dopuszczalne było przekazywanie danych temu podmiotowi bez dodatkowych wymogów²⁷. Ramy omawianego porozumienia obowiązywały od 2016 do 2020 roku, kiedy to Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej unieważnił decyzję Privacy Shield. W lipcu 2020 roku Trybunał

²⁴ Decyzja Komisji Europejskiej 2000/520/WE z 26 lipca 2000 r. przyjęta na mocy dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie adekwatności ochrony w Stanach Zjednoczonych, przewidzianej przez zasady ochrony prywatności w ramach tzw. Bezpiecznej przystani (Safe Harbour).

²⁵ Wyrok TSUE z 6 października 2015 r., C-362/14, pkt 94.

²⁶ Decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2016/1250 z 12 lipca 2016 r., przyjęta na mocy dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie adekwatności ochrony zapewnianej przez Tarczę prywatności UE–USA.

²⁷ Magdalena Sakowska-Baryła (red.), Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz, Legalis 2020.

Sprawiedliwości wydał decyzję w sprawie Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Ltd, Maximilian Schrems and intervening parties, sprawa C-311/18 (znana jako sprawa Schrems II). Trybunał stwierdził, że Tarcza prywatności nie zapewnia wystarczającej ochrony, ponieważ przepisy Stanów Zjednoczonych dotyczące nadzoru, takie jak rozporządzenie wykonawcze 12333²⁸ (zwane dalej PPD-28), mają pierwszeństwo w prawie krajowym USA, a ponadto osoby fizyczne nie dysponują wystarczającymi mechanizmami odwoławczymi²⁹, które byłyby zgodne z prawem UE³⁰. Wyrok wpłynął na warte biliony dolarów relacje w zakresie transferu danych pomiędzy Stanami Zjednoczonymi a Unią Europejską. Ponad 5300 firm, w tym giganci technologiczni: Google, Facebook, Amazon i Twitter, polegałi przynajmniej częściowo na ramach Privacy Shield w transatlantyckich transferach danych³¹. Po tym orzeczeniu pojawiło się pytanie, jak można zgodnie z prawem przekazywać dane z UE do Stanów Zjednoczonych? Trybunał częściowo odpowiedział na to pytanie: „przekazywanie danych osobowych do państw trzecich może mieć miejsce w przypadku braku decyzji o adekwatności na mocy art. 45 ust. 3 RODO”, na podstawie odpowiednich zabezpieczeń na mocy art. 46 RODO³². Tak więc wyrok podtrzymał stosowanie standardowych klauzul umownych (SCC)³³, jednak podał w wątpliwość tę metodę przekazywania danych osobowych poza UE. Trybunał podkreślił, że administratorzy danych muszą ocenić poziom ochrony zapewniony przez uzgodnione klauzule umowne między administratorem danych a podmiotem odbierającym / przetwarzającym dane z państwa trzeciego, wszelki dostęp organów publicznych do danych oraz system prawny państwa trzeciego³⁴. TSUE powtórzył, że SCC muszą dawać odpowiednie

²⁸ Executive Order No. 12333 and Presidential Policy Directive No. 28 (as amended by Executive Orders 13284 (2003), 13355 (2004) and 13470 (2008), October, 7, 2022.

²⁹ Sekcja 702 ustawy o kontroli wywiadu Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA): sąd ds. inwigilacji obcych wywiadów United States Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC) nie jest uprawniony do zatwierdzania poszczególnych środków nadzoru; dostępne podstawy wszczęcia powództwa są ograniczone, a roszczenia zgłaszane przez osoby fizyczne (w tym osoby będące obywatelami lub rezydentami USA) będą uznane za niedopuszczalne, jeżeli osoby te nie będą mogły wykazać interesu prawnego, co będzie ograniczało dostęp do sądów powszechnych.

³⁰ Wyrok TSUE z 16 lipca 2020 r., C-311/18 (motywy 68 i 69).

³¹ W.A. Reinsch, Transatlantic Data Flows: Permanently Broken or Temporarily Fractured? <https://www.csis.org/analysis/transatlantic-data-flows-permanently-broken-or-temporarily-fractured> [dostęp: 5 grudnia 2022].

³² Wyrok TSUE z 16 lipca 2020 r., C-311/18, pkt 13 i 14.

³³ Standard contractual clauses for data transfers between EU and non-EU countries. https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/standard-contractual-clauses-scc_en [dostęp: 5 grudnia 2022].

³⁴ Wyrok TSUE z 16 lipca 2020 r., C-311/18, pkt 101.

gwarancje, zapewniać egzekwowalne prawa i skuteczne środki prawne³⁵, a administratorzy danych / eksporterzy są zobowiązani do działania w przypadku konfliktu pomiędzy SCC a przepisami państwa trzeciego – w tym niezgodności z przepisami dotyczącymi bezpieczeństwa narodowego – poprzez zawieszenie przepływu danych³⁶. W przypadku gdy SCC nie mogą zapewnić „istotnego ekwiwalentu” dla prawa UE, a administratorzy danych nie podjęli działań, TSUE orzekł, że krajowe organy ochrony danych (OOD) muszą zawiesić, ograniczyć, a nawet zakazać międzynarodowego przekazywania danych³⁷. W wyniku wyroku wiele podmiotów musiało ponownie przemyśleć sposób, w jaki obsługują transfery danych osobowych, i to, czy stosowane przez nie mechanizmy transferu są zgodne z unijnym prawem ochrony danych. W świetle decyzji Schrems II z 2020 r. Europejska Rada Ochrony Danych (EDPB) i Komisja Europejska (KE) opublikowały swoje zalecenia i aktualizacje standardowych klauzul umownych (SCC), aby pomóc firmom w przestrzeganiu przepisów dotyczących przekazywania danych; przy czym w opracowaniu wydanym 10 listopada 2020 roku – pod nazwą „Zalecenia 01/2020 w sprawie środków uzupełniających zapewniających zgodność transferu z unijnym poziomem ochrony danych osobowych”³⁸ – Rada nie podaje, jakie konkretnie narzędzia zabezpieczające dane są właściwe. Wskazuje tylko sześć kroków, dzięki którym administrator będzie mógł indywidualnie ocenić swoje potrzeby w tym zakresie. Jako środki zalecane wskazuje się najczęściej³⁹:

1) środki prawne:

- ◆ umowne ograniczenie odbiorcy danych z USA dostępu do nich (np. tylko do zakresu, w jakim jest to niezbędne dla świadczenia przez niego usług);
- ◆ obowiązek odbiorcy danych z USA poinformowania podmiotu dokonującego transferu o żądaniach ujawnienia danych organów ścigania (gdy obowiązek ujawnienia danych wynika z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa);

³⁵ *Ibidem*, pkt 103.

³⁶ *Ibidem*, pkt 134 i 135.

³⁷ *Ibidem*, pkt 113 i 121.

³⁸ Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data, 10 November 2020, adoption of the Recommendations for public consultation [!]/ Adoption of the Recommendations after public consultation, 18 June 2021. https://edpb.europa.eu/system/files/2021/06/edpb_recommendations_202001vo.2.0_supplementary-measurestransferstools_en.pdf [dostęp: 5 grudnia 2022].

³⁹ Post-Schrems II: „The European Union Provides Guidance on Data Transfers”, JD Supra, <https://www.jdsupra.com/legalnews/post-schrems-ii-the-european-union-23981> [dostęp: 5 grudnia 2022].

- ◆ obowiązek odbiorcy danych z USA udostępnienia podmiotowi dokonującemu transferu tych informacji, które umożliwią właściwe przeprowadzenie oceny ryzyka (np. informacji o stosowanych przez odbiorcę procedurach i środkach bezpieczeństwa przetwarzania danych, posiadanych certyfikatach itp.);

2) środki organizacyjne:

- ◆ minimalizacja zakresu danych objętych transferem, w tym ograniczenie do minimum transferu danych szczególnej kategorii;
- ◆ posiadanie przez odbiorców danych stosownych certyfikatów bezpieczeństwa (np. norm bezpieczeństwa ISO itp.);

3) środki techniczne:

- ◆ szyfrowanie danych (zarówno podczas transferu, jak i w spoczynku);
- ◆ stosowanie środków uniemożliwiających zapoznanie się z danymi;
- ◆ maskowanie adresów IP.

Ponadto we wrześniu 2020 roku Departament Handlu Stanów Zjednoczonych opublikował zarówno białą księgę, jak i pismo od zastępcy sekretarza ds. usług, w którym potwierdzono zakłócenia, jakie Schrems II stwarza dla transatlantyckiego przepływu danych⁴⁰. Natomiast 27 czerwca 2021 roku weszła w życie decyzja Komisji Europejskiej 2021/914 w sprawie standardowych klauzul umownych (SCC) dotyczących przekazywania danych osobowych do państw trzecich⁴¹. Zastąpiła ona wcześniejsze decyzje, które były przyjęte na podstawie dyrektywy 95/46⁴².

Tak więc standardowe klauzule umowne odnoszą się do następujących scenariuszy przekazywania danych:

- ◆ między administratorami,
- ◆ przez administratora – podmiotowi przetwarzającemu w państwie trzecim,
- ◆ między podmiotami przetwarzającymi,
- ◆ przez podmiot przetwarzający – administratorowi w państwie trzecim.

⁴⁰ Information on U.S. Privacy Safeguards Relevant to SCCs and Other EU Legal Bases for EU–U.S. Data Transfers after Schrems II, White Paper, September 2020. <https://www.commerce.gov/sites/default/files/2020-09/SCCsWhitePaperFORMATTEDFINAL508COMPLIANT.PDF> [dostęp: 15 czerwca 2023].

⁴¹ Decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2021/914 z 4 czerwca 2021 r. w sprawie standardowych klauzul umownych dotyczących przekazywania danych osobowych do państw trzecich na podstawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679, Dz. Urz. UE L 2021, 199, 31.

⁴² Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych OJ L 281, 23 listopada 1995, ss. 31–50.

Ponieważ, jak zostało wspomniane, wcześniejsze decyzje Komisji Europejskiej (2001/497/WE⁴³ i 2010/87/UE⁴⁴) utraciły moc 27 września 2021 roku, umowy zawarte na ich podstawie przed 27 września 2021 r. zapewniały odpowiednie gwarancje w rozumieniu art. 46 ust. 1 RODO do 27 grudnia 2022 r., pod warunkiem że operacje przetwarzania stanowiące przedmiot umowy pozostały niezmienione oraz że stosowanie tych klauzul zapewniało, aby przekazywanie danych osobowych odbywało się z zastrzeżeniem odpowiednich zabezpieczeń (art. 46 ust. 1 RODO).

Reasumując: mechanizmem przekazywania danych z Unii Europejskiej do Stanów Zjednoczonych, jaki stosować można po decyzji Schrems II, wydaje się w szczególności wykorzystanie omówionych zaleceń w systemie opartym na zastosowaniu standardowych klauzul umownych. W art. 46 RODO określono mechanizm służący osiągnięciu tego celu, umożliwiając przekazywanie danych, „jeżeli administrator lub podmiot przetwarzający zapewnił odpowiednie zabezpieczenia oraz pod warunkiem, że dostępne są egzekwowalne prawa osób”, których dane dotyczą, oraz skuteczne środki prawne dla tych osób. Zauważyć jednak należy, że w decyzji w sprawie Schrems II wyraźnie zastrzeżono, że konieczne może być podjęcie dodatkowych środków w jurysdykcjach, w których nie istnieje równowaga ochrony; trzeba zatem mieć świadomość, że jest to rozwiązanie tymczasowe⁴⁵. Taka sytuacja może mieć szczególnie miejsce wtedy, kiedy prawa danych podmiotów nie są w państwie trzecim egzekwowalne lub są narażone na znaczną ingerencję, np. ze strony organów lub władz. W kontekście USA – właśnie ze względu na sytuację prawną oraz praktyki stosowane w zakresie przekazywania danych organom ścigania oraz władzom publicznym, w szczególności rygorystyczne przepisy inwigilacyjne – TSUE podał w wątpliwość legalność przekazywania danych osobowych do USA w oparciu tylko o standardowe klauzule umowne (SCC). A zatem cały czas trzeba mieć na uwadze, że zastosowanie nowych standardowych klauzul

⁴³ Decyzja Komisji z 15 czerwca 2001 r. w sprawie standardowych klauzul umownych dotyczących przekazywania danych osobowych do państw trzecich, na mocy dyrektywy 95/46/WE (notyfikowana jako dokument nr C[2001] 1539), tekst mający znaczenie dla EOG, OJ L 181, 4 lipca 2001, ss. 19–31.

⁴⁴ Decyzja Komisji z 5 lutego 2010 r. w sprawie standardowych klauzul umownych dotyczących przekazywania danych osobowych podmiotom przetwarzającym dane mającym siedzibę w krajach trzecich na mocy dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (notyfikowana jako dokument nr C(2010) 593) (Tekst mający znaczenie dla EOG) OJ L 39, 12 lutego 2010, ss. 5–18.

⁴⁵ U.S.-EU Privacy Shield and Transatlantic Data Flows, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_22_6045 [dostęp: 5 grudnia 2022].

umownych (SCC) nie wyłącza konieczności oceny planowanego transferu pod kątem zapewnienia zgodności z wyrokiem TSUE w sprawie Schrems II i ewentualnego wdrożenia środków uzupełniających standardowe klauzule umowne.

Biorąc pod uwagę powyższe, powstaje wątpliwość, czy obecnie w ogóle jest możliwy legalny transfer danych do USA, tj. czy nawet przy zastosowaniu pewnych dodatkowych zabezpieczeń i środków bezpieczeństwa podmiot transferujący jest w stanie zapewnić odpowiednią ochronę przekazywanych danych. Niemcy i Irlandczycy rekomendują wstrzymanie przesyłu danych poza EOG⁴⁶. W praktyce jednak raczej żadne podmioty całkowicie nie rezygnują z takiego transferu. Pewne jest natomiast, że wszyscy zainteresowani czekają na nowe regulacje w tym przedmiocie.

Nowe ramy przekazywania danych osobowych z Unii Europejskiej do Stanów Zjednoczonych

Obecnie w fazie rozwoju jest nowy mechanizm prawny, który ma umożliwić przekazywanie danych osobowych między UE a USA. Ma to być najlepszy z dostępnych mechanizmów transferu, tj. oparty na decyzji o adekwatności wydanej przez Komisję Europejską. 25 marca 2022 r. przewodnicząca Komisji Europejskiej Ursula von der Leyen i prezydent Joe Biden ogłosili, że osiągnęli zasadnicze porozumienie, zwane „umową co do zasady”, w sprawie nowych ram ochrony prywatności danych UE–USA, które jednak miało charakter polityczny, a nie prawnie wiążący⁴⁷; 7 października prezydent Joe Biden podpisał rozporządzenie wykonawcze w sprawie „wzmocnienia zabezpieczeń działań wywiadowczych Stanów Zjednoczonych dotyczących sygnałów (ang. „Executive Order On Enhancing Safeguards For United States Signals Intelligence Activities”)⁴⁸, zwane też dalej rozporządzeniem wykonawczym 14086. Wraz

⁴⁶ RODO cz. IX Przekazywanie danych do USA – nadal pod znakiem zapytania. <https://www.ochrona-danych-osobowych.pl/artykuly/rodo-cz-ix-przekazywanie-danych-do-usa-nadal-pod-znakiem-zapytania> [dostęp: 11 czerwca 2023].

⁴⁷ Intensifying Negotiations on Trans-Atlantic Data Privacy Flows: A Joint Press Statement by U.S. Secretary of Commerce Gina Raimondo and European Commissioner for Justice Didier Reynders, <https://www.commerce.gov/news/press-releases/2021/03/intensifying-negotiations-trans-atlantic-data-privacy-flows-joint-press> [dostęp: 5 grudnia 2022].

⁴⁸ Executive Order On Enhancing Safeguards For United States Signals Intelligence Activities October 7, 2022.

z rozporządzeniami⁴⁹ wydanymi przez prokuratora generalnego Stanów Zjednoczonych Merricka Garlanda rozporządzenie wykonawcze ma na celu wdrożenie do prawa amerykańskiego umowy co do zasady ogłoszonej w marcu 2022 roku⁵⁰. W następstwie powyższego 13 grudnia 2022 r. Komisja Europejska opublikowała projekt decyzji stwierdzającej odpowiedni stopień ochrony w odniesieniu do przekazywania danych między UE a USA. Kolejnym krokiem było przyjęcie 28 lutego 2023 roku przez Europejską Radę Ochrony Danych (EROD) opinii w sprawie projektu decyzji stwierdzającej odpowiedni stopień ochrony danych w odniesieniu do ram ochrony danych UE–USA, w której EROD pozytywnie zaopiniowała takie usprawnienia, jak wprowadzenie wymogów obejmujących zasady konieczności i proporcjonalności gromadzenia danych przez służby wywiadowcze USA oraz nowy mechanizm dotyczący sądowych środków zaskarżenia dla osób w UE, których dane dotyczą. Jednocześnie EROD zgłosiła pewne zastrzeżenia i zwróciła się o wyjaśnienia w kilku innych kwestiach⁵¹. Natomiast 11 maja 2023 r. – w następstwie zaakceptowania projektu wniosku o przyjęcie rezolucji w sprawie adekwatności – Parlament stwierdził, że ramy „nie zapewniają zasadniczej równoważności” i wezwał Komisję do kontynuowania negocjacji z USA w sprawie ram oraz nieprzyjmowania stwierdzenia adekwatności, dopóki wszystkie zalecenia zawarte w rezolucji i opinii EROD nie zostaną w pełni wdrożone⁵². Ponadto w przyjętej rezolucji Parlament wezwał Komisję do „działania w interesie przedsiębiorstw i obywateli UE poprzez zapewnienie, że proponowane

<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2022/10/07/executive-order-on-enhancing-safeguards-for-united-states-signals-intelligence-activities> [dostęp: 5 grudnia 2022].

President Joe Biden Signs Executive Order to Implement the European Union-U.S. Data Privacy Framework.

<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/10/07/fact-sheet-president-biden-signs-executive-order-to-implement-the-european-union-u-s-data-privacy-framework> [dostęp: 5 grudnia 2022].

⁴⁹ Data Protection Review Court, Docket No. NSD 103; 28 CFR Part 201. Attorney General Order No. 5517-2022, RIN 1105-AB68, October 7, 2022.

https://www.justice.gov/d9/pages/attachments/2022/10/07/dprc_final_rule_signed.pdf [dostęp: 5 grudnia 2022],

87 FR 198 (10-14-2022) <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2022-10-14/pdf/2022> [dostęp: 5 grudnia 2022].

⁵⁰ EU-U.S. Data Privacy Framework

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_22_6045 [dostęp: 5 grudnia 2022].

⁵¹ Opinia EROD ws. projektu decyzji dotyczącej ram ochrony danych UE-USA,

<https://uodo.gov.pl/pl/138/2644> [dostęp: 15 czerwca 2023].

⁵² Projekt rezolucji w sprawie adekwatności ochrony zapewnianej przez ramy ochrony danych UE–USA, www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2023-0234_PL.html [dostęp: 15 czerwca 2023].

ramy stanowią solidną, wystarczającą i przyszłościową podstawę prawną dla przekazywania danych między UE a USA”. Parlament zauważył wreszcie, że jeśli decyzja stwierdzająca odpowiedni stopień ochrony zostanie przyjęta i ponownie unieważniona przez TSUE, będzie to oznaczać brak ochrony praw obywateli UE i będzie to odpowiedzialność Komisji⁵³. Zaznaczyć należy, że rezolucja ta nie jest wiążąca dla Komisji, ale zostanie wzięta pod uwagę przez Komisję przy rozpatrywaniu ram – wraz z opinią EDPB, do której odwołuje się Parlament.

Konieczność i proporcjonalność na mocy rozporządzenia wykonawczego

Badając, czy w Stanach Zjednoczonych istnieje odpowiedni poziom ochrony danych równoważny z unijnym, Komisja Europejska ma za zadanie ustalić, czy spełnione są wymagania stawiane przez TSUE w analizowanym wyroku w sprawie Schrems II, to znaczy czy amerykańska inwigilacja jest „proporcjonalna” w rozumieniu art. 52 Karty praw podstawowych oraz czy istnieje dostęp do „sądowych środków odwoławczych”, zgodnie z wymogami art. 47 KPP⁵⁴. W odniesieniu do pierwszego z wymogów – prezydenckie rozporządzenie wykonawcze 14086 nakłada ograniczenia związane z koniecznością i proporcjonalnością, najpierw poprzez wyraźne ich wprowadzenie, następnie poprzez wyjaśnienie, co oznacza ten mandat, a na koniec poprzez ustanowienie mechanizmów nadzoru w celu sprawdzenia, czy agencje wywiadowcze przestrzegają nowych zasad. Stanowi ono: „(a)(i)(A) działania w zakresie wywiadu sygnałowego są prowadzone wyłącznie po ustaleniu, opartym na rozsądnej ocenie wszystkich istotnych czynników, że działania te są niezbędne do realizacji potwierdzonego priorytetu wywiadowczego, chociaż wywiad sygnałowy nie musi być jedynym dostępnym lub wykorzystywanym środkiem do realizacji aspektów potwierdzonego priorytetu wywiadowczego⁵⁵; oraz (B) działania w zakresie wywiadu sygnałowego są prowadzone wyłącznie w zakresie i w sposób proporcjonalny do zatwierdzonego priorytetu wywiadowczego, dla którego zostały zatwierdzone, w celu osiągnięcia

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Wyrok TSUE z 16 lipca 2020 r., C-311/18, pkt 68.

⁵⁵ Executive Order On..., October 7, 2022.

właściwej równowagi między znaczeniem zatwierdzonego priorytetu wywiadowczego, który jest realizowany, a wpływem na prywatność i swobody obywatelskie wszystkich osób, niezależnie od ich narodowości lub miejsca zamieszkania”⁵⁶. Następnie omawiane rozporządzenie wyjaśnia, co to oznacza w praktyce, umieszczając wyraźne zabezpieczenia wokół dopuszczalnych i niedopuszczalnych działań związanych z gromadzeniem danych (sekcja 2 lit. c). Zabezpieczenia te dotyczą między innymi tego, jakie dane wywiadowcze dotyczące sygnałów mogą być gromadzone, jak mogą być wykorzystywane i udostępniane oraz jak długo mogą być przechowywane.

Rozporządzenie wykonawcze określa następnie 12 „uzasadnionych celów”, takich jak „ochrona przed zagrożeniami dla personelu Stanów Zjednoczonych lub ich sojuszników”, z którymi muszą być zgodne działania wywiadu sygnałowego, oraz „cztery cele zakazane” – takie jak „tłumienie lub obciążanie, krytyka, niezgoda lub swobodne wyrażanie idei lub poglądów politycznych” (sekcja 2 lit. b)⁵⁷. Wreszcie omawiane rozporządzenie określa mechanizmy nadzoru. Obejmują one: wymóg, aby urzędnik ds. ochrony wolności obywatelskich w Biurze Dyrektora Wywiadu Narodowego regularnie oceniał, czy priorytety wywiadowcze odnoszące się do działań wywiadu sygnałowego wykraczają poza te granice, nakaz, aby każda komórka społeczności wywiadowczej miała urzędnika ds. ochrony prywatności i wolności obywatelskich⁵⁸ oraz inspektora generalnego z uprawnieniami nadzorczymi⁵⁹, który nie podlega niewłaściwym wpływom, a także wymóg szkolenia w zakresie rozporządzenia wykonawczego.

Poprzez powyższe zapisy rozporządzenie ma na celu ograniczenie dostępu rządu USA do danych przekazywanych z niektórych jurysdykcji (w tym z EWG i Zjednoczonego Królestwa), w szczególności ograniczając ten dostęp organów wywiadowczych USA do tego, co jest konieczne i proporcjonalne do ochrony bezpieczeństwa narodowego. Jednak krytycy nowego rozporządzenia wykonawczego 14086 zarzucają, że ow-

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Intelligence Community Directive 126 – Implementation Procedures for the Signals Intelligence Redress Mechanism under Executive Order 14086, <https://www.dni.gov/index.php/who-we-are/organizations/197-about/organization/office-of-civil-liberties-privacy-and-transparency> [dostęp: 5 grudnia 2022].

⁵⁹ FAQs How was the position of the Inspector General of the IC created? <https://www.dni.gov/index.php/who-we-are/organizations/icig/icig-about-us/icig-faqs> [dostęp: 5 grudnia 2022].

szem, użyto w nim sformułowań pochodzących z prawa UE („konieczny” i „proporcjonalny” – jak w art. 52 KPP), lecz nie będą one miały takiego samego znaczenia prawnego, co w europejskim rozumieniu tego słowa – i nic nie wskazuje na to, że w praktyce masowa inwigilacja w USA się zmieni. Tak zwany „bulk surveillance”⁶⁰ będzie kontynuowany na mocy nowego rozporządzenia wykonawczego (patrz sekcja 2 (c)(ii))⁶¹, a wszelkie dane wysyłane do amerykańskich dostawców nadal będą trafiać do programów takich jak PRISM⁶² czy Upstream⁶³, pomimo dwukrotnego uznania przez TSUE amerykańskich przepisów i praktyk inwigilacyjnych za „nieproporcjonalne”⁶⁴.

Mechanizm dochodzenia roszczeń

Rozporządzenie wykonawcze 14086 zostało połączone z przepisami Departamentu Sprawiedliwości (DOJ)⁶⁵ w celu stworzenia dwuetapowego systemu dochodzenia roszczeń, w tym nowego Sądu Kontroli Ochrony Danych (DPRC), w celu rozpatrywania skarg dotyczących legalności amerykańskich działań w zakresie wywiadu sygnałowego przekazywanych z „kwalifikujących się państw” w związku z naruszeniami prawa USA. Mianowicie sekcja 3 rozporządzenia wykonawczego 14086 pod nazwą „Wzmoc-

⁶⁰ Upping the Ante on Bulk Surveillance An International Compendium of Good Legal Safeguards and Oversight Innovations Edited by the Heinrich Böll Foundation. Thorsten Wetzling, Kilian Vieth. Berlin, November 2018, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Privacy/SR_Privacy/2019_HRC_Annex5_CompendiumBulkSurveillance.pdf [dostęp: 5 grudnia 2022]. Mass surveillance September 2022 ECHR, https://www.echr.coe.int/documents/fs_mass_surveillance_eng.pdf [dostęp: 5 grudnia 2022]. Secret CIA Bulk Surveillance Program Includes Some Americans' Records, Senators Say. WSJ, Feb. 10, 2022, <https://www.wsj.com/articles/secret-cia-bulk-surveillance-program-includes-some-americans-records-senators-say-11644549582> [dostęp: 5 grudnia 2022].

⁶¹ Executive Order On..., October 7, 2022.

⁶² PRISM to kryptonim programu, w ramach którego Agencja Bezpieczeństwa Narodowego Stanów Zjednoczonych (NSA) zbiera informacje internetowe od różnych amerykańskich firm internetowych <https://en.wikipedia.org/wiki/PRISM> [dostęp: 5 grudnia 2022].

⁶³ „Upstream collection” to termin używany przez Agencję Bezpieczeństwa Narodowego (NSA) Stanów Zjednoczonych do przechwytywania ruchu telefonicznego i internetowego z infrastruktury sieciowej, co oznacza główne kable i przełączniki internetowe – zarówno krajowe, jak i zagraniczne, https://en.wikipedia.org/wiki/Upstream_collection [dostęp: 5 grudnia 2022].

⁶⁴ NYOB Data transfer, <https://noyb.eu/pl/projekt%20/przekazuj%C4%85cy%20eeu-us-transfer> [dostęp: 5 grudnia 2022].

⁶⁵ Executive Order 14086 Enhancing Safeguards for United States Signals Intelligence Activities <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/executive-order-14086-enhancing-safeguards-for-united-states-signals-intelligence> [dostęp: 11 czerwca 2022].

nienie zabezpieczeń dla działań wywiadowczych Stanów Zjednoczonych”⁶⁶ upoważniła i nakazała prokuratorowi generalnemu wydanie rozporządzeń w celu ustanowienia Sądu Kontroli Ochrony Danych jako drugiego poziomu dwustopniowego mechanizmu odwoławczego. Miało to na celu spełnienie drugiego z wymogów nałożonych przez TSUE, tj. zapewnienie lepszych środków prawnych dla osób fizycznych zamieszkałych w takich jurysdykcjach, jak EWG, które twierdzą, że ich prawo do prywatności zostało naruszone. W szczególności decyzja TSUE stwierdziła, że istnieje „luka w ochronie sądowej w odniesieniu do ingerencji w programy wywiadowcze” oraz że „[...] ani PPD-28⁶⁷ nie przyznają osobom, których dane dotyczą, praw zaskarżalnych do sądu przeciwko władzom USA, z czego wynika, że osoby, których dane dotyczą, nie mają prawa do skutecznego środka odwoławczego”⁶⁸; przy czym dwustopniowy system odwoławczy rozpocząć się ma od przeprowadzenia przez urzędnika ds. ochrony wolności obywatelskich w Biurze Dyrektora Wywiadu Narodowego (CLPO⁶⁹) wstępnego dochodzenia w sprawie otrzymanych skarg w celu ustalenia, czy doszło do naruszenia wzmocnionych zabezpieczeń zawartych w rozporządzeniu wykonawczym lub innych obowiązujących przepisów prawa amerykańskiego. Co ważne, wyniki tego procesu będą wiążące dla amerykańskich agencji wywiadowczych⁷⁰. Drugim poziomem dwustopniowego mechanizmu odwoławczego ma być wspomniany Sąd Kontroli Ochrony Danych.

Autor artykułu zauważa, że zasady działania nowego mechanizmu odwoławczego w zakresie wywiadu sygnałowego ustanowionego przez reformy prawne w USA są zbyt szczegółowe, aby omówić je w tym artykule w całości. W związku z powyższym skupia się jedynie na pewnych konkretnych aspektach tego mechanizmu, starając się odpowiedzieć na pytanie, czy decyzje nowego Sądu Kontroli Ochrony Danych spełniłyby odpowiednie wymogi prawne UE w zakresie niezależności i skuteczności przy podejmowaniu decyzji w sprawie skargi złożonej przez osobę z UE.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że nowe rozporządzenie wykonawcze i rozporządzenie prokuratora generalnego nazywają nowy organ „sądem”. W Europie taki organ może być postrzegany nie jako sąd, ale

⁶⁶ Executive Order On..., October 7, 2022.

⁶⁷ Wyrok Trybunału z 16 lipca 2020 r., sprawa C-311/18, pkt 48.

⁶⁸ Wyrok Trybunału z 16 lipca 2020 r., sprawa C-311/18 (motyw 109, 112).

⁶⁹ <https://www.dni.gov/index.php/nctc-who-we-are/organization/197-about/organization/office-of-civil-liberties-privacy-and-transparency/1387-clpo-home> [dostęp: 5 grudnia 2022].

⁷⁰ Executive Order On..., October 7, 2022.

raczej jako niezależny organ administracyjny pełniący funkcje *quasi-sądowe*, podobnie jak kilka organów nadzoru nad wywiadem w kontekście odszkodowań w Europie, takich jak francuska *Commission⁷¹ nationale de contrôle des techniques de renseignement* czy niemiecka Komisja G10⁷². Budząca szczególne wątpliwości jest też „wystarczalność” odpowiedzi podsumowującej, którą DPRC ma prawo udzielić skarżącemu, a w której DPRC ani nie potwierdzi, ani nie zaprzeczy, czy skarżący podlegał działaniom wywiadu kryminalnego Stanów Zjednoczonych, a zamiast tego poinformuje wnioskodawcę, że „w wyniku przeglądu nie stwierdzono żadnych naruszeń objętych przepisami” lub że DPRC „wydał ustalenie wymagające odpowiednich środków zaradczych”. Kolejny ewentualny zarzut to brak regulacji ustawowej. Mimo że wielu postulowało przyjęcie rozwiązania ustawowego, rząd USA stworzył mechanizm odwoławczy przez akty władzy wykonawczej – zamiast posłużyć się ustawą. W pewnym stopniu na przeszkodzie stało zapewne konstytucyjne orzecznictwo Sądu Najwyższego USA dotyczące tego, kto ma „legitymację” do składania pozwów w amerykańskich sądach federalnych⁷³. Doktryna legitymacji procesowej w USA wywodzi się z artykułu III Konstytucji USA, który reguluje system sądów federalnych. Federalna władza sądownicza rozciąga się tylko na „sprawy” i „kontrowersje” – co oznacza, że musi istnieć „rzeczywista szkoda”, aby sprawa mogła zostać rozpatrzona⁷⁴. Takie rozumienie szkody nie zapewnia legitymacji w sądzie federalnym dla wszystkich osób z UE, które mają prawo do zadośćuczynienia. Tak więc utworzenie Sądu Kontroli Ochrony Danych w drodze aktu władzy wykonawczej tworzy pozycję, której nie można zapewnić skarżącym w sądach federalnych. To, co zarzuca się rozwiązaniu nieustawowemu, to m.in. możliwość szybkiej zmiany rozwiązania opartego na rozporządzeniach. Jednak w amerykańskim systemie prawnym rozporządzenie wydane przez agencję ma moc wiążącą, co czyni

⁷¹ National Commission on Informatics and Liberty. Jest niezależnym francuskim administracyjnym organem regulacyjnym, którego misją jest zapewnienie stosowania prawa o ochronie danych w odniesieniu do gromadzenie, przechowywanie i wykorzystywanie danych osobowych. Jego istnienie zostało ustanowione przez francuską ustawę nr 78-17 w sprawie technologii informacyjnej, plików danych i wolności obywatelskiej z 6 stycznia 1978 r. i jest krajowym organem ds. ochrony danych we Francji. <https://www.cnil.fr/en/home> [dostęp: 5 grudnia 2022].

⁷² https://www.bundestag.de/ausschuesse/weitere_gremien/g10_kommission [dostęp: 5 grudnia 2022].

⁷³ The redress mechanism in the Privacy Shield successor: On the independence and effective powers of the DPRC; <https://iapp.org/news/a/the-redress-mechanism-in-the-privacy-shield-successor-on-the-independence-and-effective-powers-of-the-dprc/> [dostęp: 13 czerwca 2023]

⁷⁴ Article. III. Section. 2. The Constitution of the United States https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm [dostęp: 5 grudnia 2022].

je odpowiednim narzędziem do określenia procedur rozpatrywania wniosków i skarg odszkodowawczych⁷⁵.

Sąd Najwyższy w sprawie Motor Vehicles Manufacturers Association przeciwko State Farm Mutual Automobile Insurance stwierdził, że w celu ochrony przed arbitralnymi lub nagłymi zmianami zmiana lub uchylenie rozporządzenia wymagałyby przeprowadzenia takich samych publicznych kroków proceduralnych, jak uchwalenie go w pierwszej kolejności⁷⁶. Zapewnia to ochronę przed uchyleniem rozporządzenia w trybie przyspieszonym, gwarantując, że organ będzie nadal działał niezależnie, chyba że rozporządzenie zostanie ostatecznie i publicznie zmienione. Podkreślić należy, że kluczowe decyzje Sądu Najwyższego USA potwierdziły moc wiążącą rozporządzenia Departamentu Sprawiedliwości (DOJ), a tym samym wniosek prawny, że cała władza wykonawcza, w tym prezydent i prokurator generalny, jest nim związana⁷⁷. W jednogłośnej decyzji Sądu Najwyższego z 1974 r., *United States v. Nixon*, uznano, że decyzja specjalnego prokuratora o wydaniu wezwania do sądu prezydentowi miała moc prawną, pomimo sprzeciwu prokuratora generalnego. Sąd Najwyższy zauważył, że „rozporządzenie daje prokuratorowi specjalnemu wyraźne uprawnienia” do prowadzenia dochodzenia i wydawania wezwań sądowych oraz że „dopóki rozporządzenie to obowiązuje, ma ono moc prawną”. Sąd dodał: „Tak długo, jak rozporządzenie to pozostaje w mocy, władza wykonawcza jest nim związana, a Stany Zjednoczone, jako suweren składający się z trzech gałęzi, są zobowiązane do jego przestrzegania i egzekwowania”. Decyzja Nixona potwierdziła wcześniejszą sprawę dotyczącą niezależnych decyzji osób orzekających, których stanowiska zostały utworzone na mocy rozporządzenia Departamentu Sprawiedliwości. W sprawie z 1954 roku, *Accardi przeciwko Shaughnessy*⁷⁸, prokurator generalny w drodze rozporządzenia przekazał niektóre ze swoich uprawnień uznaniowych Radzie Apelacji Imigracyjnych. Rozporządzenie wymagało, aby Rada korzystała z własnego uznania w przypadku odwołań od decyzji o deportacji. Jak

⁷⁵ The redress mechanism in the Privacy Shield successor: On the independence and effective powers of the DPRC.

⁷⁶ *United States Supreme Court Motor Vehicle Mfrs. Assn. Association v. State Farm Mut.* (1983) No. 82-354, Argued: April 26, 1983, Decided: June 24, 1983 <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/463/29.html> [dostęp: 5 grudnia 2022].

⁷⁷ *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974) No. 73-1766, 418 U.S. 683. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/683> [dostęp: 5 grudnia 2022].

⁷⁸ *U.S. Supreme Court Accardi v. Shaughnessy*, 347 U.S. 260 (1954) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/260> [dostęp: 13 czerwca 2022].

zauważono w sprawie *U.S. v. Nixon*, Sąd Najwyższy w sprawie *Accardi* orzekł, że „tak długo, jak przepisy prokuratora generalnego pozostawały w mocy, odmawiał on sobie uprawnień do korzystania z uznania przekazanego Radzie, mimo że pierwotne uprawnienia należały do niego i mógł je potwierdzić poprzez zmianę przepisów”.

Dodatkowo wydaje się, że decyzja UE w sprawie odpowiedniego poziomu ochrony mogłaby być uzależniona od utrzymania rozporządzenia przez DOJ⁷⁹. Rozporządzenie DOJ zapewnia niezależność poprzez swoje zasady powoływania. Stanowi ono, że prokurator generalny „mianuje nie mniej niż sześć osób do pełnienia funkcji sędziów w DPRC na czteroletnie odnawialne kadencje, wybierając osoby, które w momencie ich pierwszego mianowania nie były pracownikami oddziału wykonawczego w ciągu poprzednich dwóch lat”⁸⁰. Podczas sprawowania funkcji w DPRC sędziowie nie pełnią żadnych innych „oficjalnych obowiązków ani nie byłiby zatrudnieni w ramach rządu Stanów Zjednoczonych”. Co najmniej połowa sędziów powinna mieć wcześniejsze doświadczenie sądowe, a wybór powinien być oparty na „odpowiednim doświadczeniu w dziedzinie prawa dotyczącego prywatności danych i bezpieczeństwa narodowego”. Rozporządzenie DOJ tworzy niezależność również przez swe przepisy dotyczące nadzoru i usuwania. Sekcja 201.7 stwierdza, że „Panel DPRC i jego sędziowie nie podlegają bieżącemu nadzorowi prokuratora generalnego”. Rozporządzenie ogólnie stanowi, że „Prokurator generalny nie usunie sędziego z panelu DPRC, nie usunie sędziego z DPRC przed końcem jego kadencji na podstawie (§ 201.3[a])⁸¹ [...] ani nie podejmie żadnych innych niekorzystnych działań wobec sędziego wynikających z pełnienia służby w DPRC”.

Podsumowanie

Transatlantycki przepływ danych ma ogromne znaczenie gospodarcze, gdyż obejmuje liczne firmy, w tym gigantów technologicznych. Decyzja TSUE w sprawie *Schrems II* z 2020 roku – w połączeniu z decyzją TSUE

⁷⁹ The redress mechanism in the Privacy Shield successor: On the independence and effective powers of the DPRC; <https://iapp.org/news/a/the-redress-mechanism-in-the-privacy-shield-successor-on-the-independence-and-effective-powers-of-the-dprc> [dostęp: 5 grudnia 2022].

⁸⁰ § 201.3 Appointment of judges and rules of procedure, (a) 28 CFR Part 201..., October 7, 2022.

⁸¹ *Ibidem*.

w sprawie Schrems I z 2015 roku – podważyła standardowe praktyki stosowane przy transferze danych z Unii Europejskiej do Stanów Zjednoczonych w ramach Tarczy prywatności – i wymaga wypracowania nowego mechanizmu przekazywania danych na przyszłość.

W oczekiwaniu na przyjęcie decyzji stwierdzającej odpowiedni stopień ochrony przedsiębiorstwa mogą nadal polegać na innych prawnie ważnych mechanizmach przekazywania danych uznanych przez RODO, takich jak wiążące reguły korporacyjne i standardowe klauzule umowne (SCC). W świetle decyzji Schrems II Europejska Rada Ochrony Danych i Komisja Europejska opublikowały swe zalecenia co do standardowych klauzul umownych (SCC), aby pomóc firmom w zapewnieniu zgodności z przepisami dotyczącymi przekazywania danych. Reasumując szczegółowe omówienie tych zagadnień w niniejszym artykule, zauważyć należy, że wspomniane zalecenia obejmują nałożenie na podmioty przekazujące dane obowiązku zidentyfikowania narzędzi przekazywania, takich jak SCC, oceny zastosowania art. 46 RODO w celu zapewnienia „zasadniczo równoważnej” ochrony, przyjęcia dodatkowych środków – takich jak szyfrowanie lub wymogi umowne – oraz opracowania wymagań proceduralnych w celu zapewnienia zgodności i bieżącej oceny środków. Trzeba przy tym pamiętać, że przekazywanie danych osobowych poza EOG na podstawie umów niezgodnych z nowymi standardowymi klauzulami umownymi może stanowić naruszenie zasad przetwarzania danych osobowych poprzez ich transfer bez zastosowania odpowiednich zabezpieczeń, a tym samym naruszenie przepisów RODO. Taka sytuacja może narazić podmioty dokonujące transferów na kary, które mogą zostać nałożone przez organ nadzorczy. Z uwagi więc na trudności prawne i koszty – prezentowane rozwiązanie jest trudne do utrzymania przez dłuższy czas i raczej powinno być traktowane jako tymczasowe.

Na koniec wreszcie wypada zauważyć, że obecny konflikt prawny między Unią Europejską a Stanami Zjednoczonymi nie jest nowy, ponieważ stanowi element szerszej debaty dotyczącej wymiany danych między tymi dwiema jurysdykcjami oraz ogólnie – szerszej roli wymiany danych i informacji między krajami. Schrems walczy w sądzie z transatlantyckim przepływem danych osobowych od 2013 roku. Należy się spodziewać, że zarówno finalna decyzja Komisji UE, jak i wszelkie przyszłe porozumienia ponownie zezwalające na przepływ danych do Stanów Zjednoczonych zostaną zakwestionowane przez aktywistów działających na rzecz prawa

do prywatności i prawa do ochrony danych osobowych, podobnie jak poprzednie rozwiązania.

Abstrakt

Przedmiotem artykułu są transgraniczne przepływy danych między Unią Europejską a Stanami Zjednoczonymi po unieważnieniu Tarczy prywatności UE-USA (*Privacy Shield*) przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Poruszono kwestie ograniczeń transferu danych poza Unię Europejską wprowadzonych przez ogólne rozporządzenie o ochronie danych (RODO) oraz brak pełnej, uznawanej przez UE, odpowiedniej ochrony danych w Stanach Zjednoczonych. W artykule analizuje się przełomowy wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie *Schrems II* oraz nowo powstały amerykański akt prawny: rozporządzenie w sprawie wzmocnienia zabezpieczeń działań wywiadowczych Stanów Zjednoczonych dotyczących sygnałów – w aspekcie zapewnienia zgodności z przepisami dotyczącymi danych osobowych oraz w szerszym kontekście relacji transatlantyckich i gospodarki cyfrowej. Analizy powyższych zagadnień dokonano w celu oceny dostępnych możliwości przekazywania danych osobowych między Unią Europejską a Stanami Zjednoczonymi, a także wskazania implikacji obecnej sytuacji dla firm działających w obszarze transgranicznych przepływów danych.

Słowa kluczowe: transgraniczne przepływy danych, Tarcza prywatności UE-USA, ogólne rozporządzenie o ochronie danych (RODO), sprawa *Schrems II*, dane osobowe, rozporządzenie w sprawie wzmocnienia zabezpieczeń działań wywiadowczych Stanów Zjednoczonych dotyczących sygnałów, relacje transatlantyckie, gospodarka cyfrowa.

BIBLIOGRAFIA

Karwala D., *Komercyjne transfery danych osobowych do państw trzecich*, Warszawa 2018.

Lubasz D., *Europejska reforma ochrony danych osobowych z perspektywy pełnomocnika przedsiębiorcy* [w:] *Media elektroniczne. Współczesne problemy prawne*, K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), Warszawa 2016.

Michałowicz A., *Nowe zasady transferu danych osobowych z Unii Europejskiej do Stanów Zjednoczonych w ramach Tarczy prywatności*, „*Monitor Prawniczy*”, 2016, 23.

Sakowska-Baryła M. (red.), *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Legalis 2020.

Schulz T.J., *Schrems v. Data Protection Commissioner (C.J.E.U.)*, „International Legal Materials”, Vol. 56, No. 2, Cambridge University Press, Apr. 2017, Cambridge University Press, doi:10.1017/ilm.2017.8.

Źródła internetowe

Advocate General’s Opinion in Case C-311/18 *Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Limited*, Maximillian Schrems, Court of Justice of the European Union PRESS RELEASE No 165/19 Luxembourg, 19 December 2019, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-12/cp190165en.pdf> [dostęp: 5 grudnia 2022].

Binding Corporate Rules (BCR), Corporate rules for data transfers within multinational companies, https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/binding-corporate-rules-bcr_pl [dostęp: 5 grudnia 2022].

Castro D., McQuinn A., *Cross-Border Data Flows Enable Growth in All Industries*, INFO. TECH INNOVATION FOUND (Feb. 2015), <https://www2.itif.org/2015-cross-border-data-flows.pdf> [dostęp: 5 grudnia 2022].

Digital Economy Report 2021 *Cross Border data flows and development: For whom the data flow* United Nations Conference on Trade and Development.2021, United Nations, https://unctad.org/system/files/official-document/der2021_en.pdf [dostęp: 5 grudnia 2022].

EU–U.S. Data Privacy Framework, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_22_6045 [dostęp: 5 grudnia 2022].

Executive Order 14086 *Enhancing Safeguards for United States Signals Intelligence Activities* <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/executive-order-14086-enhancing-safeguards-for-united-states-signals-intelligence> [dostęp: 11 czerwca 2022].

FAQs *How was the position of the Inspector General of the IC created?* <https://www.dni.gov/index.php/who-we-are/organizations/icig/icig-about-us/icig-faqs> [dostęp: 5 grudnia 2022].

Information on U.S. Privacy Safeguards Relevant to SCCs and Other EU Legal Bases for EU–U.S. Data Transfers after *Schrems II*. White Paper September 2020, <https://www.commerce.gov/sites/default/files/2020-09/SCCsWhitePaperFORMAT-TEDFINAL508COMPLIANT.PDF> [dostęp: 15 czerwca 2023].

Intelligence Community Directive 126 – *Implementation Procedures for the Signals Intelligence Redress Mechanism under Executive Order 14086*, <https://www.dni.gov/index.php/who-we-are/organizations/197-about/organization/office-of-civil-liberties-privacy-and-transparency> [dostęp: 5 grudnia 2022].

Intensifying Negotiations on Trans-Atlantic Data Privacy Flows: A Joint Press Statement by U.S. Secretary of Commerce Gina Raimondo and European Commissioner for Justice Didier Reynders, <https://www.commerce.gov/news/press-releases/2021/03/intensifying-negotiations-trans-atlantic-data-privacy-flows-joint-press> [dostęp: 5 grudnia 2022].

Komunikat prasowy, Departament Handlu, Sekretarz Handlu USA Wilbur Ross Statement on Schrems II Ruling and the Importance of EU-U.S. Data Flows 16 lipca 2020, <https://useu.usmission.gov/u-s-secretary-of-commerce-wilbur-ross-statement-on-schrems-ii-ruling-and-the-importance-of-eu-u-s-data-flows> [dostęp: 5 grudnia 2022].

Mass surveillance September 2022 ECHR, https://www.echr.coe.int/documents/fs_mass_surveillance_eng.pdf [dostęp: 5 grudnia 2022].

NYOB Data transfer, <https://noyb.eu/pl/projekt%20/przekazuj%C4%85cy%20eeu-us-transfery> [dostęp: 5 grudnia 2022].

Opinia EROD ws. projektu decyzji dotyczącej ram ochrony danych UE-USA, <https://uodo.gov.pl/pl/138/2644> [dostęp: 15 czerwca 2023].

Post-Schrems II: „The European Union Provides Guidance on Data Transfers”, JD Supra, <https://www.jdsupra.com/legalnews/post-schrems-ii-the-european-union-23981> [dostęp: 5 grudnia 2022].

Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data, 10 November 2020 Adoption of the Recommendations for public consultation / Adoption of the Recommendations after public consultation, 18 June 2021.

https://edpb.europa.eu/system/files/202106/edpb_recommendations_202001vo.2.0_supplementarymeasurestransferstools_en.pdf [dostęp: 5 grudnia 2022].

Reinsch W.A., Transatlantic Data Flows: Permanently Broken or Temporarily Fractured? <https://www.csis.org/analysis/transatlantic-data-flows-permanently-broken-or-temporarily-fractured> [dostęp: 5 grudnia 2022].

RODO cz. IX Przekazywanie danych do USA – nadal pod znakiem zapytania. <https://www.ochrona-danych-osobowych.pl/artykuly/rodo-cz-ix-przekazywanie-danych-do-usa-nadal-pod-znakiem-zapytania> [dostęp: 11 czerwca 2023].

Schrems II landmark ruling: „A detailed analysis.” Norton Rose Fulbright, czerwiec 2020, <https://www.nortonrosefulbright.com/en-gb/knowledge/publications/ad5f304c/schrems-ii-landmark-ruling-a-detailed-analysis> [dostęp: 14 czerwca 2023].

Schwab K., World Economic Forum 2016, The Fourth Industrial Revolution, <https://www.weforum.org/about/the-fourth-industrial-revolution-by-klaus-schwab> [dostęp: 15 czerwca 2023].

Secret CIA Bulk Surveillance Program Includes Some Americans’ Records, Senators Say. WSJ, Feb. 10, 2022.

<https://www.wsj.com/articles/secret-cia-bulk-surveillance-program-includes-some-americans-records-senators-say-11644549582> [dostęp: 5 grudnia 2022].

Standard contractual clauses for data transfers between EU and non-EU countries, https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/standard-contractual-clauses-scc_en [dostęp: 5 grudnia 2022].

The Congressional Research Service (CRS) June 2, 2022, U.S.–EU Trans-Atlantic Data Privacy Framework, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF11613> [dostęp: 5 grudnia 2022].

The redress mechanism in the Privacy Shield successor: On the independence and effective powers of the DPRC, <https://iapp.org/news/a/the-redress-mechanism-in-the-privacy-shield-successor-on-the-independence-and-effective-powers-of-the-dprc/> [dostęp: 13 czerwca 2023].

Upping the Ante on Bulk Surveillance An International Compendium of Good Legal Safeguards and Oversight Innovations Edited by the Heinrich Böll Foundation. Thorsten Wetzling, Kilian Vieth. Berlin, November 2018, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Privacy/SR_Privacy/2019_HRC_Annex5_CompendiumBulkSurveillance.pdf [dostęp: 5 grudnia 2022].

U.S.–EU Privacy Shield and Transatlantic Data Flows, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_22_6045 [dostęp: 5 grudnia 2022].



Emilia Grzybicka*

Narkomania w Polsce – studium przypadku

[Drug Addiction in Poland: case study]

Abstract

This article was written to highlight the phenomenon of drug addiction in Poland and those struggling with the disease of addiction. It focuses on three main objectives: 1) an attempt to create a profile of a drug addict, i.e. to characterize addicts, based on the identification of their common characteristics; 2) the juxtaposition of this profile with the views and stereotypes prevailing in society about drug users; 3) Polish drug policy and, in particular, the approach of the judiciary to this problem. The use of health-promoting solutions for addicts – as an alternative to punishment – was discussed. The research used the method of individual cases combined with the monographic method and a diagnostic survey.

Keywords: drug addiction, addiction, drug policy, stereotype, profile.

Niniejsza praca kieruje uwagę na zjawisko narkomanii w Polsce oraz na osoby borykające się z uzależnieniem od środków odurzających czy substancji psychotropowych. Stawia sobie trzy główne cele. Pierwszy dotyczy wyodrębnienia cech wspólnych dla użytkowników narkotyków, kolejny – zwrócenia uwagi na podejście społeczeństwa do zjawiska narkomanii, a zatem ukazania, w jakim stopniu społeczeństwo jest świadome profilu użytkownika narkotyków i w jaki sposób reaguje na problem narkomanii. Ostatni cel dotyczy zbadania, jak skuteczna jest polityka antynarkotykowa w Polsce i czy procedury stosowane wobec użytkowników wpływają pozytywnie, czy negatywnie na zjawisko narkomanii.

* **Emilia Grzybicka** – kryminolożka (UW), absolwentka Uniwersytetu w Derby (Wielka Brytania), studentka EWSPA.

Powodem wyboru zjawiska narkomanii jako problemu badawczego pracy jest fakt, że jest to zjawisko zmienne i wielowymiarowe, dzięki czemu jest jeszcze bardziej interesujące i wymaga coraz to nowszych badań. Co więcej, występuje ono na całym świecie, dotyka zarówno kobiet, jak i mężczyzn, osoby młode i starsze. Ponadto na rynku pojawiają się regularnie nowe substancje psychoaktywne, co utrudnia walkę z tym problemem.

Metodologia badań własnych

Problem ogólny niniejszej pracy to zjawisko narkomanii w Polsce. Problemy szczegółowe mają charakter *quasi*-wyjaśniający i są to pytania przy czynowo-skutkowe, gdyż stanowią one o zależnościach i powiązaniach między różnymi zjawiskami i procesami¹.

A zatem problemy szczegółowe to:

- ◆ Czy istnieją cechy wspólne dla użytkowników narkotyków?
- ◆ Czy zmienia się profil użytkownika narkotyków?
- ◆ Czy relacje rodzinne i rówieśnicze wpływają na proces uzależnienia?
- ◆ Jak społeczeństwo postrzega użytkowników narkotyków?
- ◆ Czy społeczeństwo wie, jak reagować na problem narkomanii?
- ◆ Czy panujący w społeczeństwie stereotyp użytkownika narkotyków jest zgodny z jego profilem?
- ◆ Czy zwiększa się świadomość społeczna na temat zjawiska narkomanii?
- ◆ Czy polska polityka narkotykowa skutecznie rozwiązuje problem narkomanii?
- ◆ Czy wymiar sprawiedliwości kieruje się wobec użytkowników narkotyków zasadą „leczyć zamiast karać”?
- ◆ Czy system prawny wobec przestępstw narkotykowych jest odpowiednio skonstruowany?

Bazując na wyżej sformułowanych pytaniach problemowych oraz literaturze przedmiotu, stworzono hipotezy robocze².

Wysunięto dwie hipotezy główne:

- ◆ Polityka narkotykowa w Polsce jest nieudolna w zwalczaniu zjawiska narkomanii, błędnie skupia się na karaniu użytkowników narkotyków, zamiast na profilaktyce i leczeniu.

¹ J. Apanowicz, *Metodologia ogólna*, Wydawnictwo Bernardinum, Gdynia 2002, ss. 44–46.

² T. Pilch, *Zasady badań pedagogicznych*, Wydawnictwo Żak, Warszawa 1988, ss. 25–28.

- ◆ Stereotyp niezmiennie panujący w społeczeństwie, a uznający osoby uzależnione za dewiantów pochodzących z patologicznych środowisk – jest błędny.

W odpowiedzi na pytania problemowe sformułowano także hipotezy robocze szczegółowe:

- ◆ Cechy łączące użytkowników narkotyków skupiają w ich odczuciach emocjonalnych, takich jak brak poczucia własnej wartości czy pewności siebie, natomiast nie istnieją cechy wspólne stereotypowe, jak na przykład to, że osoba uzależniona od narkotyków pochodzi „z patologii”.
- ◆ Profil użytkownika narkotyków, tak samo jak użytkowane substancje, regularnie się zmieniają.
- ◆ Relacje rodzinne i rówieśnicze mają wpływ na proces uzależnienia.
- ◆ Społeczeństwo w znacznym stopniu postrzega użytkowników narkotyków jako dewiantów, margines społeczny, a nie jako osoby chore i potrzebujące pomocy.
- ◆ Nieświadomość i niewiedza społeczna na temat problemu narkomanii powoduje trudności z odpowiednią reakcją na ten problem.
- ◆ Wciąż utrzymuje się w społeczeństwie stereotyp osoby uzależnionej jako dewianta pochodzącego z patologicznej, dysfunkcyjnej rodziny.
- ◆ Świadomość społeczna na temat zjawiska narkomanii rośnie, jednak wciąż jest niewystarczająca.
- ◆ Polska polityka narkotykowa nie jest w pełni skuteczna w rozwiązywaniu problemu narkomanii, gdyż skupia się bardziej na karaniu, zamiast na profilaktyce i leczeniu.
- ◆ W imię zasady „leczyć zamiast karać” wprowadzono zmiany w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii, do których wytyczne skonstruował profesor Krzysztof Krajewski, wciąż jednak dozwolone rozwiązania prozdrowotne są niewystraszająco często wykorzystywane przez wymiar sprawiedliwości.
- ◆ W systemie prawnym pozostają luki odnoszące się do przestępstw narkotykowych, jak chociażby brak tabeli wartości granicznych środków odurzających i substancji psychoaktywnych.

Do prawidłowej interpretacji badanego zjawiska należy również wyodrębnić zmienne.

Tabela 1. Zmienne uwzględnione w pracy

Zmienna zależna	Zmienna niezależna
Rola społeczeństwa i polityki narkotykowej w zwalczanie zjawiska narkomanii w Polsce	Sposoby oddziaływań systemu wymiaru sprawiedliwości na osoby uzależnione Stosowanie systemu karania i leczenia wobec użytkowników narkotyków Reakcja i świadomość społeczna w obrębie zjawiska narkomanii

Źródło: opracowanie własne.

W niniejszej pracy przyjęto następujące wskaźniki zmiennej niezależnej:

- ◆ Sposoby oddziaływań systemu wymiaru sprawiedliwości na osoby uzależnione – wprowadzenie tabeli wartości granicznych substancji psychoaktywnych, stosowanie w pierwszej kolejności rozwiązań prozdrowotnych, zapewnienie wsparcia psychiatrów i psychologów, woływanie terapeutów uzależnień.
- ◆ Stosowanie systemu karania i leczenia wobec użytkowników narkotyków – stosowanie rozwiązań prozdrowotnych jako alternatywy dla kary wszędzie tam, gdzie jest to możliwe, szczególnie w przypadku postępowania z osobą uzależnioną.
- ◆ Reakcja i świadomość społeczna w obrębie zjawiska narkomanii – poszerzanie świadomości społecznej na temat zjawiska narkomanii przez różnego rodzaju projekty, szkolenia i kampanie społeczne, szkolenia dla rodziców, pedagogów, policjantów i innych z zakresu odpowiedniego reagowania na problemy narkotykowe.

Wskaźniki zmiennej zależnej:

- ◆ wsparcie społeczne dla osób uzależnionych;
- ◆ akceptacja i tolerancja społeczna wobec osób uzależnionych;
- ◆ unikanie procesu stygmatyzacji;
- ◆ udostępnienie możliwości rozwoju edukacyjnego i zawodowego wobec osób uzależnionych;
- ◆ lepsze zrozumienie problemu narkotykowego przez wymiar sprawiedliwości;
- ◆ nakierowanie polityki narkotykowej na leczenie zamiast karania;
- ◆ wyznaczenie tabeli wartości granicznych substancji zakazanych;

- ◆ powoływanie specjalisty terapii uzależnień w sprawach o przestępstwa narkotykowe.

W niniejszej pracy zastosowano trzy metody badawcze. Podstawową jest metoda indywidualnych przypadków. Studium przypadku, bo tak inaczej określić można zastosowaną metodę, jest schematem badania jakościowego zmierzającego do stworzenia jednostkowej teorii zjawiska ogólnego³. Aby dokonać charakterystyk osób badanych za pomocą tej metody, uwzględnia się dane identyfikacyjne, takie jak na przykład imię, adres, wiek czy miejsce urodzenia, dane związane z historią życia, czyli okres dzieciństwa i tak dalej, dane dotyczące środowiska rodzinnego i miejsca zamieszkania, dane na temat rozwoju fizycznego i stanu zdrowia, a przede wszystkim rozwoju umysłowego i społecznego oraz charakteru i osobowości osób badanych⁴. Dzięki tej metodzie możliwe było zapoznanie się z indywidualnymi przypadkami ściśle związanymi z badanym zjawiskiem narkomanii oraz ich przestudiowanie.

Jako uzupełniającą wykorzystano metodę monograficzną, która podporządkowana jest badaniu określonych zbiorowości czy instytucji. Pozwala ona badać zarówno ludzi, instytucje z nimi związane, jak i współdziałające i funkcjonujące elementy badanego systemu. Aby zastosować tę metodę, jako przedmiot badań należy obrać organizację czy też strukturę o charakterze przedsiębiorstwa, zakładu, instytucji charytatywnej, placówki handlowej, usługowej lub produkcyjnej, jak również ludzi z nią związanych – a sposób prowadzenia badań ukierunkować na szczegółowe i dogłębne ustalenie faktów i ich wielostronne powiązania⁵. W przypadku badań niniejszej pracy metoda ta związana jest głównie z badaniem instytucji wymiaru sprawiedliwości oraz instytucji leczenia uzależnień i ich powiązaniem z określoną zbiorowością społeczną, jaką są w tym przypadku użytkownicy narkotyków.

Drugą z pomocniczych metod badań tu zastosowanych jest metoda sondażu diagnostycznego. Polega ona na statystycznym gromadzeniu faktów i informacji o zjawiskach strukturalnych i funkcjonalnych oraz dynamice ich rozwoju⁶. Badanie tą metodą wykonuje się przez dobranie odpowiedniej próby reprezentatywnej charakteryzującej ogólną zbiorowość

³ K. Konarzewski, Jak uprawiać badania oświatowe. Metodologia praktyczna, Warszawa 2000, s. 78. M. Szymczak, Słownik języka polskiego, Warszawa 1995, s. 433.

⁴ M. Szymczak, Słownik..., op. cit., s. 738; E. Sobol, Słownik wyrazów obcych, Warszawa 1995, s. 471.

⁵ J. Apanowicz, Metodologia, op. cit., ss. 67 i 68.

⁶ T. Pilch, Zasady..., op. cit., ss. 49–52.

statystyczną. Istnieje kilka technik badań sondażowych, tutaj natomiast użyto techniki sondażu jednorazowego na próbie ważonej. Oznacza to, że dobór próby nie był losowy i charakteryzował się zwiększoną reprezentatywnością badanych jednostek zbiorowości, mających specjalne znaczenie z punktu widzenia potrzeb badającego. W niniejszej pracy metoda ta została wykorzystana głównie do ustalenia określonych cech i faktów dotyczących danej zbiorowości, w tym przypadku – zbiorowości osób uzależnionych.

Użyto dwóch technik badań naukowych, a mianowicie wywiadu oraz ankietowania. Wywiad jest elementem metody indywidualnych przypadków oraz metody monograficznej, ankietowanie jest natomiast techniką metody sondażu diagnostycznego.

Wywiad miał charakter półstandardowy, gdyż miał formę luźnej rozmowy, podczas której respondent mógł się podzielić przeżyciami i doświadczeniami. Był zatem typu indywidualnego, nieskategoryzowanego, co daje swobodę w formułowaniu pytań, ich kolejności, a także umożliwia zadawanie pytań dodatkowych.

Ankietowanie odbyło się z użyciem pytań zamkniętych z jedną możliwą opcją wyboru odpowiedzi, pytań półotwartych z możliwością wyboru odpowiedzi „inne” i zaprezentowania odpowiedzi własnej, a także kilku końcowych pytań koniunktywnych, w których respondent ma całkowitą swobodę odpowiedzi na zadane pytania. Łączna liczba pytań to 34.

Podczas przeprowadzania badań jako narzędzia badawcze posłużył kwestionariusz ankiety, kwestionariusz wywiadu oraz dyktafon, służący do nagrywania przeprowadzanych wywiadów.

Na teren badań wybrano Ośrodek Rehabilitacyjno-Readaptacyjny Monar we wsi Kamień Rymański. Jest on koedukacyjny, a program terapii adresuje do osób uzależnionych od substancji psychoaktywnych. To tam przeprowadzono wywiady oraz ankietowanie. Dodatkowo obszar ten poszerzył się o miejsca przeprowadzenia dwóch wywiadów: z Martą Gaszyńską – współzałożycielką stowarzyszenia JUMP’93, administratorką Biura Rzecznika Praw Osób Uzależnionych, sekretarzem Polskiej Sieci Polityki Narkotykowej, prowadzącą ponadto klub pacjenta substytucyjnego „Klub na Wspólnej”, oraz z Dorotą Pol – specjalistką terapii uzależnień z Centrum Zdrowia Psychicznego w Słupsku. Pierwszy wywiad odbył się w biurze w siedzibie Polskiej Sieci Polityki Narkotykowej przy ulicy Żurawiej w Warszawie. Druga rozmowa miała miejsce w gabinecie Całodobowego

Oddziału Terapii Uzależnień od Alkoholu w Centrum Zdrowia Psychicznego w Słupsku.

Kolejnym krokiem było dobranie reprezentatywnej próby spośród wszystkich elementów interesującego nas układu społecznego lub instytucji. W badaniach, na których opiera się niniejsza praca, ze względu na małą liczebność populacji generalnej, czyli w tym przypadku pensjonariuszy Ośrodka Rehabilitacyjno-Readaptacyjnego Monar w Kamieniu Rymańskim, była możliwość przebadania techniką ankietowania wszystkich elementów populacji. Tak więc cała populacja generalna – licząca 23 osoby – otrzymała i wypełniła kwestionariusze ankiety, dzięki czemu wzięła udział w badaniu.

Dodatkowo przeprowadzono badanie metodą indywidualnych przypadków – techniką wywiadu. Do tego badania wybrano reprezentatywną próbę składającą się z trzech osób (Daniel, Filip, Nina), które reprezentują wszystkie cechy i wszystkie elementy populacji generalnej. Próba ta nie została wybrana poprzez osobę badającą, lecz przez terapeutę sprawującego opiekę nad populacją generalną. Z uzyskanych informacji wynika, że głównym kryterium wyboru tej akurat próby było wyrażenie chęci uczestnictwa. Przeprowadzono dodatkowo rzeczony dwa wywiady, które odbyły się poza terenem ośrodka, a reprezentatywna próba liczyła po jednej osobie.

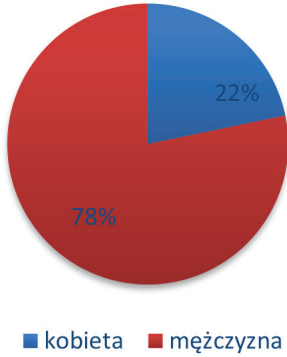
Analiza wyników badań własnych

Profil użytkownika narkotyków

Zestawienia typu wykres czy tabela nie zawierają danych dwóch wyżej wymienionych respondentek wywiadu: Marty Gaszyńskiej oraz Doroty Pol – jako że nie są obecnie użytkownikami narkotyków i nie brały udziału w badaniu techniką ankietowania. Obie respondentki dysponują rozległą wiedzą i doświadczeniem w zakresie narkomanii, dlatego informacje z przeprowadzonych z nimi wywiadów wzięto pod uwagę podczas prowadzenia badań i analizy ich wyników.

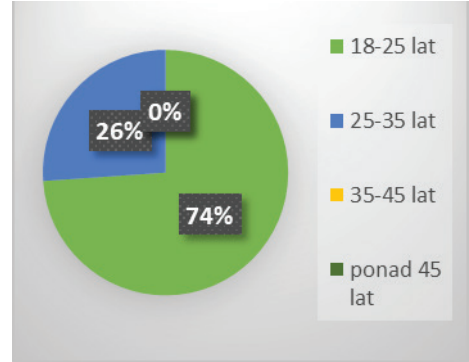
Na początku ważne jest określenie informacji ogólnych dotyczących osób badanych, jak: płeć, wiek, wykształcenie i miejsce zamieszkania. Poniższe wykresy ukazują informacje o badanych użytkownikach narkotyków.

Wykres 1. Płeć osób badanych



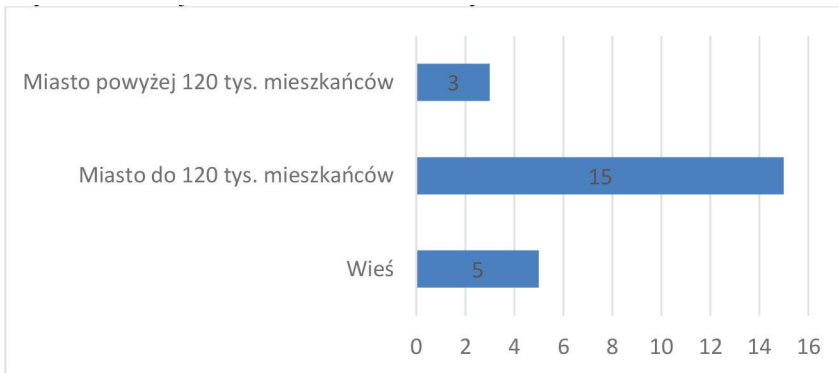
Źródło: opracowanie własne.

Wykres 2. Wiek osób badanych



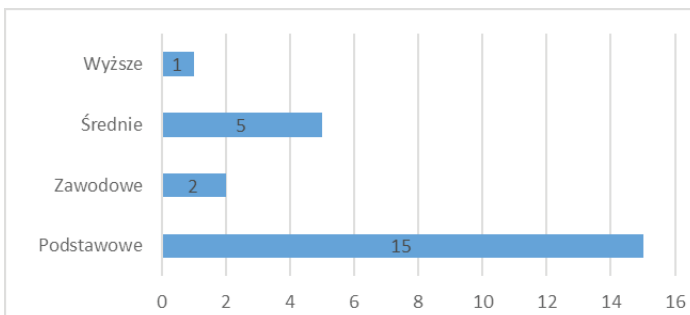
Źródło: opracowanie własne.

Wykres 3. Miejsce zamieszkania badanych



Źródło: opracowanie własne.

Wykres 4. Wykształcenie badanych



Źródło: opracowanie własne.

Z analizy informacji ogólnych dotyczących osób badanych, czyli w tym przypadku użytkowników narkotyków, wynika zatem, że są to osoby młode, w wieku do 35 lat, a 78% z nich są to mężczyźni. Osoby te w większości pochodzą z miast do 120 tysięcy mieszkańców (65%), oraz mają wykształcenie podstawowe (65%). Tylko nieliczni uzyskali wykształcenie średnie (22%), zawodowe (9%) i wyższe (4%). Wszystkie osoby w trakcie prowadzenia badań były pensjonariuszami Ośrodka Rehabilitacyjno-Readaptacyjnego Monar w Kamieniu Rymańskim.

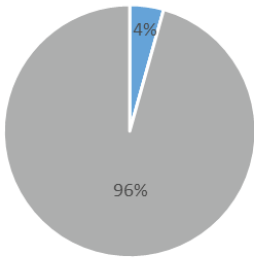
Sytuacja rodzinna

Sytuacja rodzinna niewątpliwie odgrywa ważną rolę w wielu aspektach życia każdego człowieka. Wydaje się kluczowym elementem w sferze poznawczej i emocjonalnej. Rodzina powinna odgrywać najważniejszą rolę w wychowaniu, a więzy rodzinne winny być najsilniejsze i najtrwalsze. Właśnie ta grupa społeczna ma dawać jednostce poczucie przynależności, wsparcia, wartości, bezpieczeństwa i akceptacji. Często jednak zdarza się, że instytucja rodziny nie funkcjonuje należycie. Może dojść do jej rozpadu – i wtedy nazywana jest rodziną niepełną. Poza tym w społeczeństwie można również dostrzec rodziny, które nie spełniają swej roli na innych płaszczyznach. Takie rodziny nazywane są z kolei dysfunkcyjnymi. Dysfunkcyjność ta może dotyczyć różnych obszarów, różny może też być zakres i natężenie zaburzeń. Wyróżnia się: dysfunkcję ekonomiczną rodziny, dysfunkcję socjalizacyjną, wychowawczą, opiekuńczą oraz emocjonalną⁷. Nasilenie i umocnienie struktur dysfunkcyjnych w rodzinie może prowadzić do przekształcenia jej w rodzinę patologiczną. Zarówno dysfunkcyjność rodziny, jak i występowanie w niej zjawisk patologicznych z pewnością wywiera wpływ na funkcjonowanie wszystkich jej członków i może powodować deficyty w wielu dziedzinach życia. Ale czy może przyczyniać się do używania narkotyków? W społeczeństwie niezmiennie przeważa pogląd, że osoby uzależnione wywodzą się raczej z rodzin niepełnych, dysfunkcyjnych, patologicznych. Czy pogląd ten znajdzie potwierdzenie w badaniach?

⁷ H. Cudak, Dysfunkcje rodziny i jej zagrożenia opiekuńczo-wychowawcze, „Pedagogika Rodziny”, 2011, 1 (2), s. 8.

Poniższe wykresy ukazują sytuację rodzinną osób badanych.

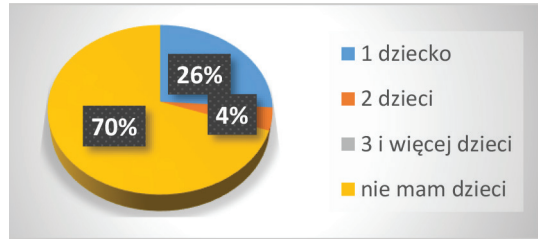
Wykres 5. Stan cywilny osób badanych



- osoba w związku małżeńskim
- osoba rozwiedzioną
- kawaler/panna

Źródło: opracowanie własne.

Wykres 6. Liczba dzieci u osób badanych



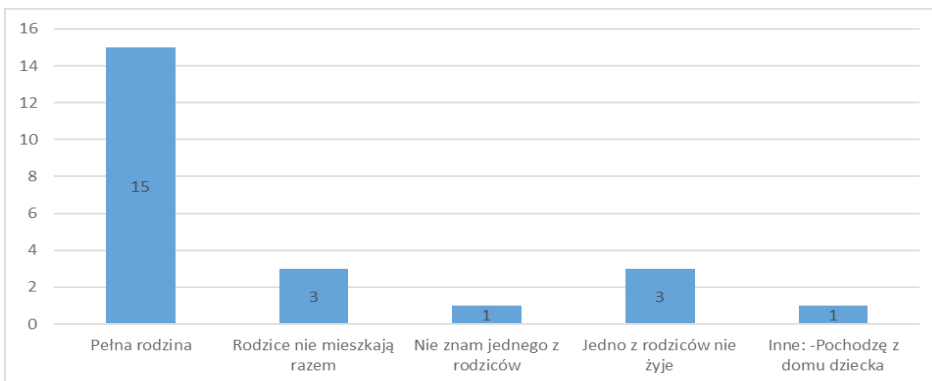
Źródło: opracowanie własne.

Jak widać na powyższych wykresach, znacząca większość badanych pozostaje kawalerami i pannami (96%) i nie ma dzieci (70%).

Przedstawione wyniki dowodzą, że większość osób pochodzi z rodzin pełnych (65%), czyli takich, gdzie rodzice mieszkają razem i wspólnie wychowują dzieci. Również w większości rodzin sytuacja ekonomiczna wydaje się co najmniej stabilna, gdyż oboje rodzice pracują (57%) lub pracuje jedno z nich (26%).

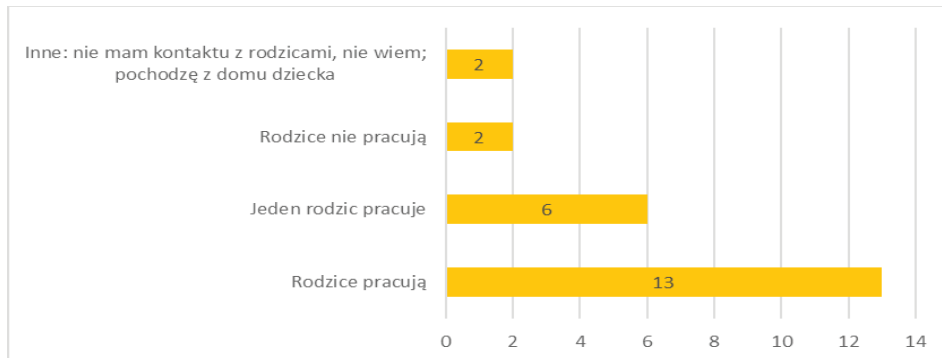
Sytuacja finansowa nie decyduje jednak o tym, czy rodzina jest dysfunkcyjna, gdyż dysfunkcja pojawiać może się na różnych płaszczyznach. W badaniach techniką ankietową respondentów spytano o występowanie w ich rodzinach takich zjawisk, jak uzależnienie od alkoholu lub narko-

Wykres 7. Rodziny, z jakich pochodzą osoby badane (pełne, niepełne)



Źródło: opracowanie własne.

Wykres 8. Czy rodzice osób badanych pracują

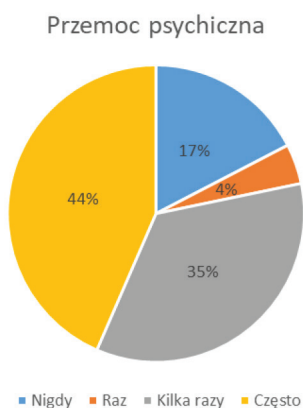


Źródło: opracowanie własne.

tyków, przemocy fizycznej oraz przemocy psychicznej. A dokładniej: czy osoby badane doświadczyły przemocy fizycznej lub przemocy psychicznej ze strony kogoś z rodziny? Wyniki pokazano na wykresach poniżej.

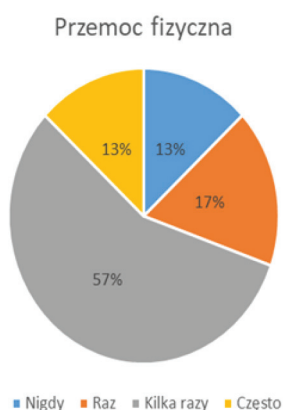
W 83% rodzin osób badanych pojawiało się zjawisko uzależnienia – czy to od alkoholu, czy od narkotyków. W kilku przypadkach występowało też uzależnienie krzyżowe od alkoholu i narkotyków. Problem alkoholowy wydaje się jednak dominujący. Badania na temat doświadczonej przemo-

Wykres 9. Problem uzależnienia w rodzinie osób badanych



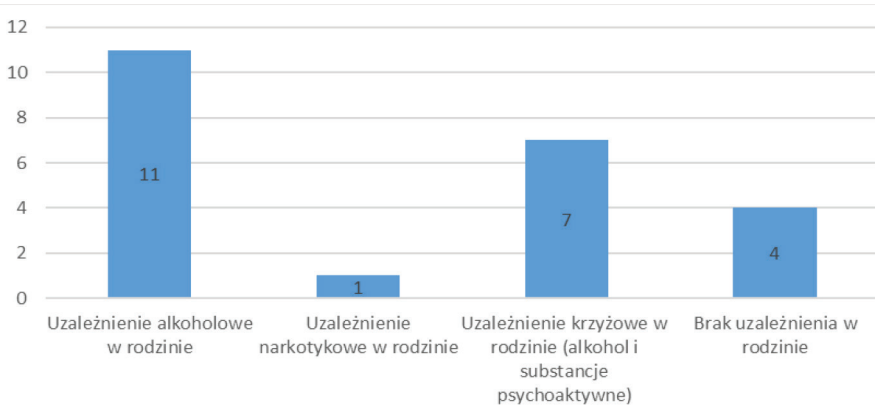
Źródło: opracowanie własne.

Wykres 10. Przemoc psychiczna w rodzinie badanych



Źródło: opracowanie własne.

Wykres 11. Przemoc fizyczna w rodzinie



Źródło: opracowanie własne.

cy wskazują, że zjawisko to pojawiało się w domach rodzinnych u licznej grupy badanych. Przemocy psychicznej ze strony kogoś z rodziny często doświadczało 44% respondentów, a 35% doświadczyło jej kilkakrotnie. Zatem 79% osób było ofiarą przemocy psychicznej więcej niż raz. Jeżeli chodzi o przemoc fizyczną, to wyniki badań prezentują się podobnie, a mianowicie: 70% badanych doświadczyło przemocy fizycznej ze strony kogoś z rodziny więcej niż raz; 57% z nich doświadczyło przemocy kilka razy, a 13% przyznaje, że często padało ofiarą przemocy fizycznej. Wyniki badań w znacznym stopniu wskazują na dysfunkcję rodzin osób badanych, czyli użytkowników narkotyków.

Aby głębiej spojrzeć na relacje rodzinne, pytania o dzieciństwo oraz rodzinę zostały również zadane podczas badań techniką wywiadu. Każdy z badanych przypadków jest inny, pojawiają się dwa przypadki rodzin niepełnych – jeden, gdzie nastąpiła śmierć rodzica, a drugi, gdzie rodzice są rozwiedzeni. Pojawia się przypadek rodziny z uzależnieniem alkoholowym, ale także przypadek pełnej, prawidłowo funkcjonującej rodziny. Również domy rodzinne innych użytkowników narkotyków ze środowiska rówieśniczego osób badanych zostały różnie opisane. Marta Gaszyńska określa je jako domy wykształcone, lecz nieszczęśliwe; Filip mówi, że w większości pochodzili oni z dobrych, bogatych domów; Daniel doświadczył towarzystwa osób zarówno z rodzin dysfunkcyjnych, jak i rodzin pełnych, dobrze sytuowanych ekonomicznie.

Dla sprawdzenia, z jakich rodzin w większości pochodzą osoby uzależnione – według samych osób uzależnionych – w kwestionariuszu ankiety

badawczej umieszczono związane z tym pytanie (otwarte, więc odpowiedź jest dowolna i tworzona przez respondenta). Odpowiedzi przedstawiono w poniższej tabeli.

Tabela 2. Pochodzenie rodzinne osób uzależnionych według osób badanych

Pana/Pani zdaniem osoby uzależnione najczęściej wywodzą się z (z jakiej rodziny?)	
<ul style="list-style-type: none"> ♦ z rodziny, w której jest alkohol, narkotyki i przemoc ♦ z rodziny niepełnej ♦ z dysfunkcyjnej rodziny ♦ dysfunkcyjnej ♦ patologicznej ♦ z rozbitych rodzin, z rodzin, w których nie ma zrozumienia, zainteresowania sobą, z rodzin, w których ktoś jest już uzależniony ♦ rozbitych lub patologicznych rodzin ♦ patologicznej ♦ niemającej harmonii i coś tam szwankuje ♦ z rozbitych rodzin (separacja, rozwody, śmierć itp.) ♦ niepełnej rodziny (brak mamy lub ojca) ♦ patologicznych lub nieposiadających miłości w domu ♦ nieszczerzej ♦ nieszczerliwej 	<ul style="list-style-type: none"> ♦ z rodzin zamożnych, ubogich, z rodzin katolickich, wszystkich ♦ nie ma znaczenia ♦ z każdej!!! ♦ z dobrych rodzin i biednych ♦ z każdej ♦ z każdej możliwej ♦ z każdej ♦ tak naprawdę z każdej, lecz wychodzę z założenia, że często z rodzin tzw. patologicznych, kiedy dziecko czuje się samotne i nie ma wsparcia ♦ z każdej

Źródło: opracowanie własne.

Jak widać, odpowiedzi na temat pochodzenia rodzinnego osób uzależnionych są podzielone, jednak większość osób badanych przyznaje, że osoby uzależnione pochodzą przede wszystkim z rodzin patologicznych, dysfunkcyjnych, niepełnych. Tego typu odpowiedzi udzieliło około 59% badanych, pozostałe odpowiedzi sugerowały, że osoby uzależnione pochodzą z każdego typu rodziny. Jedna z osób ankietowanych wstrzymała się od odpowiedzi.

W badaniu pojawiło się również pytanie o przyczynę uzależnienia / użytkowania narkotyków przez osoby badane. W tym pytaniu możliwa była wielość odpowiedzi; 57% respondentów wskazała problemy rodzinne jako jedną z przyczyn użytkowania narkotyków.

Podsumowując analizę wykonanych badań, w próbie stworzenia profilu użytkownika należy przyjąć, że średnio ponad 70% osób uzależnionych pochodzi z rodzin pod jakimś względem dysfunkcyjnych. Nie należy jednak uogólniać, gdyż wyniki wskazują na możliwość pojawienia się uzależnienia również w pełnych, prawidłowo funkcjonujących strukturach rodzinnych.

Środowisko rówieśnicze

Poczucie akceptacji, przynależności i wspólnoty jest jedną z najważniejszych potrzeb każdego człowieka. Przede wszystkim potrzeba ta powinna być zaspokajana przez rodzinę, jednak istotnym elementem bywa tutaj również środowisko rówieśnicze. Zwłaszcza w okresie dojrzewania niezwykle budujące wydają się przynależność i utożsamianie się z wybraną grupą społeczną. Grupa ta odgrywa znaczącą rolę w socjalizacji człowieka i może oddziaływać na niego pozytywnie lub negatywnie⁸.

W badaniu techniką ankietowania na pytanie o to, co respondent uważa za główną przyczynę swojego uzależnienia – 61% badanych wskazało grupę rówieśniczą. Ponieważ w tym pytaniu możliwa jest wielość odpowiedzi, mogła to być jedna ze wskazanych przyczyn.

Podczas wywiadów respondenci zaznaczyli, że bezwzględny warunkiem przebywania w ośrodku jest niekontaktowanie się z żadną z osób, które wspólnie z badanym / badaną zażywały narkotyki. Jednym z założeń ukończenia leczenia jest ponadto konieczność zamieszkania z dala od ówczesnej grupy rówieśniczej i nieutrzymywania z nią jakichkolwiek relacji po opuszczeniu ośrodka.

Na podstawie wyników badań techniką wywiadu można niewątpliwie stwierdzić, że grupa społeczna odgrywa znaczącą rolę w życiu każdego człowieka. Każdy z indywidualnych przypadków poddanych badaniu uwidacznia ważność przynależności do określonej grupy rówieśniczej, utożsamiania się z nią i poczucia akceptacji ze strony grupy. Użytkowanie narkotyków również wydaje się ściśle związane z przynależeniem do grupy rówieśniczej, gdyż w każdym z przypadków członkowie wybra-

⁸ J. Szczepański, *Elementarne pojęcia socjologii*, PWN, Warszawa 1966, ss. 91–167.

F. Znaniecki, *Wychowujące społeczeństwo [w:] Socjologia wychowania*, tom 1, PWN, Warszawa 1973, ss. 143–162.

nych przez badanych grup społecznych byli użytkownikami narkotyków. Motywy wyboru danej grupy rówieśniczej jako tej, do której chcemy przynależać, mogły być różne. Decyzja o zażyciu pierwszy raz narkotyku również mogła być podjęta z różnych pobudek – na przykład chęci ucieczki od problemów czy ze zwykłej ciekawości – jednak w każdym przypadku następowało to wspólnie z członkami grupy rówieśniczej. Próba stworzenia profilu użytkownika narkotyków prowadzi zatem do stwierdzenia, że przynależność do grupy społecznej skupiającej użytkowników narkotyków ma istotny wpływ na użytkowanie tych substancji. W stu procentach przypadków badanych techniką wywiadu osoby uzależnione od narkotyków swą „przygodę” z narkotykami rozpoczęły od przynależności do grupy społecznej, z której członkami pierwszy raz spróbowały narkotyków.

Sytuacja zawodowa

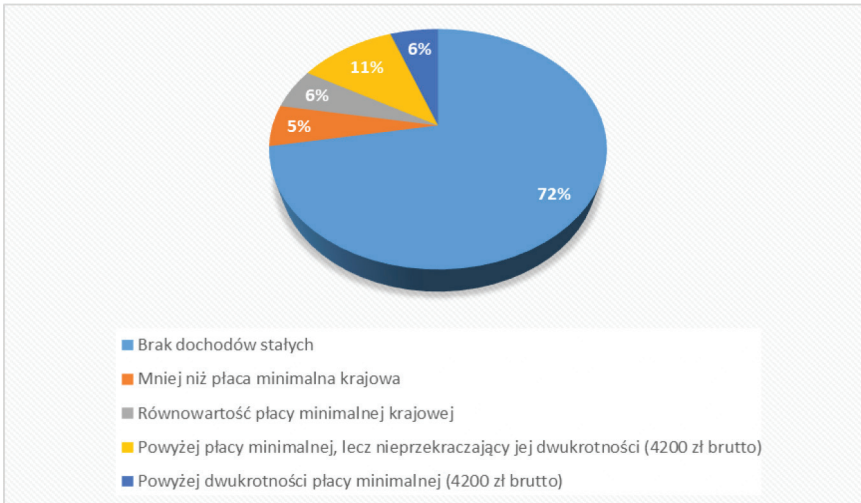
W profilu użytkownika narkotyków warto zwrócić uwagę na sytuację zawodową. W przypadku badań na potrzeby niniejszej pracy grupa badanych jest stosunkowo młoda, gdyż 74% osób jest w wieku 18–25 lat, a 65% z nich ma jedynie podstawowe wykształcenie. Większość z nich nie kontynuowała nauki właśnie z powodu uzależnienia. Mają jednak szansę nadrobienia zaległości w edukacji podczas pobytu w ośrodku. Poniższe wykresy przedstawiają sytuację zawodową osób badanych.

Wykres 12. Status zawodowy osób badanych



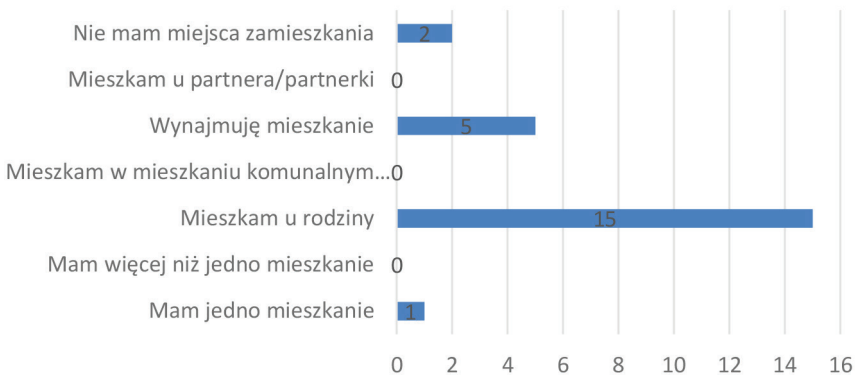
Źródło: opracowanie własne.

Wykres 13. Dochód osób badanych



Źródło: opracowanie własne.

Wykres 14. Sytuacja mieszkaniowa osób badanych



Źródło: opracowanie własne.

Jak widać, tylko 22% osób badanych to osoby pracujące, pozostali respondenci to osoby bezrobotne lub uczące się. Tylko 23% osób uzyskuje stały dochód sięgający od minimalnej płacy krajowej w górę. Pozostałe osoby w ogóle nie mają stałego dochodu (72%) bądź ich dochód jest niższy niż minimalna płaca krajowa. Tylko jedna z badanych osób ma własne mieszkanie, pozostałe mieszkają u rodziny (65%), wynajmują mieszkanie (22%) lub nie mają miejsca zamieszkania (9%).

Spośród badanych tylko nieliczni mogą się wykazać stabilną sytuacją zawodową i ekonomiczną. Pozostali – wskutek popadnięcia w uzależnienie w młodym wieku – albo nie rozpoczęli wcale zawodowej kariery, albo musieli jej poniechać. Po zakończeniu leczenia badani, zgodnie z panującymi zasadami, nie powinni wracać do rodzinnego miasta, by uniknąć kontaktu z ówczesną grupą rówieśniczą. Wskazane jest, aby wynajęli mieszkanie i rozpoczęli pracę. Być może będzie to początek ich stabilizacji zawodowej i ekonomicznej.

W pytaniu techniką ankietowania respondenci udzielili odpowiedzi na pytanie (typu otwartego) dotyczące grupy społecznej, z której najczęściej pochodzą osoby uzależnione. Odpowiedzi przedstawiono w tabeli poniżej.

Tabela 3. Grupa społeczna, z jakiej najczęściej pochodzą osoby uzależnione według osób badanych

Pana/Pani zdaniem osoby uzależnione najczęściej wywodzą się z... (z jakiej grupy społecznej?)	
<ul style="list-style-type: none"> ◆ nie ma konkretnej grupy społecznej ◆ z patologii, ale w sumie z każdej ◆ wszystkie grupy społeczne ◆ nie ma znaczenia ◆ myślę, że grupy społeczne nie mają znaczenia, znam osoby uzależnione z różnych środowisk ◆ z każdej (11 razy) 	<ul style="list-style-type: none"> ◆ z patologii ◆ ze środowisk dysfunkcyjnych ◆ biednej ◆ 17-30 lat ◆ niższej, ale nie zawsze, często zdarzają się biznesmeni

Źródło: opracowanie własne.

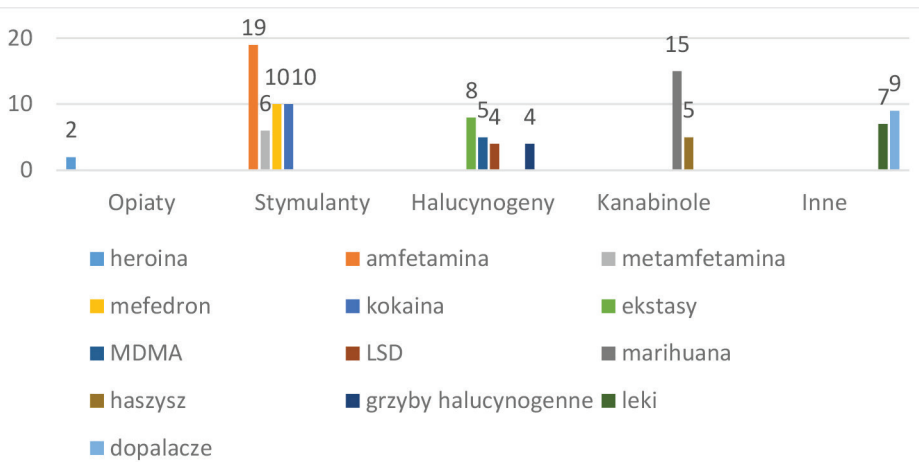
W przeciwieństwie do pytania o pochodzenie rodzinne – w tym przypadku 70% respondentów uznało, że grupa społeczna nie ma znaczenia, gdyż osoby uzależnione pochodzą z każdej możliwej grupy społecznej. Tylko nieliczni określili najczęstsze pochodzenie społeczne osób uzależnionych jako pochodzenie z grup patologicznych, biednych, niższych czy też ze środowisk dysfunkcyjnych. Dwie z badanych osób wstrzymały się od odpowiedzi.

Rzeczony siedemdziesięcioprocentowy wynik podczas podejmowania próby stworzenia profilu użytkownika narkotyków może dać podstawę do stwierdzenia, że nie da się bliżej określić najczęstszej grupy pochodzenia osób uzależnionych, gdyż wywodzą się one z różnych grup społecznych. A więc sytuacja zawodowa i ekonomiczna nie ma bezpośredniego wpływu na proces uzależnienia się.

Użytkowane substancje psychoaktywne

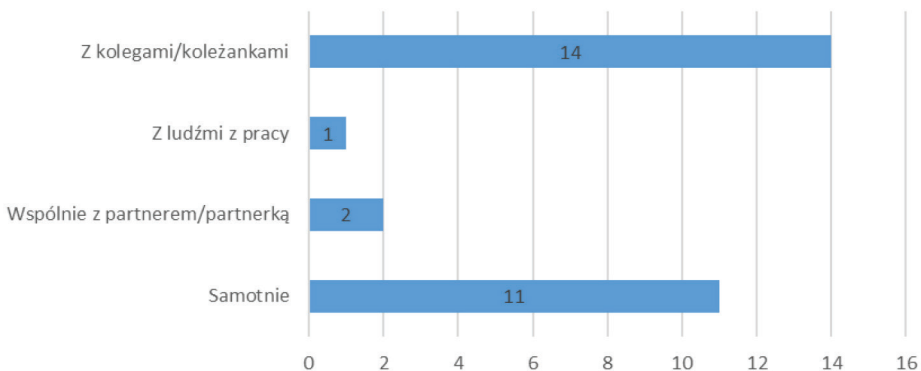
Na poniższym wykresie przedstawione zostały wyniki badań ankietowych odnośnie do substancji użytkowanych przez osoby badane. Uwzględniono podział na grupy substancji psychoaktywnych. Jest to pytanie typu otwartego, czyli respondenci mogli wymienić tyle substancji, ile uznali za słuszne.

Wykres 15. Substancje psychoaktywne użytkowane przez osoby badane



Źródło: opracowanie własne.

Wykres 16. Najczęstsze okoliczności zażywania substancji psychoaktywnych



Źródło: opracowanie własne.

Badania te wykazują, że najczęściej użytkowane substancje psychoaktywne to substancje typu stymulującego, takie jak: amfetamina, mefdron czy kokaina. Również popularną substancją jest marihuana z grupy kanabinoli. Do użytkowania substancji opiatowych, takich jak heroina, przyznały się dwie osoby. Na użytkowanie dopalaczy wskazało dziewięć osób spośród 23 badanych.

Na poniższych wykresach przedstawiono dodatkowe informacje na temat użytkowania substancji psychoaktywnych przez osoby badane.

Wykres 17. Przerwy dłuższe niż miesiąc w użytkowaniu substancji psychoaktywnych



Źródło: opracowanie własne.

Wykres 18. Zaniedbanie obowiązków rodzinnych spowodowane substancjami psychoaktywnymi



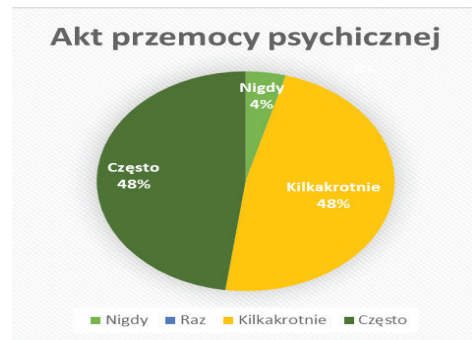
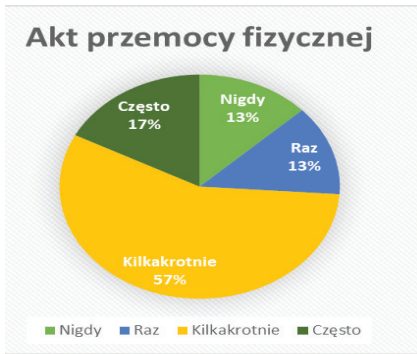
Źródło: opracowanie własne.

Wyniki wskazują, że najczęściej do użytkowania narkotyków dochodzi z ludźmi z grupy rówieśniczej (61%) oraz samotnie (48%). Co ciekawe, 52% respondentów przyznało, że kilkakrotnie zdarzało im się mieć przerwę dłuższą niż miesiąc w użytkowaniu narkotyków, a 17% taką przerwę miało jednokrotnie. Zawsze jednak następował powrót do użytkowania substancji psychoaktywnych.

W części kwestionariusza ankiety dotyczącej substancji psychoaktywnych badani zostali też zapytani o skutki ich użytkowania, takie jak na przykład zaniedbanie obowiązków rodzinnych czy konflikt z prawem. Zestawienia wyników przedstawiono w wykresach poniżej.

Wykres 19. Akty przemocy fizycznej spowodowane substancjami psychoaktywnymi

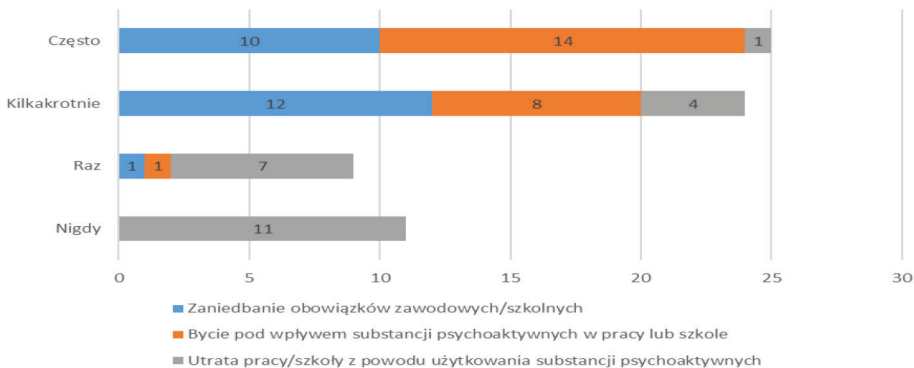
Wykres 20. Akty przemocy psychicznej spowodowane substancjami psychoaktywnymi



Źródło: opracowanie własne.

Źródło: opracowanie własne.

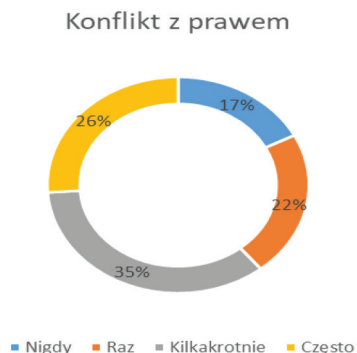
Wykres 21. Wpływ substancji psychoaktywnych na obowiązki zawodowe/szkolne



Źródło: opracowanie własne.

Według wyników 100% badanych zaniedbało swoje obowiązki rodzinne co najmniej kilkakrotnie z powodu użytkowania substancji psychoaktywnych, a znaczna część z nich (74%) przyznała, że zaniedbania

Wykres 22. Konflikt z prawem spowodowany substancjami psychoaktywnymi



Źródło: opracowanie własne.

na osoba stwierdziła, że zaniedbała te obowiązki jednokrotnie, wszystkie pozostałe przyznały się natomiast do zaniedbania ich co najmniej kilkakrotnie. To samo dotyczy przebywania pod wpływem substancji psychoaktywnych w szkole lub pracy: 100% badanych przynajmniej raz znalazło się w takiej sytuacji. Zdarzała się ona często u 61% badanych, kilkakrotnie u 35%, a 4% przyznało się do jednokrotności sytuacji tego rodzaju. Dodajmy, że 48% respondentom udało się nigdy nie stracić pracy lub szkoły z powodu użytkowania substancji psychoaktywnych, 30% utraciło pracę lub szkołę jednokrotnie, a 22% zdarzyło się to przynajmniej kilkakrotnie. Użytkowanie narkotyków do konfliktu z prawem doprowadziło jednokrotnie 22% badanych, 35% kilkakrotnie, a 26% badanych przyznało się do częstych konfliktów z prawem. Łącznie 83% respondentów przynajmniej raz weszło w konflikt z prawem spowodowany substancjami psychoaktywnymi.

Respondenci odpowiadali też na pytanie o główną przyczynę uzależnienia, w którym to pytaniu możliwa była wielość odpowiedzi. Poniżej przedstawiono wyniki.

W odpowiedzi „inne” pojawiły się następujące (swobodne) odpowiedzi respondentów:

- ◆ problemy zdrowotne
- ◆ bycie niewidzialnym
- ◆ ciekawość

zdarzały się często. Użytkowanie substancji psychoaktywnych przyczyniało się również do dopuszczania się aktów przemocy psychicznej i fizycznej; 74% respondentów dokonała aktu przemocy fizycznej co najmniej kilkakrotnie, a 13% jednokrotnie. Aktu przemocy psychicznej związanej z użytkowaniem narkotyków dopuściło się aż 96% badanych; 48% z nich dopuszczało się tego aktu kilkakrotnie, a pozostałe 48% przyznało się do częstych aktów przemocy psychicznej. Zaniedbanie obowiązków zawodowych lub szkolnych związane z użytkowaniem substancji psychoaktywnych dotyczy 100% osób badanych. Tylko jed-

- ◆ ja sam, problemy z emocjami, niska samoocena
- ◆ nuda
- ◆ problemy emocjonalne
- ◆ samotność, brak partnera.

Jak widać, za podstawową przyczynę uzależnienia użytkownicy narkotyków uznają grupę rówieśniczą oraz problemy rodzinne. W znacznie mniejszym stopniu pojawiają się też na przykład problemy zawodowe, finansowe, emocjonalne, a także ciekawość. Należy jednak pamiętać, że często kilka czynników łącznie wpływa na decyzję o użytkowaniu narkotyków, dlatego znaczna część respondentów wybrała więcej niż jedną odpowiedź na pytanie o główną przyczynę uzależnienia.

Przy próbie ustalenia wspólnych cech użytkowników narkotyków badani zostali poproszeni (w formie pytania otwartego) o podanie cech, jakie ich zdaniem ma osoba uzależniona od substancji psychoaktywnych. Odpowiedzi są następujące:

Tabela 4. Cechy osoby uzależnionej od substancji psychoaktywnych według osób badanych

Cechy osoby uzależnionej od substancji psychoaktywnych	
<ul style="list-style-type: none"> ◆ nieufność, agresja, manipulacja ◆ zamknięta w sobie, lekceważąca wiele spraw, autodestrukcyjna ◆ agresja, apatia, destrukcja umysłowa ◆ osoba oszukuje innych i siebie ◆ nerwowa ◆ zbyt pewna siebie, brak perspektyw, brak uwagi innych ◆ pobudzenie, rozdrażnienie ◆ słaba emocjonalnie, utalentowana ◆ samotna ◆ agresja 	<ul style="list-style-type: none"> ◆ agresja ◆ nerwowość, nieogarnięcie ◆ obojętność, manipulacja ◆ agresja, lenistwo ◆ nie przyznaje się do błędu, agresywne zachowania, bezwzględność, użalanie, wstyd, nieumiejętność radzenia z problemami ◆ nerwy, smutek, rozkojarzenie ◆ nerwowość, dziecinne zachowanie, nadwrażliwość, egoizm, agresywność ◆ podkrążone oczy, charakterystyczny pot, tiki nerwowe, słowotok, łapanie „zawiechy” ◆ łatwość w nawiązywaniu kontaktów z ćpunami ◆ nadpobudliwość

Źródło: opracowanie własne.

Jak widać, odpowiedzi są zróżnicowane, jednak można wyodrębnić kilka cech pojawiających się stosunkowo często. Są to: agresja, manipulacja, egoizm oraz nieumiejętność radzenia sobie z problemami.

Podsumowując: na podstawie analizy wyników przeprowadzonych badań można stworzyć profil użytkownika narkotyków, a zatem określić, że użytkownik narkotyków to osoba:

- ◆ w większości pochodząca z rodziny dysfunkcyjnej, w której zdarza się uzależnienie oraz akty przemocy psychicznej i fizycznej
- ◆ przynależąca do grupy rówieśniczej, w której pozostali członkowie są użytkownikami narkotyków
- ◆ która może pochodzić z każdej grupy społecznej
- ◆ często zażywająca substancje psychoaktywne, z reguły wspólnie z grupą rówieśniczą lub samotnie
- ◆ której zdarzają się przerwy w użytkowaniu substancji psychoaktywnych, lecz zawsze następuje powrót do narkotyków
- ◆ zaniedbująca obowiązki rodzinne i zawodowe/szkolne
- ◆ której zdarza się dopuszczać aktów przemocy psychicznej i fizycznej
- ◆ agresywna, zdolna do kłamstw i manipulacji, egoistyczna, często apatyczna, nieumiejąca radzić sobie z problemami, o niskim poczuciu własnej wartości.

Na tej podstawie można dokonać weryfikacji kilku z postawionych w niniejszej pracy hipotez, a mianowicie hipotezy 1, 2 i 3. Wykonane badania nie potwierdziły hipotezy numer 1, gdyż wykazały cechy wspólne użytkowników narkotyków nie tylko w ich sferze emocjonalnej, lecz również w innych sferach, między innymi co do pochodzenia rodzinnego, przynależności do grup skupiających użytkowników narkotyków czy zaniedbywania obowiązków rodzinnych oraz zawodowych/szkolnych. Potwierdziły się natomiast hipotezy numer 2 i 3, jako że badania wykazały zarówno regularnie zmieniający się profil użytkownika narkotyków oraz użytkowanych substancji, jak i wpływ relacji rodzinnych oraz grupy rówieśniczej na proces uzależniania się.

Przed wszystkim należy pamiętać, że cechy te są najczęściej powtarzalne wśród użytkowników narkotyków, jednak nie jest to kryterium absolutne i nie odnajdą one odzwierciedlenia u wszystkich użytkowników narkotyków.

Świadomość społeczna a profil użytkownika

W tym podrozdziale stworzony na podstawie analizy przeprowadzonych badań profil użytkownika narkotyków zostanie zestawiony z pa-

nującymi w społeczeństwie stereotypami na temat osób uzależnionych. Pomimo że wzrasta świadomość co do uzależnień, wiele stereotypów wciąż jest głęboko zakorzenionych i rozpowszechnianych. Przez posługiwanie się takimi stereotypami dochodzi do tzw. etykietowania osób uzależnionych, co jest bardzo krzywdzące i utrudnia walkę z uzależnieniem oraz readaptację społeczną⁹.

Skutkiem procesu etykietyzacji jest autostygmatyzacja – gdy osoba piętnowana zaczyna tracić poczucie własnej wartości, jej samoocena spada i zaczyna ona postrzegać siebie tak, jak postrzega ją społeczeństwo. Stereotypy na temat osób uzależnionych panujące w społeczeństwie są niewątpliwie krzywdzące i prowadzą do stygmatyzacji. „Narkoman czy ćpun to nie tylko osoba uzależniona od narkotyków, to także ktoś, komu nie można ufać, brudny, zakażony wirusem HIV, bezdomny, złodziej”¹⁰. W jednym z artykułów *Narkopolityki* możemy natomiast znaleźć takie cytaty, jak:

„I wtedy na dworcu pojawili się złodzieje, narkomani, prostytutki, pedofile, chorzy na AIDS, homoseksualiści. Wszystko to jednym tchem, bo przecież wiadomo – każdy narkoman to złodziej, to ktoś, kto nawet jeśli chwilowo nie bierze, i tak za jakiś czas będzie brał, to patologia społeczna”¹¹.

„Narkoman to taka ludzka szmata – krzyczy tytuł z «Wyborczej», w tekście osoba uzależniona opowiada między innymi: Wiedziałem, że potrzebuję pomocy, ale decydując się na leczenie, musiałbym ujawnić moją sytuację. Straciłbym pracę, znajomych. Także rodzicom trudniej zobaczyć problem. Myślą: nie jesteśmy patologiczną rodziną, więc moje dziecko nie może brać narkotyków”¹².

Ośrodek leczenia uzależnień i współuzależnień AGNUS na swoim blogu jako popularne stereotypy na temat osób uzależnionych panujące w społeczeństwie podaje¹³:

⁹ M. Bielińska, A. Lisiecka, A. Radiukiewicz, M. J. Sochocki, Jestem zwykłym ćpunem – o roli piętna w procesie wychodzenia z nałogu, s. 3, Fundacja Wiedza Lokalna, w: http://wiedzialokalna.pl/sites/default/files/jestem_zwyklym_cpunem_wersja_ostat.pdf [dostęp: 21.09.2023].

¹⁰ Ibidem.

¹¹ K. Wanatow, W. Wanatow, Mówimy narkoman, myślimy menel, 29 styczeń 2013, <https://krytykapolityczna.pl/narkopolityka/polskienarko/mowimy-narkoman-myslmy-menel/> [dostęp: 21.09.2023].

¹² Ibidem.

¹³ Prywatny Ośrodek Leczenia Uzależnień i Współuzależnień AGNUS, Krzywdzące stereotypy o uzależnieniach, 19 czerwca 2018, w: <https://agnusterapia.pl/blog/item/259-krzywdzace-stereotypy-o-uzalezniach> [dostęp: 21.09.2023].

- ◆ problem uzależnień dotyczy mężczyzn, nie kobiet
- ◆ uzależnieni są agresywni i zawsze biją
- ◆ narkomani i alkoholicy to ludzie z marginesu społecznego
- ◆ porządne i wykształcone kobiety nie popadają w nałóg
- ◆ dzieci alkoholików i narkomanów są od kołyski nastawione na nałóg
- ◆ wyśmiewanie uzależnionych, którzy decydują się na podjęcie terapii.

Poza wciąż obecnym stereotypem mówiącym, że problem uzależnień dotyczy głównie mężczyzn, panuje też przekonanie, że to osoby uzależnione płci męskiej dopuszczają się aktów przemocy fizycznej oraz psychicznej – czy też wchodzi w konflikt z prawem – w znacznie większym stopniu niż osoby uzależnione płci żeńskiej. Aby sprawdzić, czy faktycznie istnieje zależność pomiędzy płcią a dopuszczaniem się aktów przemocy bądź wchodzenia w konflikt z prawem, dokonano analizy korelacji poprzez zastosowanie testu niezależności chi-kwadrat. Poniżej przedstawione są wyniki testów.

$$x^2 = \sum_{i=1}^k \sum_{j=1}^r \frac{(n_{ij} - \hat{n}_{ij})^2}{\hat{n}_{ij}} \quad (1)$$

Gdzie: poziom istotności $\alpha = 0,01$, H_0 = zmienne są niezależne, H_1 = zmienne są zależne, x^2 = test chi-kwadrat, n_{ij} = liczebność faktyczna, \hat{n}_{ij} = liczebność teoretyczna

Tabela 5. Test chi-kwadrat – zależność pomiędzy płcią a przemocą fizyczną

x \ y	\hat{n}_{ij}	Akt przemocy fizycznej >1	\hat{n}_{ij}	Akt przemocy fizycznej =1	\hat{n}_{ij}	Akt przemocy fizycznej <1	$n_{i.}$
Mężczyźni	13,3	14	2,3	2	2,3	2	18
Kobiety	3,7	3	0,7	1	0,7	1	5
$n_{.j}$		17		3		3	23

Źródło: opracowanie własne.

X= płeć jako zmienna nominalna

y= dopuszczanie się aktów przemocy fizycznej jako zmienna nominalna

$$x^2 = 0,51$$

$$x^2_{0,01;1-2} = 9,210$$

Tabela 6. Test chi-kwadrat – zależność pomiędzy płcią a przemocą psychiczną

x \ y	\hat{n}_{ij}	Akt przemocy psychicznej >1	\hat{n}_{ij}	Akt przemocy psychicznej =1	\hat{n}_{ij}	Akt przemocy psychicznej <1	n_t
Mężczyźni	17,2	17	0	0	0,8	1	18
Kobiety	4,8	5	0	0	0,2	0	5
n_{ij}		22		0		1	23

Źródło: opracowanie własne.

X= płeć jako zmienna nominalna

y= dopuszczanie się aktów przemocy psychicznej jako zmienna nominalna

$$x^2 = 0,26$$

$$x^2_{0,01;1-2} = 9,210$$

Wynikające z przeprowadzonych testów niezależności chi-kwadrat wartości statystyczne 0,51 oraz 0,26 pozostają poza obszarem krytycznym wyznaczanym przez drugi stopień swobody na poziomie istotności 0,01. Tak więc w obu przypadkach można przyjąć hipotezę, że zmienne są niezależne – i stwierdzić, że pomiędzy płcią a dopuszczaniem się aktów przemocy fizycznej czy psychicznej nie istnieje zależność stochastyczna, a zatem płeć nie wpływa na dokonywanie aktów ani przemocy fizycznej, ani psychicznej.

Tabela 7. Test chi-kwadrat – zależność pomiędzy płcią a konfliktem z prawem

x \ y	\hat{n}_{ij}	Akt przemocy psychicznej >1	\hat{n}_{ij}	Akt przemocy psychicznej =1	\hat{n}_{ij}	Akt przemocy psychicznej <1	n_t
Mężczyźni	10,9	11	3,9	5	3,1	2	18
Kobiety	3,0	3	1,1	0	0,9	2	5
n_{ij}		14		5		4	23

Źródło: opracowanie własne.

X= płeć jako zmienna nominalna

y= wchodzenie w konflikt z prawem jako zmienna nominalna

$$x^2 = 3,13$$

$$x^2_{0,01;1-2} = 9,210$$

Korelacji pomiędzy płcią a wchodzeniem w konflikt z prawem również nie wykazano w teście chi-kwadrat, gdyż uzyskana wartość statystyki 3,13 pozostaje poza obszarem krytycznym, wyznaczanym przez drugi stopień

swobody na poziomie istotności 0,01. Tak więc i tutaj należy przyjąć hipotezę, że zmienne są niezależne i stwierdzić, że pomiędzy płcią a wchodzeniem w konflikt z prawem nie istnieje zależność stochastyczna.

W społeczeństwie często spotykane jest również przekonanie, że osoby wywodzące się z rodzin dysfunkcyjnych, które same doświadczały przemocy, są skłonne do powielania tych zachowań i tym samym dopuszczania się aktów przemocy. Analiza korelacji pomiędzy tymi zjawiskami znajduje się poniżej.

Tabela 8. Test chi-kwadrat – zależność pomiędzy doświadczaniem a dopuszczaniem się przemocy fizycznej

x \ y	\hat{n}_{ij}	Akt przemocy psychicznej >1	\hat{n}_{ij}	Akt przemocy psychicznej =1	\hat{n}_{ij}	Akt przemocy psychicznej <1	n_t
Doświadczenie przemocy fizycznej	14,8	14	2,6	3	2,6	3	20
Brak doświadczenia przemocy fizycznej	2,2	3	0,4	0	0,4	0	3
n_{ij}		17		3		3	23

Źródło: opracowanie własne.

X= doświadczenie przemocy fizycznej jako zmienna nominalna

y= dopuszczanie się aktów przemocy fizycznej jako zmienna nominalna

$$x^2 = 1,25$$

$$x^2_{0,01;1-2} = 9,210$$

Tabela 9. Test chi-kwadrat – zależność pomiędzy doświadczaniem a dopuszczaniem się przemocy psychicznej

x \ y	\hat{n}_{ij}	Akt przemocy psychicznej >1	\hat{n}_{ij}	Akt przemocy psychicznej =1	\hat{n}_{ij}	Akt przemocy psychicznej <1	n_t
Doświadczenie przemocy psychicznej	18,1	18	0	0	0,8	1	19
Brak doświadczenia przemocy psychicznej	3,8	4	0	0	0,2	0	4
n_{ij}		22		0		1	23

Źródło: opracowanie własne.

X= doświadczenie przemocy psychicznej jako zmienna nominalna

y= dopuszczanie się aktów przemocy psychicznej jako zmienna nominalna

$$x^2 = 0,40$$
$$x^2_{0,01;1-2} = 9,210$$

Wynikające z testu niezależności chi-kwadrat wartości statystyczne 1,25 oraz 0,40 pozostają poza obszarem krytycznym, wyznaczanym przez drugi stopień swobody na poziomie istotności 0,01. Zmienne są zatem niezależne, a więc nie stwierdza się korelacji pomiędzy doświadczaniem przemocy a dopuszczaniem się aktów przemocy. Pomiedzy tymi zmiennymi nominalnymi nie istnieje zależność stochastyczna.

Porównując zatem stereotypy panujące w społeczeństwie z profilem użytkownika narkotyków stworzonym na podstawie badań oraz z wynikami testów niezależności chi-kwadrat – wypada uznać, że potwierdzenie może znaleźć stereotyp wskazujący na pochodzenie osoby uzależnionej z rodziny dysfunkcyjnej oraz że osoby uzależnione w swym zachowaniu przejawiają agresję i skłonność do kłamstwa. Na tej podstawie można dokonać weryfikacji hipotez numer 4, 5, 6 i 7. Analiza wyników badań potwierdza wszystkie powyższe hipotezy, a mianowicie to, że pomimo rosnącej świadomości i wiedzy społeczeństwo wciąż postrzega osoby uzależnione jako dewiantów, a nie osoby chore, segreguje osoby uzależnione ze względu na ich pozycję społeczną, utrudniając tym samym osobom uzależnionym przyznanie się do uzależnienia i podjęcie leczenia.

Polityka narkotykowa w Polsce

Modele współczesnej prohibicji antynarkotykowej można podzielić ze względu na ich restrykcyjność oraz represyjność. Mówiąc o restrykcyjności wyszczególnia się: prohibicję bezwzględną, czyli pełny zakaz; tolerancję pewnych zachowań, takich jak na przykład posiadanie nieznacznych ilości danej substancji na własny użytek; dekryminalizację, czyli niekaralność pewnych form zachowania, oraz legalizację, podczas której dozwolone są wszelkie formy obrotu. Jeżeli chodzi o represyjność, to sankcje karne stosowane są wobec osób uzależnionych, które traktowane są jak sprawcy innych przestępstw, ale daje się im jednocześnie możliwość leczenia odwykowego¹⁴.

¹⁴ P. Celińska-Chomiuk, Modele współczesnej prohibicji antynarkotykowej, materiał niepublikowany, Polska Sieć Polityki Narkotykowej 2017.

Polska ustawa z 31 stycznia 1985 roku o zapobieganiu narkomanii¹⁵ charakteryzowała się podejściem profilaktyczno-leczniczym. Wprowadzała ona penalizację obrotu i dystrybucji narkotyków, a jednocześnie dekryminalizację posiadania substancji psychoaktywnych. Rozwiązanie profilaktyczno-lecznicze spotkało się z krytyką za zbyt mało represyjny charakter głównie po roku 1990, kiedy to Polska stała się istotnym w Europie producentem środków syntetycznych oraz ważnym krajem tranzytowym przemytu narkotyków.

24 kwietnia 1997 roku została przyjęta ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii¹⁶, która wprowadzała kryminalizację posiadania substancji psychoaktywnych, jednocześnie dając możliwość depenalizacji w postaci braku karalności za posiadanie nieznacznej ilości narkotyku na własny użytek. A więc można powiedzieć, że posługiwała się ona represją wobec narkomanii, ale na równi z profilaktyką i leczeniem. Głównym problemem związanym z ustawą z 1997 roku jest to, że nie precyzuje ona, co należy traktować jako *nieznaczną* ilość substancji.

Kolejna ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii została wprowadzona 29 lipca 2005 roku¹⁷. Nie wносиła ona żadnych większych zmian do karalności za przestępstwa narkotykowe, w tym za posiadanie narkotyków. Można powiedzieć, że nastąpiło zaostrzenie polityki narkotykowej: trwała penalizacja posiadania każdej ilości narkotyków karą pozbawienia wolności do 3 lat. Części propozycji wprowadzających środki o charakterze profilaktycznym i leczniczym jako alternatywy dla środków karnych nie przyjęto, pomimo że były ważnym elementem łączącym represję prawnokarną z rozwiązywaniem problemów osób używających narkotyków. Rozszerzona została natomiast instytucja zawieszenia postępowania na osoby szkodliwie używające narkotyków, a nie tylko osoby od nich uzależnione. Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii z 2005 roku obowiązuje do dziś, była jednak kilkakrotnie nowelizowana – m.in. w sierpniu 2018 roku, co miało dopomóc w skuteczniejszej walce z dopalaczami – a ostatnio w 2022 roku. Najświeższa nowelizacja skupiła się przede wszystkim na kwestiach związanych z makiem oraz konopiami, ich uprawą, zbiorem

¹⁵ Ustawa o zapobieganiu narkomanii z 31 stycznia 1985 r., <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19850040015/U/D19850015Lj.pdf> [dostęp: 21.09.2023].

¹⁶ Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii z 24 kwietnia 1997 r., <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19970750468/O/D19970468.pdf> [dostęp: 21.09.2023].

¹⁷ Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii z 29 lipca 2005 r., <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20051791485/O/D20051485.pdf> [dostęp: 21.09.2023]; tekst jedn. Dz.U. 2023, poz. 1939.

oraz skupem – rozszerzając możliwości działań w tym zakresie w celu wytwarzania surowca farmaceutycznego.

Zarówno posiadanie, jak i przechowywanie narkotyków jest karalne – niezależnie od celu, jaki temu towarzyszy. A więc wytwarzanie, wprowadzanie do obrotu i stosowanie osobiste bez zamiaru handlu podlega karze. Artykuł 62 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii wyróżnia trzy typy kary. Ustęp 1 tego artykułu to typ podstawowy, według którego za posiadanie środków odurzających lub substancji psychotropowych grozi kara do trzech lat pozbawienia wolności. Ustęp 2 to typ kwalifikowany, zgodnie z którym: jeżeli przedmiotem czynu jest znaczna ilość tych substancji, to sprawca podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10. W ustępie 3 mamy zaś do czynienia z uprzywilejowanym typem przestępstwa; przewiduje się w nim, że w przypadku mniejszej wagi sprawca podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. Wyłączenie karalności za posiadanie substancji zakazanych może nastąpić na podstawie artykułu 62a ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Zgodnie z nim, jeżeli przedmiotem czynu, o którym mowa w art. 62 ust. 1 lub 3, są środki odurzające lub substancje psychotropowe w ilości nieznacznej, przeznaczone na własny użytek sprawcy, postępowanie można umorzyć również przed wydaniem postanowienia o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia, jeżeli orzeczenie wobec sprawcy kary byłoby niecelowe ze względu na okoliczności popełnienia czynu, a także stopień jego społecznej szkodliwości¹⁸.

Słabe strony polskich regulacji dotyczących narkomanii

Stosowanie wspomnianego w powyższym podrozdziale artykułu 62a ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii jest różnie interpretowane i używane przez sędziów. Poniżej kilka przykładów orzecznictwa sądów polskich:

◆ wyrok Sądu Najwyższego z 21 stycznia 2009 r., II KK 197/08¹⁹:

„Dysponowanie narkotykiem związane z jego zażywaniem lub zamiarem niezwłocznego zażycia nie jest posiadaniem w rozumieniu art. 62 u.p.n.”. Sąd podkreślił, że poza zakresem kryminalizacji jest sama czyn-

¹⁸ Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii z 29 lipca 2005 r. (tekst ujednolicony), <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20051791485/U/D20051485Lj.pdf> [dostęp: 21.09.2023].

¹⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z 21 stycznia 2009 r., <https://prawo.money.pl/orzecznictwo/sad-najwyzszy/wyrok;sn;izba;karna,ik,ii,kk,197,08,8646,orzeczenie.html> [dostęp: 21.09.2023].

ność zażywania narkotyków, a więc związana z nią zawsze jakaś forma dzierżenia, posiadania [narkotyku] czy dysponowania narkotykiem nie może być traktowana jako posiadanie w rozumieniu art. 62 u.p.n.

◆ wyrok Sądu Apelacyjnego z 17 listopada 2005 r., II AKa 288/05²⁰:

„Samo chwilowe posiadanie środka odurzającego lub substancji psychotropowej w związku z jej użyciem nie jest czynem karalnym w rozumieniu ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. W wypadku zrealizowania przez sprawcę, który posiadał środek odurzający lub substancję psychotropową, innego czynu zabronionego przez tę ustawę (połączonego z wyzbyciem się środka narkotycznego), sprawca odpowiada za zrealizowany czyn następczy”.

Pogląd przeciwny:

◆ wyrok Sądu Apelacyjnego z 13 marca 2007 r., II Aka 28/07²¹:

„Termin posiadanie powinno stosować się do każdego, choćby krótkotrwałego, faktycznego władztwa nad rzeczą”. Sąd wskazał w tym przypadku, że kryterium limitującym karalność posiadania środków odurzających i substancji psychotropowych z całą pewnością nie jest długotrwałość ich dzierżenia.

Poniższe orzeczenia sądów polskich wskazują, że samo użycie narkotyku nie jest zachowaniem typizowanym jako czyn zabroniony:

◆ wyrok Sądu Apelacyjnego z 28 grudnia 2006 r., II Aka 347/06²²:

„Skoro zważy się, iż na podstawie przepisów ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii nie są karalne zachowania polegające na używaniu środków odurzających i substancji psychotropowych, tym samym nie do pogodzenia z zasadami pragmatycznej interpretacji przepisów prawa jest przyjęcie, że za karalne może być uznane na podstawie art. 62 tej ustawy posiadanie tych środków trwające w czasie ich zażywania”.

◆ wyrok Sądu Najwyższego z 15 stycznia 2010 r., V KK 363/09²³:

²⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego z 17 listopada 2005 r., <https://prawo.money.pl/orzecznictwo/sad-najwyzszy/wyrok;sn;izba;karna,ik,ii,kk,197,08,8646,orzeczenie.html?szukaj=wyrok> [dostęp: 21.09.2023].

²¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego z 13 marca 2007 r., <https://prawo.money.pl/orzecznictwo/sad-najwyzszy/wyrok;sn;izba;karna,ik,ii,kk,197,08,8646,orzeczenie.html> [dostęp: 21.09.2023].

²² Wyrok Sądu Apelacyjnego z 28 grudnia 2006 r., <http://sip.kwantum.gda.pl/Dokument/DocIdByCms%2C187308%2C0%2C0%2Cnull%2Cfalse%2Cfalse/> [dostęp: 21.09.2023].

²³ Wyrok Sądu Najwyższego z 15 stycznia 2010 r., <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia/1%20KZP%2024-10.pdf> [dostęp: 21.09.2023].

„Żaden przepis ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii nie zawiera wprost sformułowanego zakazu używania (zażywania) środków odurzających”.

◆ wyrok Sądu Najwyższego z 21 stycznia 2009 r., II KK 197/08²⁴:

„[...] Nie ma wątpliwości, że proces zażywania narkotyku zawsze nierozwalnie wiąże się z jakąś formą «posiadania», «dysponowania», «dzierżenia» czy po prostu «trzymania» – wywodząc jedynie, że posiadanie związane z zażywaniem nie jest posiadaniem w rozumieniu art. 62 u.p.n.”.

W polskim prawie wciąż brakuje ścisłego określenia znacznej i nieznacznej ilości substancji zakazanych, co wiąże się z dobrowolną (i często też problematyczną) interpretacją tego określenia przez sędziów. Może przez to dochodzić do sytuacji, w których dwie osoby są skazywane na inne kary za posiadanie tej samej lub zbliżonej ilości danej substancji. Poniższe przykłady przedstawiają interpretacje znacznej ilości substancji zakazanych:

„II AKa 205/06 – taka, która wystarcza do sporządzenia co najmniej kilkunastu tysięcy porcji – ilość hurtowa;

III KK 257/06 – taka, która wystarcza do jednorazowego odurzenia się co najmniej kilkudziesięciu osób;

II AKa 182/06 – 855 ml amfetaminy – 896 g narkotyku – 8.960 porcji – ilość znaczna wystarczająca do jednorazowego odurzenia prawie dzie więciu tysięcy osób; przy ocenie należy uwzględnić masę wagową, rodzaj narkotyku, liczbę osób;

II AKa 83/07 – 20 dag amfetaminy nie stanowi znacznej ilości;

II AKa 10/08 – ilość pozwalająca na sporządzenie co najmniej kilkuset jednorazowych porcji mogących odurzyć kilkaset osób

II AKa 132/00 – powyżej 2 kg substancji, z której można wykonać co najmniej kilkadziesiąt (20) tysięcy porcji”²⁵.

Kolejne przykłady przedstawiają interpretacje nieznacznej ilości substancji zakazanych przez polskie sądy:

„II AKa 241/06 – po „posiadaniu środka odurzającego”, tzw. ilość śladowa, pozostałości po substancji;

²⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 21 stycznia 2009 r., <https://prawo.money.pl/orzecznictwo/sad-najwyzszy/wyrok;sn;izba;karna,ik,ii,kk,197,08,8646,orzeczenie.html> [dostęp: 21.09.2023].

²⁵ Wybrane orzeczenia zaczerpnięto ze szkolenia oraz niepublikowanych materiałów Polskiej Sieci Polityki Narkotykowej: P. Celińska-Chomiuk, Modele współczesnej prohibicji antynarkotykowej, materiał niepublikowany, PSPN 2017.

IV KK 127/08 – tylko wtedy, gdy jest to ilość pozwalająca na choćby jednorazowe użycie danej substancji w takiej dawce – zdolnej wywołać u człowieka skutek inny niż medyczny;

II KK 235/08 – aby uznać konkretny czyn za wypadek mniejszej wagi należy oceniać go przez pryzmat przesłanek wskazanych w art. 115 ust. 2 k.k. Masa posiadanych środków odurzających nie może być jedynym kryterium oceny stopnia społecznej szkodliwości. Istotne znaczenie ma rodzaj posiadanych substancji;

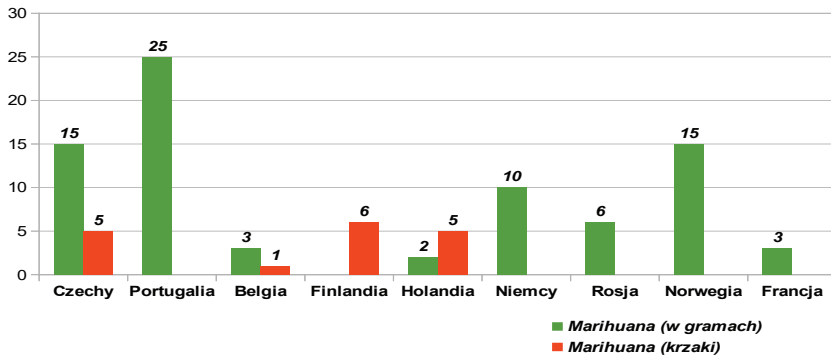
II AKa 380/08 – posiadanie narkotyku – przynajmniej 1 działka. Kryterium tego nie spełnia osad marihuany na lufce;

II KK 289/08 – ilość pozwalająca co najmniej na jednorazowe użycie w dawce zdolnej wywołać u człowieka skutek inny niż medyczny;

IV KK 26/11 – śladowa ilość środka odurzającego niemierzalna za pomocą wagi analitycznej nie wyczerpuje znamion „posiadania” w rozumieniu art. 62 ust. 3 (przypadek mniejszej wagi)²⁶.

Jak widać, określenie znacznej i nieznacznej ilości może zawęzić lub poszerzać granice karalności. Może prowadzić do niesprawiedliwych osądów czy niezgodności pomiędzy sądami i ich orzecznictwem. Wiele innych krajów przyjęło strategię stworzenia tabeli wartości granicznych danych narkotyków – co ułatwia pracę sędziom i prokuratorom oraz pomaga ujednolicić orzecznictwo w tej kwestii.

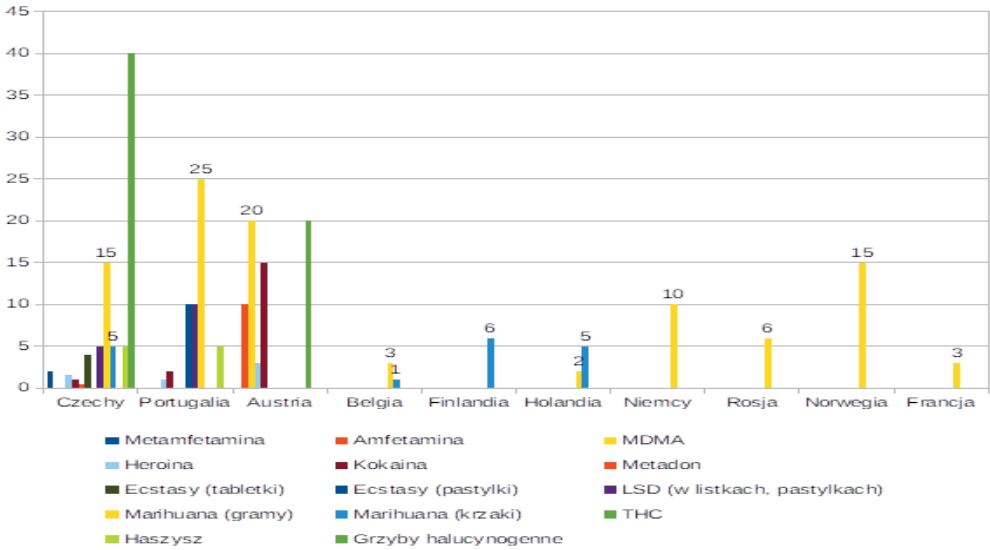
Wykres 24. Wartości graniczne marihuany w wybranych krajach europejskich – 2019 r.



Źródło: opracowanie własne.

²⁶ Ibidem.

Wykres 25. Wartości graniczne wybranych substancji psychoaktywnych w wybranych krajach europejskich – 2019 r.



Źródło: opracowanie własne.

Zastosowanie rozwiązań prozdrowotnych wobec użytkowników narkotyków

Pomimo że w Polsce wciąż w niewystarczającym stopniu wykorzystywane są rozwiązania prozdrowotne wobec osób uzależnionych i zagrożonych uzależnieniem, artykuły 70a–73a ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii wskazują właśnie na powinność stosowania takich rozwiązań. Zgodnie z art. 70a, jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie, że sprawca jest osobą uzależnioną lub używającą szkodliwie substancji psychoaktywnych, sąd, a w postępowaniu przygotowawczym prokurator, zarządza zebranie przez osoby, które na zasadach wskazanych w ustawie uzyskały certyfikat specjalisty terapii uzależnień, informacji na temat używania przez oskarżonego środków odurzających, substancji psychotropowych lub środków zastępczych²⁷. A więc istotną rolę pełni w tym przypadku specjalista terapii uzależnień – jako osoba odpowiednio przeszkolona i zaznajomiona

²⁷ Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii z 29 lipca 2005 r. (tekst ujednolicony), <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20051791485/U/D20051485Lj.pdf> [dostęp: 21.09.2023].

z problemem. Regulacja ta daje prymat leczeniu i profilaktyce osób uzależnionych lub zagrożonych uzależnieniem. Nałożenie obowiązku zebrania informacji ma na celu przede wszystkim stworzenie podstaw do tego, aby w stosunku do użytkowników narkotyków zaczęto stosować przepisy realizujące zasadę „leczyć zamiast karać”. Regulacja ma charakter obligatoryjny, a dalsze konsekwencje dla ewentualnych rozwiązań prozdrowotnych zawarte są we wspomnianych wyżej artykułach 71–73a ustawy.

Poniżej wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 26 czerwca 2013 r., II Aka 57/2013 – wobec naruszenia artykułu 70a ustawy²⁸:

„Sąd I instancji naruszył art. 70a ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii przez zaniechanie dokonania obligatoryjnej czynności dowodowej przewidzianej w tym przepisie, niezbędnej do określenia stopnia winy sprawcy zarzuconych przestępstw narkotykowych. Przepis ten nakłada na organ procesowy obowiązek przeprowadzenia takiego dowodu, bo warunkuje on ustalenie winy sprawcy”.

Pomimo że regulacja ma charakter obligatoryjny, wciąż w wielu przypadkach dochodzi do pominięć i zaniedbań w prawidłowym używaniu i stosowaniu się do przepisów ustawy.

Poniżej wypowiedzi dotyczące zebrania informacji przez specjalistę terapii uzależnień i kwalifikacji prawnej czynu:

◆ stanowisko Sądu Apelacyjnego – wyrok z 26 września 2013 r., II Aka 202/13²⁹:

„Dla oceny, czy zachodzi wypadek mniejszej wagi, nie jest wystarczające ustalenie ilości posiadanego środka odurzającego, ale również motyw działania oskarżonego”.

◆ wyrok Sądu Apelacyjnego z 23 czerwca 2016 r., II Aka 87/16³⁰:

„Przy ocenie, czy posiadanie narkotyku można uznać za wypadek mniejszej wagi w rozumieniu przepisu art. 62 ust. 3 ustawy, należy brać pod uwagę ilość środka odurzającego lub substancji psychotropowej, a także rodzaj narkotyku oraz okoliczności podmiotowe czynu”.

W celu podsumowania powyższej diagnozy oraz poddania ocenie penalizacji przestępstw narkotykowych, głównie tych określonych w artykule 62 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, oraz stosowania rozwiązań innych niż sankcje karne – zgodnie z artykułami 71–73a tejże ustawy – należy

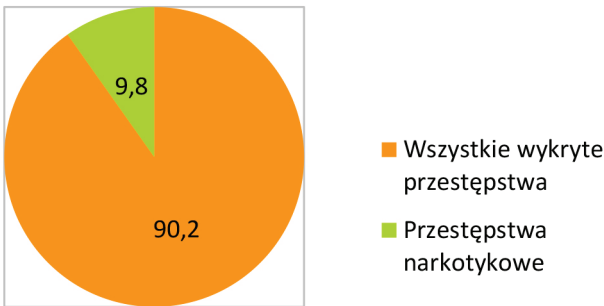
²⁸ P. Celińska-Chomiuk, Modele..., op. cit.

²⁹ SAOS, wyrok z 26 września 2013 r., w: <https://www.saos.org.pl/judgments/141797> [dostęp: 21.09.2023].

³⁰ SAOS, wyrok z 23 czerwca 2016 r., w: <https://www.saos.org.pl/judgments/250600> [dostęp: 21.09.2023].

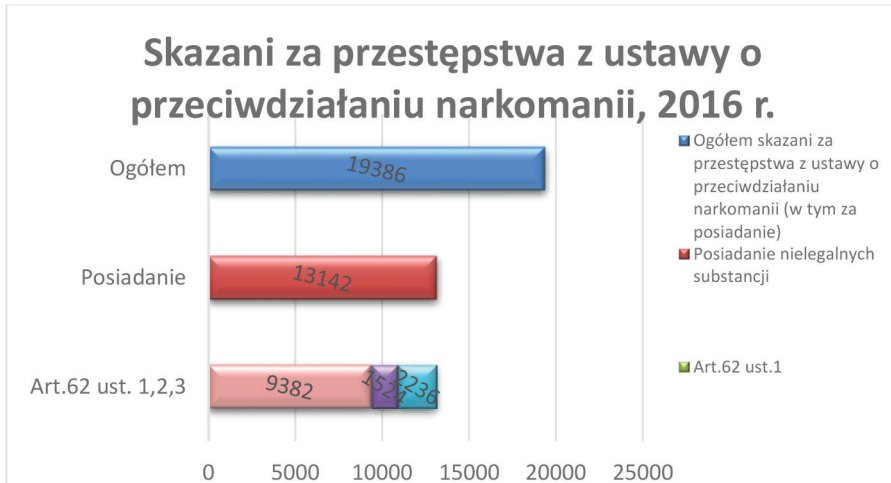
odnieć się do danych statystycznych. Na poniższych wykresach widać te dotyczące kwalifikacji czynu posiadania narkotyków na podstawie danych Polskiej Sieci Polityki Narkotykowej z 2016 roku³¹.

Wykres 26. Udział procentowy przestępstw związanych z narkotykami wśród wszystkich wykrytych przestępstw – 2016 r.



Źródło: opracowanie własne.

Wykres 27. Skazani za przestępstwa z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii – 2016 r.



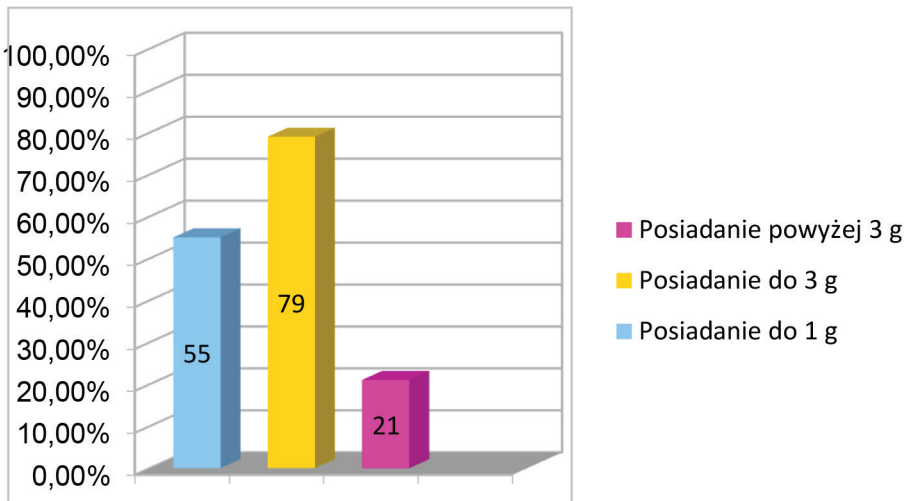
Źródło: opracowanie własne.

³¹ Stasiak, A., Polska polityka narkotykowa w liczbach, Polska Sieć Polityki Narkotykowej, 30 wrzesień 2017, w: <http://www.politykanarkotykowa.pl/prawo/polska-polityka-narkotykowa-w-liczbach/> [dostęp: 21.09.2023].

Jak widać powyżej, znaczna część spraw za przestępstwa narkotykowe to wciąż przestępstwa ścigane na mocy artykułu 62 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. I tylko w nielicznych przypadkach kwalifikacja czynu dotyczyła typu uprzywilejowanego, czyli zastosowania art. 62 ust. 3.

Według badań akt sądowych sądów krakowskich z 2016 roku sądy tylko w 20,4% wszystkich spraw zakwalifikowały posiadanie jako wypadki mniejszej wagi. Inne kwalifikacje zostały tu przyjęte – pomimo że znaczna część spraw dotyczyła posiadania poniżej trzech gramów substancji³².

Wykres 28. Badania akt sądowych sądów krakowskich – 2016 r.



Źródło: opracowanie własne.

Pozwala to zweryfikować trafność 8, 9 i 10 hipotezy. Wszystkie te hipotezy wydają się trafne i potwierdzone poprzez wykonane badania. Wynika z tego, że polska polityka narkotykowa wymaga dopracowania, ściślejszych reguł związanych zarówno ze stosowaniem rozwiązań prozdrowotnych wobec osób uzależnionych, jak i szkolenia w tym kierunku osób reprezentujących wymiar sprawiedliwości.

³² K. Krajewski, *Przestępstwo posiadania narkotyków w świetle badań aktowych*, PiP, 2008, 9, ss. 31–45.

Podsumowanie

Niniejsza praca dostarcza informacji na temat zjawiska narkomanii, jednak badania w tym zakresie powinny być wciąż pogłębiane i prowadzone regularnie, gdyż – o czym już wspomniano – jest to zjawisko zmienne. Praca powstała z myślą o użytkownikach narkotyków, którzy nie otrzymali pomocy w postaci leczenia, lecz zostali ukarani, i z myślą o tych, u których za sprawą społecznej stygmatyzacji wzrosło poczucie beznadziei i bezwartościowości, co w konsekwencji doprowadziło do ich utrudnionej readaptacji społecznej.

Abstrakt

Niniejsza praca powstała z myślą o zwróceniu uwagi na zjawisko narkomanii w Polsce oraz na osoby borykające się z chorobą uzależnienia. Skupia się na trzech głównych celach: 1) próbie stworzenia profilu użytkownika narkotyków, czyli scharakteryzowania osób uzależnionych, bazującego na określeniu ich cech wspólnych; 2) zestawieniu tego profilu z poglądami i stereotypami panującymi w społeczeństwie na temat użytkowników narkotyków; 3) polskiej polityce narkotykowej, a zwłaszcza podejściu wymiaru sprawiedliwości do tego problemu. Omówiono stosowanie rozwiązań prozdrowotnych wobec osób uzależnionych – jako alternatywy dla kary. Badania wykorzystane w pracy wykonano metodą indywidualnych przypadków w połączeniu z metodą monograficzną i sondażem diagnostycznym.

Słowa kluczowe: narkomania, uzależnienie, polityka narkotykowa, stereotyp, profil.

BIBLIOGRAFIA

- Apanowicz J., Metodologia ogólna, Gdynia 2002.
Celińska-Chomiuk, P., Modele współczesnej prohibicji antynarkotykowej, materiał niepublikowany, Polska Sieć Polityki Narkotykowej 2017.
Cudak, Dysfunkcje rodziny i jej zagrożenia opiekuńczo-wychowawcze, „Pedagogika Rodziny”, 2011, nr 1 (2).
Konarzewski K., Jak uprawiać badania oświatowe. Metodologia praktyczna, Warszawa 2000.

Krajewski, K., *Przestępstwo posiadania narkotyków w świetle badań aktowych*, „Państwo i Prawo”, 2008, 9.
Pilch T., *Zasady badań pedagogicznych*, Warszawa 1988.
Sobol E., *Słownik wyrazów obcych*, Warszawa 1995.
Szczepański J., *Elementarne pojęcia socjologii*, Warszawa 1966.
Szymczak M., *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1995.
Znaniecki F., *Wychowujące społeczeństwo [w:] Socjologia wychowania*, tom 1, Warszawa 1973.

Źródła internetowe

Bielińska M., Lisiecka A., Radiukiewicz A., Sochocki M. J., *Jestem zwykłym ćpunem – o roli piętna w procesie wychodzenia z nałogu*, Fundacja Wiedza Lokalna, http://wiedzalokalna.pl/sites/default/files/jestem_zwyklym_cpunem_wersja_ostat.pdf [dostęp: 21.09.2023].
Krzywdzące stereotypy o uzależnieniach, 19 czerwca 2018, Prywatny Ośrodek Leczenia Uzależnień i Współzależnień AGNUS, <https://agnusterapia.pl/blog/item/259-krzywdzace-stereotypy-o-uzaleznionych> [dostęp: 21.09.2023].
Stasiak, A. *Polska polityka narkotykowa w liczbach*, Polska Sieć Polityki Narkotykowej, 30 wrzesień 2017, <http://www.politykanarkotykowa.pl/prawo/polska-polityka-narkotykowa-w-liczbach/> [dostęp: 21.09.2023].
Ustawa z 31 stycznia 1985 roku o zapobieganiu narkomanii, <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19850040015/U/D19850015Lj.pdf> [dostęp: 21.09.2023].
Ustawa z 24 kwietnia 1997 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 14 lipca 1997 r., nr 75, poz. 468), <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19970750468> [dostęp: 21.09.2023].
Ustawa z 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, tekst ujednolicony, <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20051791485/U/D20051485Lj.pdf> [dostęp: 21.09.2023].
Wanatow K., Wanatow W., *Mówimy narkoman, myślimy menel*, 29 stycznia 2013, <https://krytykapolityczna.pl/narkopolityka/polskienarko/mowimy-narkoman-myslmy-menel/> [dostęp: 21.09.2023].
Wyrok SA z 17 listopada 2005 r., <https://prawo.money.pl/orzecznictwo/sad-najwyzszy/wyrok;sn;izba;karna,ik,ii,kk,197,08,8646,orzeczenie.html?szukaj=wyrok> [dostęp: 21.09.2023].
Wyrok SA z 28 grudnia 2006 r., <http://sip.kwantum.gda.pl/Dokument/DocId-ByCms%2C187308%2C0%2C0%2Cnull%2Cfalse%2Cfalse/> [dostęp: 21.09.2023].
Wyrok SA z 13 marca 2007 r., <https://prawo.money.pl/orzecznictwo/sad-najwyzszy/wyrok;sn;izba;karna,ik,ii,kk,197,08,8646,orzeczenie.html> [dostęp: 21.09.2023].
Wyrok SN z 21 stycznia 2009 r., <https://prawo.money.pl/orzecznictwo/sad-najwyzszy/wyrok;sn;izba;karna,ik,ii,kk,197,08,8646,orzeczenie.html> [dostęp: 21.09.2023].

Wyrok SN z 15 stycznia 2010 r., <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia/I%20KZP%2024-10.pdf> [dostęp: 21.09.2023].

Wyrok SO we Wrocławiu z 26 września 2013 r., SAOS, <https://www.saos.org.pl/judgments/141797> [dostęp: 21.09.2023].

Wyrok SA z 23 czerwca 2016 r., SAOS, <https://www.saos.org.pl/judgments/250600> [dostęp: 21.09.2023].



Urszula Staśkiewicz*
Leszek Kołtun**
Grzegorz Kostyra***

Challenges and Threats to Safety Education in the Age of Digital Society. Analysis and conclusions based on the Polish education system

[Wyzwania i zagrożenia dla edukacji o bezpieczeństwie w dobie społeczeństwa cyfrowego. Wnioski z analizy polskiego systemu edukacyjnego]

Abstrakt

W artykule przedstawiono wyzwania stojące przed edukacją z zakresu bezpieczeństwa w świecie zagrożeń wynikających z pojawienia się społeczeństwa cyfrowego. Jak już wskazywali liczni badacze, współczesne zmiany związane z rozwojem technologicznym dotyczą wszystkich dziedzin życia, w tym sposobów dokonywania transakcji (upowszechnienie płatności bezgotówkowych) oraz pozyskiwania i ochrony danych. Artykuł definiuje pojęcie społeczeństwa cyfrowego oraz omawia kilka wybranych zagrożeń z nim związanych. W tym kontekście autorzy odnieśli się do potrzeby edukacji społeczeństwa w celu przygotowania go na nowe wyzwania i zagrożenia. Szczególny nacisk położono na program nauczania w szkołach podstawowych i średnich w Polsce.

Słowa kluczowe: społeczeństwo cyfrowe, phishing, polski system edukacji, skimming, sharenting, media społecznościowe, superconnected.

Safety is a state and process that necessitates complex legal, institutional, and organizational actions. It is not given once and for all, and the whole system of preparing for threats must be adequate to the changes occurring in the security environment. In the Polish scientific thinking, safety education is defined as “the education and development of defence awareness of youth, so that they can not only quickly and accurately

* **Urszula Staśkiewicz** – PhD, Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Warszawie.

** **Leszek Kołtun** – MA, Akademia Wymiaru Sprawiedliwości.

*** **Grzegorz Kostyra** – MA, Akademia Wymiaru Sprawiedliwości.

predict various threats, but also define them and actively participate in projects related to ensuring safety in social environments” (Pieczywok, 2011: 70), as well as “a specific system of didactic and educational activity provided by the family, school, army, mass media, social organizations and associations for the dissemination of ideas, values, knowledge and skills directly relevant to maintaining the external and internal security of the state” (Lorek, 2018: 65). Safety education is also a subject taught in Poland in primary and secondary schools, the core curriculum of which is outlined in the Regulation of the Minister of National Education of 30 January 2018 *on the core curriculum for general education in general secondary schools, technical secondary schools and stage II sectoral vocational schools* (Regulation 2018) and the Regulation of the Minister of National Education of 14 February 2017 *on the core curriculum for pre-school education and the core curriculum for general education in primary schools, incl. for pupils with moderate and severe intellectual disability, and for general education in stage I sectoral vocational schools, general education in special schools preparing for employment, and general education in post-secondary schools* (Regulation 2017).

The article presents the challenges faced by safety education in the world of threats posed by the emergence of digital society. As many researchers have already pointed out, the present-day changes associated with technological development affect all areas of life, including social behaviour and development of identity (Molotkiené, 2020: 32), ways of making transactions (widespread use of cashless payments) (Rabong, 2013: 262), as well as the acquisition and protection of data (and the phenomenon called disinformation) (Majdan, 2018: 145).

Modern society seems to live in two parallel worlds – the real and the virtual one. The advancement of the Internet has made everything faster, closer and more accessible. However, it has also brought new threats – cybercrime, which develops in cyberspace – a world that is fundamental for the existence of digital society. People need to learn to live and navigate in these worlds.

In recent years there have been many publications dealing with issues of digital society, which suggests that researchers, especially sociologists and psychologists (e.g. Mary Chayko and Tom Redshaw quoted in this publication), recognize that technological development changes human life and carries both opportunities, challenges and threats. However, the

analysis of the Polish education system has led the Authors to put forward the hypothesis that safety education in Poland (understood both as a school curriculum and as a process of shaping awareness, preparedness for various threats and acquiring skills to counteract them) is somehow lagging behind the changes occurring in the world.

The article will define the notion of digital society, as well as identify and discuss a few selected threats related thereto. The authors will also give a thought to safety education – suggest paths of development and ways to educate society to prepare it for the new challenges and threats. However, due to the limitations of this research paper, the study only addresses the issues of preparation of students in primary and secondary schools. Other forms of education in Poland were not analysed. The authors acknowledged that it is school that is the place where the most part of the education of young people takes place, and for this reason it was decided to examine how the curriculum and syllabus in Poland prepare the youth for the threats associated with digital society. At the stage of conceptualization of the research it was also recognized that the process of safety education is particularly relevant to young people, who are just developing their attitudes but already constitute a large part of the digital society – as early as in 2010 71% of 9–16 year olds in Poland had a profile on a social networking site (Livingstone, Haddon, 2011: 41), with another study conducted in 2018 showing that 10% of Facebook users were aged 13–17, while their percentage among Instagram users was 17% (www.mobirank.pl).

Despite addressing only a part of the issue, the article may serve as an introduction to further, in-depth research. For, as noted by M. Lorek, “New challenges in the context of safety linked with cyberspace must be taken into consideration in the curricula of safety education. This will allow for effective building of safety and security system and translate into the proper level of sense of security of citizens living in modern societies. It is essential to keep a close eye on new threats and respond to them, especially in building the security system at its core” (Lorek, 2018: 67).

Digital society – characteristics of the phenomenon

Digital information technology is becoming more and more deeply and dynamically ingrained in our society. It will probably not be long before every-

one is permanently connected to each other via the Internet. What remains clear is that widespread digitization will radically transform virtually every aspect of society. As pointed out in a report prepared by a group of Dutch universities, “digitisation will have major consequences for the way people live, work and learn, how we promote health and fight disease, how we deal with freedom and security, and for the role of information and knowledge, of industry, safety and mobility, of cultural identity and social equality, of consumption and sustainability, and of governance and democracy” (VSNU, 2016). A number of scholars note that digital society is a new type of society, different from that of the 20th century – the digital society, where information technology has led to fundamental societal shifts, is a carrier of particular characteristics. It got new organizing principles (relations and arenas) for public institutions and private agents, and it has also altered the relation between public and private. In digital society, information technology has become something more than a tool for communication, storage, and sharing of information (Svalastog, Donev, Jahren Kristoffersen, Gajović, 2018: 432).

In order to characterize digital society, it is necessary to point out, after T. Redshaw, that “digital society is characterised by information flowing through global networks at unprecedented speeds” (Redshaw, 2018: 28). It is also worth to mention that there are various attributes of digital society, among which are the following:

- ◆ Digital society deals with tools and technologies.
- ◆ The technologies and tools of digital society may be change.
- ◆ Some of the common technologies of digital societies are – network technology, software technology, communication technology, database technology, multimedia technology.
- ◆ All the emerging areas are – IOT, 5G, Cloud computing, big data.
- ◆ Digital society has for many passages such as digital divide, information divide (Paul, Aithal, 2018).

The concept of digital society is inextricably linked with the concept of “superconnected” introduced by M. Chayko (Chayko, 2017: 53). Quoting T. Redshaw: “Embodying this process are the growing array of devices which comprise the ‘internet of things’ and ‘smart cities’, linking mundane objects to networks of data analysis and in the process making our everyday lives ever more ‘superconnected’. This new ‘techno-social’ arrangement is the backdrop of digital society, against which various social issues must be understood” (Redshaw, 2018: 28). Super connected is also

a multitude of threats and phenomena that create digital society – ‘fake news’ and online ‘echo chambers’ (that threaten the functioning of democracies), new forms of addiction that permeate digitally mediated forms of gambling and consumption (Chayko, 2017: 57).

Selected risks associated with the phenomenon of digital society

Threats related to e-banking – transactions with payment cards

E-banking and cashless payments using payment cards, as its integral part, play an extremely important role both on the Polish and global markets for banking services. The use of modern information and telecommunication technologies is constantly growing, which is reflected in more and more innovative solutions in the field of electronic payments. Electronic payments, also known as e-payments, are payments made over the internet. They comprise all financial transactions made at a distance using electronic devices such as computers, cell phones or tablets. Electronic payments can be made through a variety of channels: credit transfers, credit cards or through electronic payment providers. In most cases, they replicate traditional payment methods – such as payment by bank transfer or credit card – adapted to the specifics of the Internet. The basis of their operation is a payment service provider (PSP), mediating between the bank of the customer making the purchase and the merchant, or mediating only between the parties to the transaction (Chinowski, 2013: 10).

A *payment card*, according to the European Parliament and Council Regulation, is defined as “a category of payment instrument that enables the payer to initiate a debit or credit card transaction” (UE 2015/751).

It is usually issued in the form of a plastic card. Each payment card specifies its issuer (precisely indicates the name of e.g. the bank) and its authorised holder. A cardholder may be a natural person, a legal person or any other entity that makes transactions using the card for its own account on the basis of the payment instrument agreement. The payment card agreement is a bilateral agreement between the card issuer and the cardholder. The card issuer undertakes to settle transactions made by the cardholder

with the use of the card. The cardholder, in turn, undertakes in the agreement to pay the amounts of the transactions or, in the case of a loan, to pay its liabilities together with interest and additional fees (Wójcicka K.).

Currently on the market there are several types of payment cards and several methods of their classification. Following the view of M. Zajda, payment cards can be divided according to the issuer, the cardholder, the function of the card, technical features, the nature of the agreement between the holder and the issuer and according to customer segmentation (Zajda, 2003: 13). It is also worth to point out the division of payment cards according to their construction – the technology of recording data on the card (technical features). According to this typology we can distinguish: embossed cards, magnetic cards, microprocessor cards and hybrid cards (Kuchciński, 2013: 111). Currently, according to data from the National Bank of Poland (NBP), the basic category of cards in Poland are debit cards (82.2%). The second most common category of cards in Poland are credit cards (12.7%) (NBP, 2021).

At the end of Q3 2020, there were 43.279 million payment cards issued on the Polish market, which is 30 thousand fewer cards than in June 2020 (a minimal decrease of 0.1%). A total of 37.9 million contactless cards were in circulation in Poland at the end of September 2020. Over the quarter this number increased by 261,000 cards. The share of contactless cards in the total number of payment cards amounted to 87.5% (86.8% in the previous quarter) (NBP, 2021). For comparison, at the end of Q4 2018, there were 41.2 million payment cards on the market in Poland and in Q4 2018 there were 1.445 billion transactions (cash and non-cash) made using payment cards for a total amount of PLN 191.7 billion, according to data received by the NBP from banks (NBP, 2019).

In the past decade in Poland an increasing number of users were inclined to use payment cards instead of the previously commonly used cash. The development of a functioning payment infrastructure is clearly visible. The number of available ATMs is increasing, as is the number of retail outlets where payment cards are accepted. On the other hand, against the background of the European Union, our country is still far behind in the rankings comparing the main indicators of the development of payment infrastructure, much below average parameters for the whole Union (Rabong, 2013: 280).

Payment card is one of the oldest electronic payment instruments. An unquestionable advantage for its users is not having to carry large sums

of money, which is also a form of protection against possible theft. A payment card does not limit its holder only to making transactions in the country of issue, as it is accepted by many others. In addition, numerous service networks offer additional discounts for card payments (Kukulski, 2002: 52).

When analysing the positive aspects of payment card transactions, one cannot help but notice that the development of the payment card market has been possible thanks to a kind of cooperation between all participants involved in card transactions. This cooperation would not be possible if individual groups were not convinced of the benefits they gain from such a form of payment. In order to better illustrate these profits, it may be useful to present them in bulleted form, broken down into individual groups of beneficiaries:

1. Banks:

- ◆ revenue from interchange fees charged to merchants,
- ◆ revenue from exchange rate differences in the situation of settlement of transactions made in foreign currencies,
- ◆ access to a tool enabling granting short-term loans and thus profiting from interest,
- ◆ strong customer loyalty to the bank,
- ◆ possibility of offering cardholders additional services (cross selling),
- ◆ possibility of gathering detailed information about the clients based on their transactions.

2. Merchants:

- ◆ increase in turnover as a result of customers making transactions for amounts greater than the value of the cash they currently have,
- ◆ increase in turnover as a consequence of taking advantage of the psychological effect of people's natural inclination to make a larger number or more expensive transactions when they do not see the amount due in cash,
- ◆ reduction or elimination of problems related to keeping and transporting cash.

3. Holders:

- ◆ prestige associated with certain types of cards,

- ◆ easy and quick method of settling liabilities and access to funds accumulated on the account connected to the card at different times and in different countries,
- ◆ safety related to the lack of necessity to transport cash and possibility to block the card in case of its loss or theft,
- ◆ access to quick credit in case of credit and charge cards,
- ◆ additional services and privileges related to the cards,
- ◆ promotions and price discounts for customers making payment card transactions.

It should be noted, however, that a payment card does not only mean facilitations regarding cashless payments, but also threats connected with crimes. The data published on the official website of the Polish Police (www.policja.pl) reveals that the most popular and the most serious e-banking offences involving payment cards in Poland are: skimming, phishing and counterfeiting of payment cards (www.policja.pl).

Skimming is a crime that involves illegal copying of information from a magnetic strip of a bank card (ATM, credit card, etc.) in order to make a duplicate of the original card, which will behave identically to the original card in an electronic environment. Transactions made using such copies of cards are charged to the legitimate cardholder, with the cardholder often unaware. It is possible to copy the entire contents of the strip and save it on another card with the help of commonly available devices. Cards can be copied in stores, restaurants, gas stations, basically anywhere where card payments can be made. A dishonest seller is able to copy a card strip in the backroom, under the counter, or even in front of an unsuspecting customer (www.policja.pl).

According to experts on the subject of skimming, in order to protect the card against being copied, the cardholder should always have it in view when making transactions in order to watch for additional (illegal) scanning (Szymczykiewicz: 3). Nevertheless, there is also another type of skimming – the so-called “ATM skimming”. “ATM skimming is a crime involving illegal modification of the construction of an ATM to capture the PIN code and magnetic stripe data of a payment card in order to make a duplicate card that will be used to withdraw funds from the bank account to which the card is linked. The modification of an ATM is mainly done by placing a card-scanning device, called a skimmer, over the card slot. Professional attachments are miniature devices that can both trans-

mit data by radio and store it on a built-in memory card” (Mikołajczyk, 2014: 14).

Banking specialists suggest that in order to protect yourself from this type of skimming you should protect (gently cover) the keyboard with your hand while entering the PIN number. Additionally, “one should always make sure that bystanders are not standing too close. When making a withdrawal, pay attention to the appearance of the ATM itself: check it for any additional, non-standard equipment, e.g. unusual strips with small holes drilled in them, elements acting as magnets, a keyboard in the form of a glued-on or not very firmly attached fake keypads, elements that can be torn off or peeled off, etc. If something raises your doubts, you should immediately notify your bank, the company that operates the ATM (appropriate information is placed on each device), or the police” (<https://bankomania.pkobp.pl>).

Another crime is phishing. According to the generally accepted characteristics, “in a broader sense, phishing is a form of fraud where the person deceiving the victim uses a trustworthy entity (bank, municipality, post office, etc.). [...] A classic phishing scam attempt begins with an email from a bank, email service provider or another known entity. These messages usually require you to click on a link to verify your personal data. Failure to confirm such information leads to suspension or deletion of the account. In order to gain veracity, phishing emails contain logos and images related to the business the criminal claims to be. Instead of taking you to the website of the bank or other business you expect to see from the email, the link takes you to the scammer’s website. Anything typed there will be sent to the author of the site, along with a login and password to the trusted website. Once able to access the account, the attacker can use it in various ways, depending on the type of account. In the case of an e-banking account, the scammer can purchase whatever they want and make a money transfer from our account: the email address can be used to log into forums, review email correspondence, send spam to other users” (<https://bitdefender.pl>). As a way to protect against this form of scam, IT professionals recommend SPAM filtering, installing a special anti-phishing module, as well as setting up two-factor authentication on important accounts (<https://bitdefender.pl>).

The third type of payment card crime outlined is counterfeiting. Payment card counterfeiting is, under the Polish Penal Code, a crime against

trade in money and securities. In line with art. 310 of the Code, “§ 1. Whoever counterfeits or forges Polish or foreign money, a Polish or foreign medium of exchange that has been designated as legal tender but has not yet been introduced into circulation, another legal tender or a document authorizing to receive a sum of money or containing an obligation to pay capital, interest, a share in profit or a declaration of participation in a company, or removes a sign of removal from circulation from money, another legal tender or such a document, shall be subject to the penalty of deprivation of liberty for a minimum term of 5 years or the penalty of 25 years of deprivation of liberty. § 2. Whoever enters money, other legal tender or medium of exchange or a document specified in § 1 into circulation or accepts it for such purpose, stores, transports, transfers it or assists in its disposal or concealment, shall be subject to the penalty of deprivation of liberty for a term of between 1 and 10 years. § 3. In cases of lesser importance, the court may apply extraordinary mitigation of punishment. § 4. Whoever makes preparations to commit the offense specified in § 1 or 2, shall be subject to the penalty of deprivation of liberty for a term of between 3 months and 5 years” (Journal of Laws of 1997 No. 88, item 553).

In conclusion, the widespread use of e-payments is a major change for financial institutions, cardholders and merchants alike. Undoubtedly, the use of payment cards is convenient, and the card cannot get damaged as easily as a note. However, the revolution in payments has also brought threats that did not exist before, and unaware users may become victims of theft crime. It is therefore worth to consider methodical education of the public in connection with the increasingly widespread use of payment cards. Perhaps this would protect many payers from losing their savings.

Threats posed by social media

Social media is the term often used to refer to new forms of media that involve interactive participation. An apt description of the specifics of social media was presented by J. Manning: “All social media involve some sort of digital platform, whether that be mobile or stationary. Not everything that is digital, however, is necessarily social media. Two common characteristics help to define social media. First, social media allow some form of participation. Social media are never completely passive, even if sometimes social networking sites such as Facebook may allow passive viewing of what

others are posting. Usually, at bare minimum, a profile must be created that allows for the beginning of the potential for interaction. That quality in and of itself sets social media apart from traditional media where personal profiles are not the norm. Second, and in line with their participatory nature, social media involve interaction. This interaction can be with established friends, family, or acquaintances, or with new people who share common interests or even a common acquaintance circle. Although many social media were or are initially treated or referred to as novel, as they continue to be integrated into personal and professional lives they become less noticed and more expected” (Manning, 2014: 1160).

Social media have become a place where everyone can find a group of people sharing similar interests, problems or needs. Profiles are also created by companies seeking to attract customers or individuals to earn money from “followers”. However, it is important to keep in mind that social media are a source of many threats.

One of them are cyber attacks, e.g. in the form of hacking into a user’s account and acquiring data from private conversations, e.g. photos sent between friends and the content of conversations that should not be made public (including passwords and codes sometimes sent by users not aware of the threats).

Another threat is the fact that social media are a rich source of open source intelligence (OSINT). OSINT is all information that is not secret and that has been made available. It is also a sort of reconnaissance and a form of intelligence that involves gathering information from publicly available sources. Robert David Steele emphasises that OSINT is “unclassified information that has been deliberately discovered, discriminated, distilled and disseminated to a select audience in order to address a specific question” (Steele, 2006: 129–147). In order to fully comprehend the value of OSINT, it is of crucial importance to point out the American view of it, according to which “information does not have to be secret to be valuable” (CIA, 2019).

In the context of discussion on safety education in digital society, it is worth mentioning how much information is made available by users of social media. Often it is the whole network of relationships (both family and business), information about the place of work, place of study and of residence. These details provide a source of knowledge for many criminals.

Another major threat comes from so-called sharenting – publishing photos of one’s child. According to research, as many as 75% of parents who regularly use the Internet publish materials involving their children (London School of Economics, 2018). In Poland, this percentage amounts to about 40%. Interestingly, children may have digital footprints even before they are born. This is a result of parents publishing photos from ultrasound examinations. It even happens that, children who are not even born yet have their own profile on a social media site. It should be noted, however, that publishing their image may expose the child to cyberbullying, e.g. hate speech. Peers may easily find someone’s childhood photos on profiles of their parents, download and share them, or alter them as they like. The photos can also be used by paedophilia websites. Users (parents) should be aware that such a situation may occur, especially if they post photos of children at the beach and information about the kindergarten or school they attend. Moreover, it is worth noting that posting large numbers of photos taken in one’s own home only makes the task easier for possible thieves. After all, with the right number of resources, it is easy not only to reconstruct the floor plan of your home, but even the exact location of your valuables.

Information obtained from social media serves also as materials facilitating identity theft. As noted by the authors of the publication entitled *Identity theft, identity fraud and/or identity-related crime*: “There are many things you can do with identities. Not only can you use someone else’s or a non-existing identity, but people can also swap identities or destroy identities.” What is important here is that identity is not something that is typically stolen. This is because the defining characteristic of theft is that the owner no longer possesses the stolen item, yet with an identity, this is usually not the case: the victim of identity theft still retains it (Koops, Leenes, 2006: 25).

It should be borne in mind that identity on the Internet is very vulnerable, as data shared once can quickly be transferred to different places in the world, and identity thieves can use it while physically residing on another continent. According to research conducted by Fellowes in cooperation with the Credit Information Bureau (Pol. *Biuro Informacji Kredytowej*), the majority of Poles poorly secure their identity online.¹ Only

¹ The study was conducted from October 22, 2013 to October 4, 2014. During one year the survey was completed by 1107 people.

37% of respondents are anonymous in the web – the user’s identity does not appear in Google after entering their name and surname. The second group (12%) consists of people whose identification is possible through their e-mail address or GaduGadu/Skype number. And even though this seems to be a safe solution, it actually exposes the user to a number of threats. This is because the e-mail address is assigned in the network to a particular individual and allows, for example, to gain access to private data on social networking sites or learn about one’s the place of work. Half (51%) of respondents share all their personal information with any Internet user, thus exposing themselves to many dangers associated with identity theft. 79% of respondents have accounts on Facebook, Twitter or Nasza Klasa. People using these functions of the Internet declare frequent sharing of data on their profiles. Respondents most often publish their photos (78%) and information about hobbies or leisure activities (58%). Most participants protect the privacy of their families – 68% of them declare that they never publish family photos. However, as many as 27% of respondents post them several times a year (Wilk, 2014).

Summing up, social media is one of the primary tools for staying in touch in the world of digital society. It is where we meet new friends, share memories with family and establish business contacts. Yet, it is important to remember to use the Internet wisely and safely. Therefore, we should consider making the awareness of the threats posed by social media a part of safety education.

Analysis of the Polish education system in terms of safety education

As mentioned at the beginning of the paper, safety education is a subject taught in Polish primary and secondary schools.² However, there are also elements of safety education (in its broader sense) that can be found in other subjects. In the context of digital society, an important role is played by computer science. In their analysis, the authors decided to focus on the curricula of these two subjects.

² In the Polish educational system, a student who graduates from primary school goes on to attend either a general secondary school or a technical secondary school. There is also the possibility of attending a vocational school, but the curriculum of vocational schools was not subject to analysis as part of this publication.

Computer science in classes 4–8 of elementary school is taught for 45 minutes per week (1 lesson per week) (Regulation, 2019). According to legal regulations, the purpose of computer science classes at school is to “provide students with conditions for acquiring knowledge and skills needed to solve problems using methods and techniques derived from computer science, including logical and algorithmic thinking, programming, using computer applications, searching and using information from various sources, using computers and basic digital devices, as well as applying these skills during classes in other subjects, e.g. when working on texts, performing calculations, processing information and presenting it in various forms. School is also expected to prepare them to make conscious and responsible choices when using resources available on the Internet, to critically analyse information, to navigate safely in digital space, including establishing and maintaining respectful relationships with other online users.” (Regulation 2017). Among the specific requirements there is work with a word processor, spreadsheet and graphics editor, as well as work on the Internet (to find necessary information and educational resources, as a communication medium). It is also worth pointing out that the curriculum contains classes on safety, and in line with this approach it is expected that at the end of elementary school the Student:

- 1) uses technology in accordance with generally established rules and the law; observes the principles of health and safety at work;
- 2) recognizes and respects the right to privacy of data and information and the right to intellectual property;
- 3) names threats associated with widespread access to technology and information and describes methods of protecting against them;
- 4) applies anti-virus prevention and knows how to protect a computer and the information stored therein from threats;
- 5) identifies ethical issues related to the use of computers and computer networks, such as: security, digital identity, privacy, intellectual property, equal access to information, and sharing information;
- 6) acts ethically when working with information;
- 7) distinguishes between types of licenses for software and web resources.

It should be added, however, that the entire computer science curriculum consists of five sections, of which the section on security is at the end

and is also the shortest. Thus, on the one hand the program contains elements of raising users' awareness of the threats posed by the Internet, but on the other this issue is given less importance than other topics.

In general secondary schools (and technical secondary schools), computer science is taught for three years at the rate of one hour per week. In line with the law (Regulation 2018), the most important goal of computer science education for students is the development of computer thinking skills, focused on creative problem solving in various fields while consciously and safely using methods and tools derived from computer science. Such approach, initiated in the primary school, is continued in the general secondary school and technical secondary school at both the basic and extended levels. The subject of computer science is taught to all students in every grade, starting from grade 1 of primary school, and is continued in general and technical secondary schools. The detailed content is divided (as in [primary] school curricula) into five sections:

- I. Understanding, analysing and solving problems.
- II. Programming and problem solving using computer and other digital devices.
- III. Using a computer, digital devices and computer networks.
- IV. Developing social skills.
- V. Observance of the law and safety rules.

In the context of these considerations, the most important is point V, under which the Student:

- 1) complies with netiquette rules and legal regulations regarding: personal data protection, information protection, copyright law and intellectual property protection in access to information; is aware of the consequences of breaking these rules;
- 2) respects current laws and ethical standards regarding the use and distribution of computer software, others' and own applications, as well as electronic documents;
- 3) applies good practices in protecting sensitive information (e.g. passwords, PIN codes), data and operating system security; explains the role of information encryption;
- 4) describes the damage that online piracy activities can cause to individuals, selected institutions, and general public;
- 5) explains the role of authentication techniques, cryptography and electronic signature in protecting and accessing information;

6) explains the importance of encryption and electronic signature algorithms.

Therefore, similarly to the primary school curriculum, students are introduced to the threats associated with various aspects of cyberspace, yet that section is at the very bottom of the list of topics covered in class.

Another subject, safety education, is designed to prepare students to behave appropriately and to respond appropriately in situations that pose a threat to health and life. The subject comprises various educational contents from the field of national security, contents concerning the organization of rescue operations, health education and first aid. The primary school curriculum provides one hour per week in one year (eighth grade) and comprises four sections:

- I. Understanding the nature of national security.
- II. Preparing students to act in situations of extraordinary threats (disasters and mass accidents).
- III. Developing skills in basic first aid.
- IV. Shaping individual and social attitudes promoting health.

The general secondary school (or technical secondary school) curriculum similarly provides for one hour per week in one year and the curriculum likewise includes four sections:

- I. National security.
- II. Preparation for rescue operations in emergency situations (mass accidents and disasters).
- III. Basic first aid.
- IV. Health education. Individual and collective health. Health-promoting behaviour.

The analysis of the safety education curricula in primary and secondary schools leads, therefore, to the conclusion that this subject prepares students for threats related to the real world, not the world of cyberspace.

In conclusion, it should be acknowledged that the authors of the Polish educational programme have recognised the threats associated with cybercrime, but given the time allocated to providing students with the information on how to characterise and counteract them, as well as the fact that the curriculum covers only a part of the issues, the hypothesis posed at the beginning of the research has been partially confirmed. This is because digital society is a much broader issue carrying more threats than those discussed at school.

Conclusions

The 21st century is characterized by rapid technological changes that have more and more impact on all areas of life. However, it is important to remember that technology, although making life easier on the one hand, poses enormous challenges on the other. The skills and possibility to use them directly translate into efficiency, functionality and quality. Technologies facilitate solving specific problems and support achieving operational and strategic goals. However, improper use of modern technology (or failure to take advantage of it) can lead to a decrease in the level of security, lower efficiency or emergence of new, previously unknown problems.

The financial market is not spared from these changes either, as it is taking advantage of these developments to introduce new methods of payment. The development of electronic payment instruments is inextricably linked to the growing popularity of banking financial instruments. The rate of growth in the number of payment card users allows us to predict that in the future they will replace cash in everyday transactions. However, it has to be kept in mind that using payment cards does not only bring benefits but may also become a source of serious threats (Jakubski, 2006: 36). It is worth noting, for instance, that according to statistics from the National Bank of Poland, about PLN 15 million was stolen using payment cards in the second half of 2014, of which almost 42% of forgeries were made in the category of online transactions (the value of theft is almost PLN 6 million), 29% were transactions with stolen cards, and 18% of detected crimes were related to the use of counterfeit cards. Other types of payment card crimes mentioned in the NBP report include thefts using undelivered and lost cards and thefts committed using forged data (e.g. false ID) – but these types of thefts are rather marginal (www.nbp.pl).

In summary, the changes that led to the development of digital society resulted in emergence of new threats to the safety of people and the community they live in. Safety education must respond to such situations so that a satisfactory level of citizen safety can be guaranteed. As observed by many researchers, including Professor Inald Lagendijk, “the digital society must be based on a fundamental understanding of the interaction between information technology, people and society. A solid foundation of ICT education and science is essential in this regard” (VSNU, 2016). It must not be forgotten that safety is not only a state, but also a process of

becoming secure, and safety education should be transformed in parallel with the changes taking place in the field of security. Therefore, Poland faces a challenge of better preparing its citizens for the threats related to the emergence of the digital society. Particular attention should be paid to educating young people. Indeed, it is no secret that younger generations tend to be more enthusiastic about using new technologies (such as smartphones) and to underestimate the risks they carry.

In conclusion, the issue of safety and safety education in the age of digital society is a great challenge. This is because not only threats need to be identified, but also curricula need to be adapted in order to educate citizens effectively and adequately.

Abstract

The article presents the challenges faced by safety education in the world of threats posed by the emergence of digital society. As many researchers have already pointed out, the present-day changes associated with technological development affect all areas of life, including ways of making transactions (widespread use of cashless payments) and the acquisition and protection of data. The article defines the notion of digital society, and discusses a few selected threats related thereto. In this context, the authors referred to the need to educate the society in order to prepare it for those new challenges and threats. Special emphasis was placed on the curriculum of primary and secondary schools in Poland.

Keywords: digital society, phishing, Polish education system, skimming, sharenting, social media, superconnected.

BIBLIOGRAPHY

Chayko M. (2017), *Superconnected: the Internet, digital media, & techno-social life*, Thousand Oaks, CA, Sage.

Chinowski B. (2013), *Elektroniczne metody płatności. Istota, rozwój, prognoza. Poradnik klienta usług finansowych*, Komisja Nadzoru Finansowego, Warszawa.

CIA, INTelligence: Open Source Intelligence, available: <https://www.cia.gov/news-information/featured-story-archive/2010-featured-story-archive/open-source-intelligence.html> [20.05.2021].

- Gospodarowicz A. (2005), *Bankowość elektroniczna*, PWE, Warszawa.
<http://www.policja.pl/pol/aktualnosci/11364,Co-to-jest-skimming.html> [25.02.2021].
- <https://bankomania.pkobp.pl/finanse-na-co-dzien/bezpieczenstwo/skimming-jak-sie-przed-nim-chronic/> [12.02.2021].
- <https://bitdefender.pl/phishing-co-to-jest-i-czy-potrafisz-go-rozpoznać/> [02.02.2021].
- <https://mobirank.pl/2018/06/08/kim-sa-uzytkownicy-social-mediow-w-polsce-maj-2018/> [04.02.2021].
- <https://www.nbp.pl/> [28.02.2021].
- https://www.nbp.pl/systemplatniczy/karty/q_04_2018.pdf [15.02.2021].
- Jakubski K. J., *Bezpieczna karta?* [in:] J. Kosiński (ed.): *Przestępczość z wykorzystaniem elektronicznych instrumentów płatniczych* (2006), Wydawnictwo Wyższej Szkoły Policji w Szczytnie, Szczytno.
- Koops Bert-Jaan, Leenes Ronald (2006), *ID Theft, ID Fraud and/or ID-related Crime. Definitions matter*, *Datenschutz und Datensicherheit – DuD*, September.
- Kuchciński A. (2013), *Rynek kart płatniczych w Polsce*, Akademia Finansów i Biznesu Vistula – Warszawa, „Kwartalnik Naukowy Uczelni Vistula”, 4 (38).
- Kukulski J. (2002), *Aspekty prawne bankowych kart płatniczych w polskim systemie pieniężnym*, Wyd. Kodeks Sp. z o. o., Warszawa.
- Livingstone, S., Haddon, L., Görzig, A. & Ólafsson, K. (2011). *Risks and safety on the internet: The perspective of European children. Full findings*. LSE, London, EU Kids Online.
- London School of Economics, Livingstone S., Blum-Ross A., Zhang D., (2018), *What do parents think, and do, about their children’s online privacy? Parenting for a Digital Future: Survey Report 3*, London School of Economics, http://eprints.lse.ac.uk/87954/1/Livingstone_Parenting%20Digital%20Survey%20Report%203_Published.pdf [05.05.2021].
- Lorek M. (2018), *Wyzwania stojące przed edukacją dla bezpieczeństwa w dobie społeczeństwa informacyjnego*, „Edukacja – Technika – Informatyka” no. 2 (24), Wydawnictwo UR.
- Majdan P. (2018), *Wpływ dezinformacji i propagandy na geopolitykę w regionie Europy Wschodniej* [in:] Paulina Szymczyk, Kamil Maciąg (eds.), *Człowiek a technologia cyfrowa – przegląd aktualnych doniesień*, Wydawnictwo Naukowe TYGIEL, Lublin.
- Manning, J. (2014), *Social media, definition and classes of* [in:] K. Harvey (ed.), *Encyclopedia of social media and politics*, Thousand Oaks, CA: Sage.
- Mikołajczyk K. (2014), *Przestępstwa z wykorzystaniem bankowości elektronicznej – skimming*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego”, 6 (10).

- Molotkienė E. (2020), *The transformation of narrative identity into digital identity: challenges and perspectives*, „Colloquium”, 2 (38).
- NBP (2021), National Bank of Poland, Information on payment cards Q3 2020, Payment Systems Department, Warszawa.
- NBP (2019), National Bank of Poland, Information on payment cards IV quarter 2018, Payment System Department, Warsaw.
- Paul P. K., Aithal P. S. (2018), *Digital Society: It's Foundation and Towards an Interdisciplinary Field*, *Advances in Information Technology, Management, Social Sciences and Education* December.
- Pieczywok A. (2011), *Wybrane problemy z zakresu edukacji dla bezpieczeństwa. Konteksty, zagrożenia, wyzwania*, AON, Warszawa.
- Rabong M. (2013), *Stan rozwoju obrotu bezgotówkowego w Polsce na tle innych krajów UE* [in:] Helena Żukowska, Marian Żukowski (eds.), *Obrót bezgotówkowy w Polsce*, Wydawnictwo KUL Lublin 2013.
- Redshaw T. (2018), *What is digital society? Reflections on the aims and purpose of digital sociology*, University of Salford, UK, SAGE Publications.
- Steele R.D. (2006), *Open Source Intelligence*. // *Handbook of Intelligence Studies* / Johnson, Loch K. (ed.). New York, Routledge.
- Svalastog A., Donev D., Jahren Kristoffersen N., Gajović S. (2017), *Concepts and definitions of health and health-related values in the knowledge landscapes of the digital society*, *Croat Med. J.*, Dec. 58(6).
- Szymczykiwicz R., *Czym jest skimming*, available: <https://www.infor.pl/prawo/prawo-karne/przestepstwa-komputerowe/298321,Czym-jest-skimming.html> [19.02.2021].
- VSNU, *The Digital Society* – September 5, 2016, available: <https://www.thedigitalso-ciety.info/wp-content/uploads/2018/04/VSNU-The-Digital-Society.pdf> [10.02.2021].
- Wilk A., *Kradzież tożsamości*. Research report, Fellowes, Biuro Informacji Kredytowej, <https://archiwum.giodo.gov.pl/pl/file/6594> [01.06.2021].
- Wojciechowska-Filipek (2010), *Technologia informacyjna w usługach bankowości elektronicznej*, Difin, Warszawa.
- Wójcicka K., *Karty płatnicze w Polsce*, available: https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Wojcicka_Karty_platnicze_w_Polsce.pdf [10.02.2021].
- Zajda M. (2003), *Prawno-kryminalistyczne aspekty przestępczości z użyciem elektronicznych instrumentów płatniczych*, Szkoła Policji w Słupsku, Słupsk.



Andrzej Michalik*

Prosta spółka akcyjna jako nowa forma prawna w sektorze ekonomii społecznej¹. Część 2

[Simple Join Stock Company as a New Legal Form in Social Economy Sector. Part 2]

Abstract

The simple join stock company is a new form of company operating since 2019. By introducing this form, the legislator wanted entrepreneurs starting their business activity in the sector of new technologies to choose it as an alternative to other forms defined in the Commercial Companies Code. The subject of the article is an attempt to answer the question whether this form can be an alternative to social cooperatives or limited liability companies operating in the social economy sector. In the article, the author describes the process of establishing it, management structures, protecting the interests of its members from the perspective of the social economy sector.

Keywords: simple join stock company, social cooperative, social economy sector.

Zmiana struktury organów wykonawczych i kontrolnych w prostej spółce akcyjnej a efektywność zarządzania podmiotem

Zgodnie z art. 300⁵² k.s.h. ustawodawca daje akcjonariuszom zakładającym PSA możliwość wyboru modelu zarządzania podmiotem – między *dualistycznym* i *monistycznym*. W tym pierwszym przypadku ma on na myśli zarząd jako organ obligatoryjny oraz radę nadzorczą jako fakultatywny organ nadzoru. Nowością, która nie występuje w żadnej innej spółce, jest powołanie do życia rady dyrektorów. Ma ona pełnić zarówno funkcje

* **Andrzej Michalik** – dr nauk prawnych, adiunkt w Wyższej Szkole Społeczno-Ekonomicznej w Gdańsku.

¹ Pierwszą część artykułu opublikowano w numerze 4/2022/64, ss. 110–120.

nadzorcze, jak i zarządcze. Wadą tego rozwiązania jest to, że już na etapie tworzenia umowy założyciele muszą wybrać strukturę zarządzania PSA. Trudno od nich oczekiwać, by już na początku procedury zdecydowali, który system byłby dla ich spółki bardziej korzystny. Co ważniejsze, ustawodawca nie dał możliwości zmiany struktury organizacyjnej spółki na mocy uchwały walnego zgromadzenia, które mogłoby podjąć taką decyzję w trakcie jej prowadzenia. Należy to uznać za istotne ograniczenie możliwości rozwoju spółki, zwłaszcza w sektorze ekonomii społecznej, gdzie osoby rozpoczynające taką aktywność dopiero poznają rynek i z uwagi na dużą dynamikę sektora mogą wypracować stosowny model zarządzania podmiotem w trakcie jego działalności².

W systemie dualistycznym wprowadzenie fakultatywności istnienia rady nadzorczej jest dobrym rozwiązaniem. Tutaj to akcjonariusze decydują, czy powinna być powołana. W przypadku spółki *non profit* składającej się z przedstawicieli organizacji pozarządowej lub fundacji ma ona kluczowe znaczenie, pozwala bowiem na kontrolę decyzji zarządu, jeśli zaś chodzi o spółki zakładane przez osoby fizyczne, jej powołanie staje się zbędne – co ogranicza biurokrację, gdyż kontrola organizowana jest *ad hoc* podczas jej funkcjonowania.

Swoboda działań organów wykonawczych w obu modelach jest bardzo duża. Jej ograniczenia mogą natomiast wynikać zarówno bezpośrednio z umowy, jak i uchwały akcjonariuszy. W takim przypadku to akcjonariusze mogą podejmować stosowne działania (wskazując nakazy lub zakazy określonego zachowania) nie tylko na początku realizowania zadań przez spółkę, ale także w trakcie jej prowadzenia. Są one wiążące dla członków organów zarządczych, a ich nieprzestrzeganie może prowadzić do odwołania z pełnionej funkcji oraz odpowiedzialności odszkodowawczej. Nie mogą one iść zbyt daleko, bo prowadziłyby to do odebrania kompetencji tym organom. Treść normy zawarta w art. 300⁵³ k.s.h. ma istotne znaczenie dla podmiotów z sektora ekonomii społecznej, tutaj bowiem interes jej członków wydaje się najważniejszy, a wobec ograniczenia kompetencji zarządu lub rady dyrektorów przez umowę spółki lub uchwałę akcjonariuszy – mają oni pewność, że jest on w pełni chroniony.

² M. Bieniak, Komentarz do art. 300⁵² kodeksu spółek handlowych. Warszawa 2020. Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrthe4tmnroobqalrvgu2dsobqhaza> [dostęp: 28 grudnia 2021].

Nie oznacza to jednak, iż akcjonariusze działający przez walne zgromadzenie mają zawsze rację, a ich decyzje służą dobru spółki. Władze organów, tj. zarządu lub rady dyrektorów oraz rady nadzorczej, na mocy art. 300⁵⁴ k.s.h. zobowiązane są podejmować działania opierające się na staranności i lojalności wobec spółki. Tym samym, gdy nie zgadzają się oni z powyższą uchwałą, zobowiązani są podjąć działania ją uchylające – kierując wnioskiem chociażby do sądu celem usunięcia z porządku prawnego właściwej uchwały. Wspomnianą wcześniej lojalność rozszerzono także w art. 300⁵⁵ k.s.h., który statuuje, że członek organu zarządzającego jest zobowiązany ujawnić sprzeczność interesów nie tylko z własnym interesem, ale również z interesem jego najbliższych, wymienionych enumeratywnie w art. 300⁵⁵ § 1 k.s.h. Dzięki temu rozwiązaniu możliwe jest podjęcie przez pozostałych członków organów działań niwelujących jego negatywne skutki. Poza tym zakazuje się również ujawniania tajemnic spółki po zakończeniu mandatu oraz podejmowania działań sprzecznych z interesem spółki, za które można uznać pracę w innych podmiotach bez zgody spółki. Jest to utrudnione w przypadku organów jednoosobowych – wówczas osoby pełniące te funkcje zobowiązane są do przekazania stosownej informacji radzie lub walnemu zgromadzeniu. Nie stoi to na przeszkodzie uszczegółowieniu zakazu w umowie o pracę. Pozwala to indywidualnie dopasować takie rozwiązanie do potrzeb organizacji i jej specyfiki³.

Kadencyjność organów wykonawczych może być kształtowana dowolnie przez umowę założycielską PSA. Jej zapisy swobodnie regulują długość kadencji, określając ją w latach obrotowych lub w inny sposób, na przykład w latach kalendarzowych. Powinno się unikać powoływania członków organów na czas nieokreślony, gdyż w takim wypadku konieczność wyboru nowego składu jest zdecydowanie utrudniona. Członkowie organów zarządzających mogą również utracić mandat przed zakończeniem jego kadencji. Następuje to w wyniku śmierci, odwołania lub złożenia rezygnacji. W tym ostatnim przypadku – zgodnie z art. 300⁵⁶ § 6 k.s.h. – po rezygnacji ostatniego członka następuje zwołanie walnego zgromadzenia. Problematyczne wydaje się, gdy rezygnację składa w tym samym czasie kilku członków zarządu, który wówczas jest tym ostatnim, lub gdy

³ K. Modzelewska, K. Reszczyk-Król, Komentarz do art. 300⁵⁵ kodeksu spółek handlowych, Legalis, <https://sip.legalis.pl/documentview.seam?documentId=mjxw62zogi3damzzgaydamjoobqaxalrvgu2d-sobqha4a> [dostęp: 28 grudnia 2021 r.].

w umowie wskazuje się inny organ jako odpowiedzialny za powołanie lub odwołanie członków zarządu. Takie sytuacje trzeba przewidzieć już na etapie planowania umowy, co może być dość kłopotliwe, podobnie jak wielokadencyjność. Przy tworzeniu umowy należałoby ograniczyć liczbę kadencji w organie. To ważne dla podmiotów działających w sektorze ekonomii społecznej, by każdy z członków mógł aktywnie uczestniczyć w ich pracach i nie dochodziło do prób zawłaszczenia organizacji.

Szeroki zakres działania spółki oraz powołanie wieloosobowego zarządu często utrudnia prowadzenie spraw spółki. Jako właściwe ocenić można wprowadzenie na mocy art. 300⁵⁷ § 2 k.s.h. komitetu organu, którego zadaniem jest przygotowanie i wykonanie uchwał. To ważne – zwłaszcza na tym etapie działalności spółki, gdy realizuje ona wiele złożonych projektów o charakterze gospodarczym lub społecznym, co jest charakterystyczne dla spółek *non profit*. Tutaj okolicznością sprzyjającą takim działaniom jest możliwość powołania w skład komitetu innej osoby, spoza spółki, z głosem doradczym (§ 3). W podmiotach z sektora ekonomii społecznej będzie to najczęściej przedstawiciel partnera gospodarczego lub społecznego, co pozwala na szybsze i sprawniejsze zrealizowanie stawianego przed spółką projektu.

Nie bez znaczenia w tej sytuacji pozostaje również sposób podejmowania decyzji przez sam organ. Uchwała może być podjęta jedynie wówczas, gdy wszyscy jego członkowie zostali właściwie zawiadomieni. Ponadto w przypadku organów nadzoru, jeśli są one powołane, podjęcie uchwały zgodnie z art. 300⁵⁸ § 2 k.s.h. następuje w obecności co najmniej 50% składu. Dobrą praktyką odpowiadającą potrzebom przedsiębiorców jest możliwość podejmowania decyzji za pomocą środków komunikacji elektronicznej lub na piśmie. Taki zapis pozwala na przyspieszenie procesu podejmowania decyzji. Wymaga to bezwzględnej liczby głosów, przy czym w umowie istnieje możliwość zwiększenia tego poziomu głosów lub zdefiniowania innej większości, np. 2/3 lub 3/4 liczby głosów, przy których podejmowane jest rozstrzygnięcie przez organ. Ma to znaczenie, gdy mogą mieć one istotny wpływ na kierunki rozwoju organizacji. Zaznaczyć należy, że w przy jednakowej liczbie głosów głos wiążący należy do prezesa lub innego członka organu – na mocy art. 300⁵⁸ § 4 k.s.h.⁴

W sprawach prowadzenia spółki innym ograniczeniem jest również art. 300⁶⁴ § 1 k.s.h., który wskazuje, że wszyscy członkowie zarządu upraw-

⁴ Ibidem.

nieni są do prowadzenia spraw spółki. Powoduje to, iż koordynowanie podejmowanych przez nich czynności prawnych wpływających na kierunki rozwoju spółki staje się coraz trudniejsze. Aby unikać takich okoliczności, można określić w umowie lub regulaminie ich zakres. Jeśli chodzi o PSA z sektora ekonomii społecznej, najlepiej oprzeć się na kryterium doświadczenia i wiedzy – przyporządkowując je do konkretnego zakresu obowiązków członka zarządu lub dyrektora wykonawczego. Wskazać należy, że uprawnienie do reprezentacji ma bardzo szeroki charakter i obejmuje czynności sądowe oraz pozasądowe.

Ustawodawca wskazał też, że sposoby składania oświadczenia woli w imieniu PSA powinny być zawarte w umowie. Ma to istotne znaczenie dla działania podmiotu na rynku, dotyczy bowiem prowadzenia działalności gospodarczej i zawierania umów. Dobrym rozwiązaniem dla PSA funkcjonujących na rynku ekonomii społecznej jest wyznaczenie spraw, w których może być ono składane przez prezesa zarządu, oraz wskazanie, że w innych sprawach stosowne uprawnienia posiadają dwaj członkowie organu. Powinno się unikać wyznaczania prokurenta, ponieważ zazwyczaj spółki tego typu nie są duże i nie ma sensu przekazywania tych uprawnień osobom spoza zarządu.

Poza organem zarządzającym podmiotem w PSA istnieje możliwość fakultatywnego powołania rady nadzorczej. Zgodnie z art. 300⁶⁸ § 1 k.s.h. składać się ona powinna z minimum trzech osób, przy czym umowa może określać większą liczbę jej członków w przedziale liczbowym, np. od trzech do sześciu. Ustawodawca nakazał, aby rada nie mogła liczyć mniej niż trzech członków. W takim przypadku po odwołaniu lub ustąpieniu członka zarząd powinien na mocy art. 300⁸⁰ w zw. z art. 300⁸⁴ § 1 k.s.h. zwołać walne zgromadzenie – celem podjęcia stosownych działań. Wybór na członka organu odbywa się w głosowaniu tajnym. Pozwala to na obiektywizm i zapewnienie pełnej transparentności wyboru. Oczywiście ustawodawca dał możliwość uregulowania wyboru i odwołania członków organu w umowie. Tutaj dobrą praktyką jest wskazanie określonej grupy akcjonariuszy czy zdefiniowanie podmiotu spoza nich, który wyłoni kandydata lub go odwoła. Może być to dobrym rozwiązaniem w spółkach *non profit*, gdzie założycielami są stowarzyszenia, fundacje lub jednostki samorządu terytorialnego⁵.

⁵ A. Kozieł, Prosta spółka kapitałowa. Komentarz do art. 300⁶⁸, Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrvqg3tkmboobqxlrvgu2dsobrguya> [dostęp: 27 grudnia 2021].

Organ ten prowadzi nadzór polegający na ciągłym monitorowaniu działań zarządu. Szczególnie dotyczy to prawidłowości i rzetelności sprawozdań oraz wniosków o podział zysków. Zgodnie z art. 300⁶⁹ § 4 k.s.h. ich uszczegółowienie następuje w umowie spółki. Podmioty działające w sektorze ekonomii społecznej, które zdecydują się na jego wprowadzenie, mogą tutaj dookreślić chociażby: konieczność wyrażenia zgody na określone czynności zarządu mające wpływ na sytuację ekonomiczną PSA, obowiązek konsultacji w istotnych dla spółki sprawach, wymóg cyklicznych posiedzeń czy formy prowadzenia kontroli bieżących. Takie zapisy można również zastąpić uchwałą rady, zwłaszcza w zakresie obowiązku wyrażenia jej zgody na określone czynności podejmowane przez zarząd. Należy to ocenić pozytywnie, ponieważ w trakcie prowadzenia działalności powinno się wdrażać stosowne mechanizmy, których nie można było przewidzieć na początku funkcjonowania. Dodatkowo rada lub jej członkowie podejmują wszystkie czynności samodzielnie, co zwiększa jej skuteczność. Są uprawnieni do sprawdzania dokumentów oraz żądania wyjaśnień od członków organów i pracowników. Wskazać jednak trzeba, że najważniejsza jest w tym aspekcie ścisła współpraca pomiędzy organami zarządczymi i nadzorczymi, bez której może dochodzić do konfliktów w organizacji, co utrudnia uzyskanie przez nią przewagi konkurencyjnej na rynku⁶. Poza tym ustawodawca przewidział również dla rady możliwość zwołania walnego zgromadzenia na mocy art. 300⁸⁴ § 2 k.s.h. – co wzmacnia jej pozycję względem zarządu – czy art. 300¹⁰¹ k.s.h., pozwalający temu organowi zaskarżać uchwały walnego zgromadzenia⁷. Nie powinno się zapominać również o możliwości delegowania członków rady do pracy w strukturach zarządu na czas nie dłuższy niż 3 miesiące. Następuje to szczególnie w momencie ich zawieszenia, rezygnacji, co uniemożliwia prawidłowe wykonywanie obowiązków przez ten organ.

Konkurencyjnym sposobem zarządzania PSA w porównaniu do modelu dualistycznego jest model monistyczny. Łączy on w jednym organie – tzw. radzie dyrektorów – osoby odpowiedzialne za uprawnienia nadzorcze (tzw. dyrektorów niewykonawczych) i osoby zarządzające (tzw. dyrektorów wykonawczych). Gdy rozpatruje się to rozwiązanie, pierwszą

⁶ R. Stefanicki, *Rada nadzorcza. Uwagi w kierunku wzmocnienia pozycji w spółkach kapitałowych*, „Prokuratura i Prawo”, 2020, 2, s. 8.

⁷ A. Kozieł, *Prosta spółka kapitałowa. Komentarz do art. 300⁷¹*, Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrvqg3tkmboobqalrvgu2dsobrgyza> [dostęp: 27 grudnia 2021].

jego zaletą wydaje się umożliwienie szybkiej wymiany informacji oraz brak konieczności zwołania dodatkowego organu celem realizacji funkcji nadzorczych⁸. Zdaniem części doktryny taka konstrukcja prawna powinna być wprowadzona także w innych spółkach kapitałowych, natomiast ustawodawca nie zdecydował się na takie działania – co można uznać za odpowiedni krok z uwagi na obawy przed zdestabilizowaniem systemu działalności spółek⁹.

Zgodnie z art. 300⁷³ k.s.h. w spółce możliwe jest również niewyodrębnianie kompetencji poszczególnych dyrektorów. Wówczas taki model spółki bliższy jest modelowi dualistycznemu w układzie organów: zarząd i walne zgromadzenie, bez powołania rady nadzorczej. Taki zapis ustawowy ma jednak swoje ograniczenie. W PSA działających w sektorze ekonomii społecznej może dojść do zatarcia funkcji nadzoru realizowanych przez radę, co w PSA istniejącej jako spółka *non profit* wpływa na mniejsze angażowanie się w jej rozwój organizacji pozarządowych, samorządu i przedsiębiorców.

Przywołany wyżej przepis daje możliwość utworzenia organu jednoosobowego. Wówczas to akcjonariusze pełnią rolę nadzorczą. Co prawda w takim układzie dyrektor może korzystać z pomocy pracowników w funkcjonowaniu podmiotu, jednak ten model PSA również nie powinien być wdrażany w sektorze ekonomii społecznej – z tej choćby racji, że lepiej tam są postrzegane podmioty, w których decyzje podejmowane są kolegialnie. Należy zadbać o to, aby w umowie spółki wskazać liczbę dyrektorów w radzie oraz określić ich maksymalną liczebność – wskazując również zadania i zakres odpowiedzialności dyrektorów wykonawczych i niewykonawczych.

Kompetencje rady dyrektorów obejmują kierowanie sprawami spółki, reprezentowanie spółki oraz nadzór nad jej działalnością. Oznacza to bardzo szeroki zakres kompetencji, które muszą być ściśle dookreślone na etapie tworzenia umowy spółki, co stanowi istotne ograniczenie tego modelu.

Prowadzenie spraw spółki dotyczące aspektów wewnętrznych określa art. 300⁷⁵ k.s.h. Nakłada on taki obowiązek na wszystkich dyrektorów, niezależnie od ich klasyfikacji przez umowę spółki. Nie jest to rozwiąza-

⁸ A. Sobiech, M. Sobiech, Prosta spółka akcyjna – o potencjalnych atrybutach nowej spółki kapitałowej, „Doradztwo Podatkowe. Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych”, 2021, 4, s. 38.

⁹ Zob. P. Dzierżak, Prosta spółka akcyjna – mnożenie bytów ponad potrzebę czy właściwe remedium na problemy przedsiębiorców?, „Monitor Prawa Handlowego”, 2016, nr 2, s. 39.

nie polecane dla spółek z sektora ekonomii społecznej, ponieważ może zakłócać szybki proces podejmowania decyzji. Z uwagi na elastyczność zarządzania podmiotem możliwe jest wskazanie osób odpowiedzialnych za poszczególne sprawy, co wydaje się dobrą praktyką w przypadku tej grupy przedsiębiorców. Można to zrobić nie tylko przez umowę, ale co ważniejsze – również przez uchwalenie stosownego regulaminu. Pozwala to na podział zadań w trakcie jej aktywności, co ma kluczowe znaczenie zwłaszcza ze względu na dużą dynamikę sektora i szybkie reagowanie na zmiany przez organy spółki, a to podnosi jej konkurencyjność. Dodatkowo możliwe jest utworzenie komitetu rady, składającego się z dyrektorów wykonawczych do realizacji konkretnego projektu, który uznaje się za gremium operacyjne. Podmioty działające w sektorze ekonomii społecznej powinny stosować to rozwiązanie jedynie wówczas, gdy istnieją na rynku od dłuższego czasu i realizują dużą liczbę zadań; w przeciwnym razie może dochodzić do rozdzielenia zarządzania podmiotem, co wpływa na jego efektywność i kwestie nadzoru. Zauważyć można, że podział kompetencji nie zwalnia pozostałych dyrektorów z obowiązku dbania o interesy spółki i wzajemnej kontroli swoich decyzji.

Drugim obszarem działalności rady dyrektorów jest reprezentacja spółki na zewnątrz. Tutaj art. 300⁷⁸ k.s.h. wskazuje możliwość składania oświadczeń woli przez dwóch dyrektorów lub dyrektora i prokurenta. Właściwą praktyką wydaje się dookreślenie tej kwestii w umowie. W związku ze specyficnością sektora, zwłaszcza w spółkach *non profit*, warto włączyć tu rozwiązanie dotyczące składania oświadczeń woli w istotnych sprawach przez dyrektora wykonawczego i niewykonawczego, szczególnie gdy dotyczy to spraw o strategicznym znaczeniu dla spółki. Zakres reprezentacji jest bardzo szeroki, obejmuje bowiem zarówno czynności sądowe jak pozasądowe. Ustawodawca zastrzegł bezpośrednio, że dyrektor niewykonawczy może na mocy art. 300⁶⁰ § 1 k.s.h. zawrzeć umowę z firmą audytorską – gdzie podstawą jest uchwała dyrektorów niewykonawczych – oraz reprezentować PSA w konflikcie z dyrektorem wykonawczym na podstawie art. 300⁷⁹ § 1 i 4 k.s.h., co wiąże się bezpośrednio z pełnieniem przezeń funkcji nadzorczych w spółce.

Rada sprawuje również nadzór nad funkcjonowaniem spółki. Zgodnie z art. 300⁷⁶ k.s.h. możliwe jest sprawowanie nadzoru przez dyrektorów niewykonawczych lub powołanie komitetu dyrektorów. To rozwiązanie jest korzystne w sytuacji, gdy podmiot wykonuje złożone zlecenia lub wystąpił określony problem, który wymaga dogłębnego zbadania, a następnie

przedstawienia stosownej informacji całemu gremium. Zakres uprawnień komitetu obejmuje badanie dokumentów oraz pozyskanie informacji od pracowników i dyrektorów wykonawczych. Dodatkowo ustawodawca przyznał prawo do indywidualnej kontroli dyrektorowi niewykonawczemu na analogicznych zasadach jak członkowi rady nadzorczej¹⁰.

Komitety rady muszą być kolegialne i składać się z dyrektorów pełniących jedynie określoną funkcję. W przeciwieństwie do tych powoływanych przez zarząd – w systemie dualistycznym zakazany jest udział w nich innych osób, nawet z głosem doradczym; sprawia to, że nie powinno się włączać w proces decyzyjny osób spoza spółki, co znacząco ogranicza zastosowanie tego rozwiązania w spółkach *non profit*.

Z uwagi na swoistość sektora ważnym atutem jest wprowadzenie do składu rady dyrektorów osób o odpowiednich kwalifikacjach. O ile ustawodawca nie wskazuje tego wprost, dla podwyższenia konkurencyjności firmy warto zrobić to w umowie spółki – podkreślając chociażby: doświadczenie zawodowe, staż pracy, poziom wykształcenia czy szczególne kwalifikacje, np. znajomość sektora ekonomii społecznej. Oczywiście, by należycie zadbać o bezpieczeństwo spółki, należy w umowie zawrzeć również warunki odwołania takiej osoby z zajmowanego stanowiska – wskazując choćby, na jakich zasadach można to zrobić. W przypadku specyfiki sektora ekonomii społecznej istnieje możliwość wpisania do umowy, że działania takie mogą podejmować np. dyrektorzy niewykonawczy¹¹.

Dyrektor może być odwołany w każdym czasie na mocy uchwały walnego zgromadzenia. W tym jednak wypadku – w przeciwieństwie do innych spółek – art. 300⁷⁴ k.s.h. nie nakłada na odwołanego obowiązku złożenia wyjaśnień. Takie rozwiązanie jest nie do końca zrozumiałe, ponieważ pozyskane informacje wydają się niezbędne dla dalszego prowadzenia spraw spółki. W związku z powyższym istotne jest wprowadzenie odpowiedniego zapisu w umowie spółki – podobnie jak dookreślenie uzasadnienia uchwały czy wskazanie terminu, w którym można złożyć stosowny wniosek¹².

¹⁰ M. Bieniak, Komentarz do art. 300⁸² kodeksu spółek handlowych. Warszawa 2020. Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrthe4tmnrroobqxaalrvgu2dsnzygm3q> [dostęp: 28 grudnia 2021 r.].

¹¹ K. Modzelewska, K. Reszczyk-Król, Komentarz do art. 300⁷⁶ kodeksu spółek handlowych, Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damzzgaydamjoobqxaalrvgu2dsobrrha3a> [dostęp: 28 grudnia 2021].

¹² A. Koziół, Prosta spółka kapitałowa. Komentarz do art. 300⁷⁴, Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrvqg3tkmboobqxaalrvgu2dsobrg42q> [dostęp: 27 grudnia 2021].

Podsumowując, wskazać należy, że obydwie modele nakładają na członków wszystkich organów obowiązki staranności i lojalności. Ma to istotne znaczenie zarówno dla ochrony interesów spółki jak i jej akcjonariuszy, niedochowanie bowiem tego warunku staje się podstawą dochodzenia roszczeń nie tylko od spółki, ale też od z całego majątku członków organu.

Dodatkowo przepisy wskazują, że działania sprzeczne z interesami spółki nie tylko członków organów, ale także członków ich rodzin wymienionych w art. 300⁵⁵ k.s.h. – powinny być zgłaszane władzom spółki. Ustawodawca poszedł dalej, nakładając na członków organów obowiązek zachowania w tajemnicy wszystkich aspektów jej działalności także po wygaśnięciu mandatu. Jest to kluczowe dla sektora ekonomii społecznej, ponieważ w dodatkowy sposób zabezpiecza przed obniżeniem jej konkurencyjności na rynku. Członkowie organów mogą co prawda podjąć aktywność w innych podmiotach jako doradcy, ale wymaga to zgody organu, który powołał taką osobę. Jest to szczególnie ważne w spółkach *non profit*, gdzie dla rozwoju i rejestracji podmiotu wymagana jest specjalistyczna wiedza, którą dysponuje wąska grupa osób. Udział członków organów innych spółek, mających stosowne doświadczenie, jest możliwy, ale pod warunkiem, że nie jest bezpośrednią konkurencją dla spółki macierzystej.

Ważną zmianą jest możliwość prowadzenia spraw spółki za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Zarówno w modelu dualistycznym, jak i monistycznym pozwala to przyspieszyć proces podejmowania decyzji, co ma wpływ na zwiększenie ich konkurencyjności przez szybsze reagowanie na zmiany zachodzące na rynku.

Członkowie organów kontrolnych w obu modelach mają szeroki zakres uprawnień: mogą weryfikować dokumentację, a także prowadzić rozmowy z pracownikami i członkami organów wykonawczych. Ma to istotne znaczenie w podmiotach ekonomii społecznej, których akcjonariusze mogą prowadzić szerszą kontrolę, zwłaszcza gdy w skład tych ostatnich wchodzi fundacje, stowarzyszenia lub jednostki samorządu terytorialnego.

Analizując normy prawne, można wskazać na pewne cechy, które pozwalają określić, jaki model zarządzania PSA powinna wybrać spółka *non profit*, a jaki PSA założona przez akcjonariuszy chcących prowadzić działalność gospodarczą. W pierwszym przypadku bardziej skuteczny wydaje się model dualistyczny, charakteryzujący się przede wszystkim: jasnym

rozdzieleniem organów wykonawczych od nadzorczych oraz możliwością swobodnego umownego kształtowania składu zarządu, kompetencji organów czy sposobu reprezentacji spółki. Dobrą praktyką jest możliwość powoływania komitetu zarządu do realizacji konkretnych projektów oraz wprowadzenie doń osób spoza spółki – z głosem doradczym. Mogą być to przedstawiciele organizacji pozarządowych lub jednostek samorządu terytorialnego, gdy są partnerami danego projektu. Jest to gremium operacyjne wypracowujące konkretne rozwiązania i udział takiej osoby ma kluczowy wpływ na realizowane przez nie zadania.

Odmienną koncepcję zarządzania prezentuje model monistyczny. Jest on przeznaczony raczej dla spółek osób prowadzących typową aktywność gospodarczą, chociażby po opuszczeniu spółdzielni socjalnej. Przemawia za tym połączenie organu wykonawczego z organem nadzoru. Rada dyrektorów wpływa na szybszy przepływ informacji i bieżące reagowanie na zmiany na rynku. PSA w tym modelu może co prawda istnieć jedynie w formie rady z dyrektorami wykonawczymi, ale w przypadku podmiotów sektora ekonomii społecznej lepszym rozwiązaniem wydaje się zachowanie także dyrektorów wykonawczych, ponieważ pozwala to na podział kompetencji i sprawniejsze ich realizowanie. Istnieje również możliwość powołania komitetów, tak jak w modelu dualistycznym, jednak tutaj nie ma możliwości włączenia do nich osób z zewnątrz, co chroni organizację przed wpływem informacji.

Wybór formy prawnej modelu zarządzania zależy od specyfiki jej działalności. Akcjonariusze powinni pamiętać, aby forma zapewniała odpowiednią ochronę ich interesów ekonomicznych.

Efektywność sposobów ochrony interesów akcjonariuszy i spółki

Jednym z najważniejszych mechanizmów ochrony zarówno interesów spółki, jak i jej akcjonariuszy są uprawnienia wynikające z posiadania akcji i przypisanych im uprawnień. Przede wszystkim na mocy art. 300⁸⁵ k.s.h. akcjonariusz lub akcjonariusze reprezentujący co najmniej jedną dwunastą ogólnej liczby głosów lub ogólnej liczby akcji mają prawo do zwołania nadzwyczajnego walnego zgromadzenia oraz umieszczenia określonych spraw w porządku obrad. Pozwala to na poinformowanie pozostałych

akcjonariuszy o niewłaściwych decyzjach zarządu, co w podmiotach ekonomii społecznej z uwagi na ich swoistość ma szczególne znaczenie.

W trakcie posiedzenia tego organu akcjonariusz ma prawo żądać od zarządu wszelkich informacji na temat zadań realizowanych przez spółkę, a ten zobowiązany jest mu ich udzielić. Istnieje co prawda możliwość odmówienia tych informacji – z powołaniem się na dobro spółki – wówczas jednak przysługuje mu na mocy art. 300⁹⁷ § 2 k.s.h. prawo wniesienia stosownego odwołania do sądu rejestrowego celem nakazania udzielenia stosownych informacji¹³. Rozszerzeniem tych uprawnień jest indywidualna kontrola akcjonariusza wynikająca z art. 300²⁴ k.s.h. Norma ta daje każdemu akcjonariuszowi w każdym czasie, wraz z upoważnioną osobą, prawo do pełnej kontroli działalności spraw spółki. Obejmuje ono nie tylko pozyskanie informacji, ale również prawo do przeglądania ksiąg i przygotowania bilansu na jego potrzeby. Zarząd może nie udzielić takiej osobie prawa do ich uzyskania, jednak wówczas stosowne rozstrzygnięcie podejmuje nie sąd, lecz akcjonariusze w wyznaczonym terminie miesiąca.

Prawo do kontroli jest uzupełnione przez posiadanie akcji uprzywilejowanych wskazanych w umowie spółki. Spółka ma prawo do wyemitowania akcji przyznających chociażby uprawnienia w zakresie możliwości odwołania członków zarządu czy szerszej kontroli. W przypadku spółek działających w sektorze ekonomii społecznej należy pamiętać, aby przyznane uprawnienia nie miały na celu kontroli nad kierunkami rozwoju podmiotu.

Spółka zobowiązana jest przepisami prawa do wypłaty dywidendy uprawnionym akcjonariuszom. Dodatkowo umowa spółki na mocy art. 300¹⁷ k.s.h. może nałożyć na zarząd obowiązek wypłaty zaliczki na poczet dywidendy. Z jednej strony pozwala to na przekazanie części zysków akcjonariuszom, co w sektorze ekonomii społecznej ma istotne znaczenie z uwagi na stosunkowo szybką konieczność pozyskania kapitału przez akcjonariuszy. Naraża to jednak podmiot na utratę środków, dlatego dobrym rozwiązaniem wydaje się tutaj norma art. 300¹⁷ k.s.h. i art. 300²² k.s.h., które nakładają obowiązek zwrotu odpowiednio zaliczki i dywidendy, przy czym w tym ostatnim przypadku odpowiedzialność rozciąga się nie tylko na akcjonariusza, ale również i na członków organu solidarnie, chyba że

¹³ M. Bieniak, Komentarz do art. 300⁹⁸ kodeksu spółek handlowych, Warszawa 2020, Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrthe4tmnroobqalrvgu2dsobsg44q> [dostęp: 28 grudnia 2021].

nie ponoszą winy. Odnieść się również tutaj można do czasu przedawnienia, który dla członków organu wynosi trzy lata. Zgodnie z art. 300²² § 4 k.s.h. w przypadku akcjonariusza wiedzącego o nienależnej wypłacie nie jest ona zakreślona czasowo, co świadczy o szerszej ochronie interesów spółki, a przez to jej pozostałych akcjonariuszy, do których zastosowanie mają również zapisy testu wypłacalności zawarte w k.s.h.¹⁴

Innym mechanizmem chroniącym zarówno akcjonariuszy, jak i samą spółkę jest test bilansowy. Zgodnie z art. 300¹⁵ § 2 k.s.h. określa on, jakie są warunki wypłacenia dywidendy i jakiej kwoty nie wolno przekroczyć. Wskazuje on ponadto, że kwotę na wypłatę dywidendy należy pomniejszyć m.in. o niepokryte straty czy akcje własne. Dodatkowo zobowiązuje on władze spółki do utworzenia kapitału zapasowego. Uzupełnieniem testu bilansowego jest test wypłacalności zdefiniowany w art. 300¹⁵ § 4 k.s.h. Wymusza on na zarządzie lub radzie zablokowanie wypłat dywidendy w sytuacji, gdy ma to wpływ na zdolność do wykonywania wymagalnych zobowiązań pieniężnych w terminie sześciu miesięcy od dnia dokonania wypłaty. Takie podwójne zabezpieczenie sprawia, że spółka dysponuje kapitałem na inwestycje i kontynuuje aktywność gospodarczą na rynku. Zadać powinno się pytanie, czy ten czas jest wystarczający, czy może lepiej byłoby zastosować okres roczny – jak to przewidziano w pierwotnych zapisach ustawy¹⁵.

Zdematerializowanie akcji w PSA pozwala także na szerszą ochronę interesów spółki niż dotychczas. Przede wszystkim wynika to z konieczności ujawnienia w odpowiednim rejestrze ich danych. Pozwala to na pełną transparentność akcjonariuszy, a dzięki temu daje władzom spółki możliwość przewidzenia, kto będzie brał udział w walnym zgromadzeniu – w tym także szeroki zakres dostępu do informacji o nim.

Spółka prowadząca działalność gospodarczą realizuje ją poprzez składanie ofert i zawieranie umów zarówno w wersji tradycyjnej, jak i elektronicznej. Zgodnie z art. 300⁶¹ k.s.h. na podmiocie ciąży obowiązek umieszczenia na pismach i zamówieniach informacje o firmie, siedzibie, adresie, danych KRS, numeru NIP i kapitału akcyjnego. Wpływa to na zwiększenie wiarygodności podmiotu w oczach partnerów gospodar-

¹⁴ T. Okos, *Założenia reformy kodeksu spółek handlowych w zakresie projektowanej prostej spółki akcyjnej (PSA) – wybrane zagadnienia* [w:] J. Helios, W. Jedlecka, A. Kwieciński (red.). *Prawo wobec wyzwań przyszłości. Wybrane problemy teoretycznoprawne i dogmatycznoprawne*, Wrocław 2019, s. 171.

¹⁵ A. Kozieł, *Prosta spółka kapitałowa. Komentarz do art. 300¹⁵*, Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrvqg3tkmboobqxalrvgu2dsnzgga2a> [dostęp: 27 grudnia 2021].

czych, chroniąc jednocześnie spółkę przed obniżeniem jej konkurencyjności. Ma to szczególne znaczenie w PSA z sektora ekonomii społecznej, które często nie są postrzegane jako przedsiębiorcy, lecz jako organizacje pomocowe. Oczywiście, iż niedopełnienie takiego obowiązku pociąga za sobą negatywne konsekwencje dla organizacji; tym samym pozytywnie powinno się ocenić fakt, że niedopilnowanie tego przez zarząd nakłada na jego członków – na mocy art. 595 k.s.h. – grzywnę do 5000 zł¹⁶.

Poza tym piastunowie organów zarządzających odpowiadają również za podanie fałszywych danych w oświadczeniach potwierdzających wniesienie wymaganych wkładów. Celem tego rozwiązania zdefiniowanego w art. 300¹²³ k.s.h jest zapewnienie, aby spółka faktycznie posiadała mienie przeznaczone na kapitał początkowy wskazane w umowie spółki lub mienie, które powinno zostać wniesione na pokrycie nowej emisji zgodnie z uchwałą i emisji akcji lub też umowami o jej objęciu. Ma to zabezpieczyć spółkę przed niedoborem kapitału oraz być odzwierciedleniem wysokości kapitału akcyjnego ujawnionego w rejestrze do wysokości wkładów. Odpowiedzialność piastunów w tym zakresie pozostaje jednak kwestią sporną. Wykazuje ona w pewnym aspekcie cechy odpowiedzialności deliktowej, gdyż jest wynikiem działania bezprawnego i zawinionego – niezależnie od stosunku prawnego łączącego wierzyciela spółki z członkiem organu zarządzającego. Samo roszczenie nie zmierza do minimalizowania szkody, a jego przesłanką nie jest ani powstanie szkody w majątku spółki lub jej wierzyciela, ani tym bardziej powiązanie kauzalne między złożeniem fałszywego oświadczenia a zaistnieniem zobowiązania. W związku z tym członkowie organów zarządzających odpowiadają za cudzy dług, odpowiedzialność pełni zaś funkcję gwarancyjną i represyjną¹⁷. Zakreślony czas odpowiedzialności wynosi trzy lata od daty wpisania PSA do rejestru. Nie można z tego rozwiązania skorzystać, gdy PSA nie została zarejestrowana; tym samym akt rejestracji wydaje się jedną z najważniejszych czynności prawnych ciążyących na jej założycielach celem ochrony ich interesów¹⁸.

¹⁶ K. Modzelewska, K. Reszczyk-Król, Komentarz do art. 300⁶¹ kodeksu spółek handlowych, Warszawa 2020, Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damzgzgdamjooobqxlrvgu2dsobrg3q> [dostęp: 28 grudnia 2021 r.].

¹⁷ Więcej na temat odpowiedzialności piastunów organów zarządzających PSA wynikającej z art. 300¹²³ k.s.h. można znaleźć [w:] P. Ochmann, Wybrane modele odpowiedzialności członków zarządu jako instrumenty zarządzania konfliktami agencyjnymi pomiędzy członkami zarządu spółki kapitałowej a jej wierzycielami w prawie polskim, Warszawa 2022, ss. 23–33.

¹⁸ W.P. Matysiak, Dodatki obowiązkowe w firmie spółki handlowej – zagadnienia wybrane, „Studia Prawnoustrojowe Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego”, 2021, 53, s. 377.

Dodatkowym narzędziem ochrony interesów spółki jest art. 300¹²⁴ k.s.h. Statuuje on, że podmioty biorące udział w założeniu PSA działające wbrew przepisom prawa i z własnej winy ponoszą odpowiedzialność względem spółki za szkody wyrządzone w wyniku dokonania związanych z tym czynności prawnych. Ma ona charakter deliktowy wobec spółki, określony na zasadach winy¹⁹. Obejmuje ona wszystkie osoby uczestniczące w tym procesie, począwszy od wspólników przez członków organów zarządzających do pełnomocników. Przesłankami odpowiedzialności są natomiast zdarzenia prawne (działania lub zaniechania), szkoda wyrządzona spółce oraz istniejący między nimi związek przyczynowo-skutkowy. Definicja winy ma wąski charakter, nieobejmujący swym zakresem bezprawności działania, a tym samym do przypisania odpowiedzialności wystarczy najniższy jej stopień – powstający w zakresie działania umyślnego lub nieumyślnego czy niedołożenia należytej staranności. Ciężar dowodowy spoczywa oczywiście na powodzie, moment zaś przedawnienia roszczeń to trzy lata, od kiedy spółka dowiedziała się o szkodzie oraz osobie zobowiązanej do jej naprawienia²⁰. W przypadku PSA działających w sektorze ekonomii społecznej można to rozwiązanie uznać za właściwe, zabezpiecza bowiem podmiot przed negatywnymi decyzjami zarządu, rady czy akcjonariuszy – ale także ich pełnomocników – przy szerokim zakresie czynności: od umowy spółki po jej rejestrację, pod warunkiem złożenia przez spółkę stosownego wniosku do sądu. W razie niepodjęcia takiego działania uprawnienie przysługuje każdemu z akcjonariuszy z osobna – na mocy art. 300¹²⁷ k.s.h., co również powinno się uznać za krok w dobrym kierunku, zwłaszcza gdy akcjonariusze chcą odzyskane środki przeznaczyć na inne cele.

Zgodnie z art. 300¹²⁵ k.s.h. członkowie organów ponoszą odpowiedzialność wobec spółki za szkodę związaną z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązków w związku z niezachowaniem staranności lub niedochowaniem lojalności wobec spółki. Zwolnione z odpowiedzialności są osoby, które działały bez własnej winy. Dodatkowo nie ponoszą odpowiedzialności ci, którzy – postępując lojalnie wobec PSA – podejmowali

¹⁹ K. Modzelewska, K. Reszczyk-Król, Komentarz do art. 300¹²⁴ kodeksu spółek handlowych, Legalis, <https://sip.legalis.pl/documentview.seam?documentId=mjxw62zogi3damzzgaydamjoobqalrvgu2d-sobrgazq> [dostęp: 28 grudnia 2021].

²⁰ M. Bieniak, Komentarz do art. 300¹²⁴ kodeksu spółek handlowych, Warszawa 2022. Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrthe4tmnroobqalrvgu2dsobqhaza> [dostęp: 29 listopada 2022].

decyzje w ramach uzasadnionego ryzyka gospodarczego, kierując się analizami i opiniami, które powinny być wykorzystane w danej sytuacji²¹. Treść normy jest swoistym odpowiednikiem art. 293 k.s.h. i art. 483 k.s.h., dotyczących odpowiednio spółki z.o.o. i spółki akcyjnej. Należałoby ją postrzegać przez pryzmat dorobku doktryny i judykatury, a dorobek ten wskazuje na jednoznaczną odpowiedzialność cywilnoprawną piastunów organów PSA za zawinione niedołożenie należytej staranności przy wykonywaniu powierzonych im obowiązków. Pozytywnie powinno się również ocenić zmiany wprowadzone art. 300¹²⁵ k.s.h., polegające na zastosowaniu szerszej przesłanki niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków piastuna organu – z jednoczesnym uznaniem, że przejawem takiego działania może być niedołożenie przez taką osobę należytej staranności²².

Odpowiedzialność cywilnoprawna piastuna organu wynikająca z art. 300¹²⁵ k.s.h. ma charakter zbliżony do odpowiedzialności z kontraktu na zasadzie winy. Dotyczy jedynie osób zasiadających w organach zarządzających – zarówno w systemie dualistycznym, jak i monistycznym. Skutkuje to nałożeniem na nich obowiązku wykazania, że nie ponoszą winy związanej z dochowaniem należytej staranności czy lojalności wobec PSA lub że szkoda zaistniała po stronie spółki nie powstała wskutek okoliczności, za które bezpośrednio odpowiadają²³.

Szkodę w powyższym zakresie trzeba interpretować i jako rzeczywiście poniesione straty, i jako utracone korzyści. Tym samym obowiązkiem piastuna organu jest pokrycie wszystkich szkód powstałych na skutek jego zawinionego działania bądź zaniechania – co obejmuje zarówno pokrycie rzeczywistej szkody, jak i wyrównanie tego, czego PSA nie uzyskała, choć mogłaby uzyskać.

O naprawienie szkody ma prawo wystąpić spółka, która ma legitymację czynną w tym zakresie, w terminie trzech lat od czasu, gdy dowiedziała się ona o stracie oraz osobie zobowiązanej do jej naprawienia. Wskazany w art. 300¹³⁰ k.s.h. zwrot, że spółka „dowiedziała się” – trzeba rozumieć bardzo szeroko, dotyczy bowiem powzięcia wiedzy nie tylko przez piastunów organów zarządzających, ale również przez inne osoby upraw-

²¹ W.P. Tymczyszyn, Błąd perspektywy czasu a odpowiedzialność odszkodowawcza członków zarządu za podjęte decyzje, „Monitor Prawniczy”, 2021, 20, s. 1077.

²² A. Opalski, Prosta spółka akcyjna – nowy typ spółki handlowej, cz. 2, „Przegląd Prawa Handlowego”, 2019, 12, s. 9.

²³ K. Węgliński, Cywilnoprawna odpowiedzialność członków organu prostej spółki akcyjnej, „Studia Iuridica Toruniensia”, 2021, 24, s. 423.

nione do reprezentowania jej interesów, jak chociażby likwidatorów czy prokurentów; gdy zaś chodzi o roszczenia kierowane do członka zarządu – także członków rady nadzorczej lub pełnomocnika powołanego uchwałą zgromadzenia wspólników. Takie rozwiązania można ocenić pozytywnie, ponieważ chronią interes PSA przez długi czas, zapewniając występowanie z roszczeniami nie tylko członkom organów zarządzających w imieniu spółki, ale i spółki względem nich, gdy jest ona reprezentowana przez likwidatora lub członka organu nadzoru.

Istotnym uprawnieniem przysługującym wszystkim akcjonariuszom PSA jest prawo zgłoszenia roszczeń wobec członka organu lub innego akcjonariusza w razie braku działań samej spółki przez okres roku. Po tym czasie każdy z nich ma prawo wytoczyć powództwo o naprawienie szkody wyrządzonej PSA. Z uwagi na to, że akcjonariusz może działać przeciwko przedstawicielowi władz spółki, art. 300¹²⁷ § 2 k.s.h. daje możliwość wystąpienia o złożenie kaucji, która zabezpiecza interesy pozwanego. Brak złożenia kaucji skutkuje odrzuceniem pozwu. Ma to istotne znaczenie, sprzyja bowiem niwelowaniu liczby pozwów składanych przez akcjonariuszy jako swego rodzaju nieuzasadnionej reakcji wobec działań zarządu. W ten sposób akcjonariusz działa w imieniu własnym, ale dochodzi roszczeń należnych PSA. Tym samym pośrednio nie zyskuje on prawa do odszkodowania, lecz – działając na rzecz spółki – chroni interesy wszystkich uczestników²⁴. Dla PSA z sektora ekonomii społecznej rozwiązanie to jest jak najbardziej właściwe, ponieważ pozwala na danie szerszych uprawnień jej akcjonariuszom.

Pozyskanie wyroku uprawniającego do wyegzekwowania roszczeń to jednak nie wszystko. Równie istotne jest ich fizyczne uzyskanie, zwłaszcza gdy zobowiązany jest PSA. Brak możliwości dochodzenia roszczeń od spółki, szczególnie gdy funkcjonuje ona przy niewielkich wkładach oraz dużej elastyczności, wymagała od ustawodawcy zadbania o interesy wierzycieli. Tym bardziej jako właściwe powinno się ocenić zapisy art. 300¹³² § 1 k.s.h. o możliwości dochodzenia roszczeń w sposób nieograniczony z majątku osobistego członków organu w sposób solidarny – co potwierdza również orzecznictwo, chociażby w zakresie zobowiązań podatkowych²⁵.

²⁴ A. Kozieł, Prosta spółka kapitałowa. Komentarz do art. 300¹²⁷, Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrvvgq3tkmboobqxalrvgu2dsobugm4a> [dostęp: 27 grudnia 2021].

²⁵ Zob. wyrok WSA w Warszawie z 8 listopada 2021 r., sygn. akt. III SA/Wa 2256/20, Legalis nr 2635792; analogicznie wyrok NSA z 18 listopada 2021 r., sygn. akt III FSK 4304/21, Legalis nr 2641269.

Wyłączenie odpowiedzialności odbywa się na zasadach dopełnienia obowiązków na mocy art. 300¹³² § 1 k.s.h., związanych na przykład ze złożeniem w odpowiednim czasie wniosku o postawienie spółki w stan likwidacji²⁶. Takie rozwiązanie wymusza na władzach spółki nie tylko dochowanie staranności działań przy prowadzeniu spraw PSA, ale również podczas procesu jej restrukturyzacji²⁷.

Podsumowując, wskazać należy, że zmiany wprowadzające PSA zapewniają ochronę zarówno interesów akcjonariuszy, jak i PSA. Z punktu widzenia akcjonariusza duże znaczenie mają uprawnienia wynikające z akcji posiadanych na walnym zgromadzeniu oraz indywidualne uprawnienia kontrolne. Ustawa zapewnia również prawo do dywidendy oraz zaliczki, możliwa jest ona natomiast do wypłaty dopiero po spełnieniu przez PSA testów bilansowego i wypłacalności. Chroni to również interesy spółki, co ma doniosłe znaczenie dla spółek działających w segmencie ekonomii społecznej. Poza tym istnieją inne mechanizmy pozwalające na ochronę spółki. Mogą być uruchamiane na każdym etapie jej funkcjonowania: od czynności organizacyjnych po likwidację. Wydaje się, że najbardziej skuteczna z uwagi na ograniczoną wielkość kapitału jest możliwość dochodzenia roszczeń z majątku władz PSA, co wymusza na nich konieczność dochowania staranności, gdyż jedynie ona może je uwolnić od odpowiedzialności.

Podsumowanie

Najważniejszą cechą PSA jest możliwość wyboru sposobu zarządzania podmiotem. Ustawodawca wskazał na model dualistyczny oraz monistyczny. W pierwszym przypadku wyróżniono zarząd oraz – powoływaną fakultatywnie – radę nadzorczą. Z uwagi na rozdzielenie funkcji wykonawczych i nadzorczych model ten może być wybierany przez spółki *non profit*, gdzie istotne jest realizowanie nadzoru przez fundacje i stowarzyszenia, które mogą być akcjonariuszami takiego podmiotu. Drugi model – z racji połączenia w jednym organie funkcji zarządczych i nadzorczych – jest lepszy dla PSA zakładanych w celu prowadzenia działalności gospodarczej. Tutaj

²⁶ Zob. wyrok NSA z 25 sierpnia 2021 r., sygn. akt. III FSK 187/21, Legalis nr 2625771.

²⁷ M. Grzešków, *Rozważania nad kształtem prostej spółki akcyjnej (PSA)*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSU UJ”, 2017, 10, s. 35.

również umowa spółki daje szerokie możliwości organizacyjnego kształtowania podmiotu, wskazując chociażby na: liczebność i kadencyjność organów, określenie kwalifikacji osób na konkretne stanowisko, zakres kontroli czy warunki reprezentacji spółki na zewnątrz. Trzeba to zrobić już na etapie czynności organizacyjnych, co bez pomocy ośrodków wsparcia oraz doradców wydaje się niezwykle trudne.

Ze względu na ochronę interesów mechanizmów ochronnych akcjonariuszy i spółek nie można ich wszakże ocenić jednoznacznie pozytywnie. Co prawda istnieje dość szeroko rozwinięta kontrola indywidualna akcjonariuszy nad spółką (oraz w trakcie walnego zgromadzenia), zabezpieczenie prawa do dywidendy jest jednak ograniczone przez testy bilansowy i wypłacalności – z uwagi na ochronę interesów spółki. Z kolei interes spółki jest chroniony na każdym etapie jej funkcjonowania. Na etapie założenia odpowiedzialność ponoszą wszyscy mający wpływ na proces rejestracji czy działalność PSA, czyli zarówno członkowie organów, jak i akcjonariusze oraz ich pełnomocnicy. W trakcie aktywności podmiotu podlegają jej jedynie członkowie organów, którzy mogą się od niej uwolnić po spełnieniu określonych warunków związanych z lojalnością wobec spółki. Dobrym rozwiązaniem jest możliwość wytoczenia przez każdego akcjonariusza powództwa wobec członków organów w przypadku beczynności spółki. Daje to szeroką kontrolę nad PSA, co dla sektora ekonomii społecznej ma istotne znaczenie ze względu na specyfikę osób będących akcjonariuszami. Mimo licznych rozwiązań w tym zakresie brakuje narzędzi egzekwowania dochodzenia roszczeń; w tym aspekcie należy oceniać odpowiedzialność całym majątkiem władz organów, gdy zaistnieje sytuacja niewypłacalności PSA z racji ograniczonej wielkości kapitału, co zwiększa ich aktywność w zakresie wypełniania obowiązków.

PSA może więc być alternatywą dla innych form prawnych prowadzenia działalności w sektorze ekonomii społecznej z uwagi na swą elastyczność kształtowania podmiotu. Warunkiem jej skutecznego wdrożenia jest jednak zaangażowanie organizacji wspierających rozwój podmiotu – zwłaszcza na etapie tworzenia umów założycielskich PSA – a to pokażą nadchodzące lata.

Abstrakt

Prosta spółka handlowa jest nową formą spółki funkcjonującą od 2019 roku. Wprowadzając tę formę, ustawodawca chciał, aby przedsiębiorcy rozpoczynający działalność w sektorze nowych technologii wybierali ją jako alternatywę dla innych form zdefiniowanych w kodeksie spółek handlowych. Celem artykułu jest próba odpowiedzi na pytanie, czy forma ta może być alternatywą dla spółdzielni socjalnych bądź spółek z o.o. działających w sektorze ekonomii społecznej. Autor opisuje proces jej zakładania, powoływania organów oraz ochrony interesów jej członków z perspektywy sektora ekonomii społecznej.

Słowa kluczowe: prosta spółka akcyjna, spółdzielnia socjalna, sektor ekonomii społecznej.

BIBLIOGRAFIA

- Dzierżak P., *Prosta spółka akcyjna – mnożenie bytów ponad potrzebę czy właściwe remedium na problemy przedsiębiorców?*, „Monitor Prawa Handlowego”, 2016, 2.
- Grześków M., *Rozważania nad kształtem prostej spółki akcyjnej (PSA)*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ”, 2017, 10.
- Matysiak W.P., *Dodatki obowiązkowe w firmie spółki handlowej – zagadnienia wybrane*, „Studia Prawnoustrojowe Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego”, 2021, 53.
- Okos T., *Założenia reformy kodeksu spółek handlowych w zakresie projektowanej prostej spółki akcyjnej (PSA) – wybrane zagadnienia* [w:] J. Helios, W. Jedlecka, A. Kwieciński (red.), *Prawo wobec wyzwań przyszłości. Wybrane problemy teoretycznoprawne i dogmatycznoprawne*, Wrocław 2019.
- Opalski A., *Prosta spółka akcyjna – nowy typ spółki handlowej, cz. 2*, „Przegląd Prawa Handlowego”, 2019, 12.
- Romanowski M., *Śpieszmy się kochać spółki, bo tak szybko odchodzą – kilka refleksji o regulacji spółki przyszłości*, „Monitor Prawniczy”, 2019, 2.
- Sobiech A., Sobiech M., *Prosta spółka akcyjna – o potencjalnych atrybutach nowej spółki kapitałowej*, „Doradztwo Podatkowe. Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych”, 2021, 4.
- Stefanicki R., *Rada nadzorcza. Uwagi w kierunku wzmocnienia pozycji w spółkach kapitałowych*, „Prokuratura i Prawo”, 2020, 2.
- Tymczyszyn W.P., *Błąd perspektywy czasu a odpowiedzialność odszkodowawcza członków zarządu za podjęte decyzje*, „Monitor Prawniczy”, 2021, 20.
- Węgliński, K., *Cywilnoprawna odpowiedzialność członków organu prostej spółki akcyjnej*, „Studia Iuridica Toruniensia”, 2021, 24.

Wrzeczonek R., *Wpis notarialny nabycia akcji prostej spółki akcyjnej do rejestru akcjonariuszy*, „Przeгляд Ustawodawstwa Gospodarczego”, 2021, 2.

Źródła internetowe

Bieniak M., Komentarz do art. 300⁵² kodeksu spółek handlowych, Warszawa 2020, Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrthe4tmnroobqxalrvgu2dsobqhaza> [dostęp: 28 grudnia 2021].

Bieniak M., Komentarz do art. 300⁸² kodeksu spółek handlowych, Warszawa 2020, Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrthe4tmnroobqxalrvgu2dsnzygm3q> [dostęp: 28 grudnia 2021].

Bieniak M., Komentarz do art. 300⁹⁸ kodeksu spółek handlowych. Warszawa 2020. Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrthe4tmnroobqxalrvgu2dsobsg44q> [dostęp: 28 grudnia 2021].

Bieniak M., Komentarz do art. 300¹²⁴ kodeksu spółek handlowych. Warszawa 2022. Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrthe4tmnroobqxalrvgu2dsobqhaza> [dostęp: 29 listopada 2022].

Kozieł A., Prosta spółka kapitałowa. Komentarz do art. 300⁷⁴, Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrvqg3tkmboobqxalrvgu2dsobrg42q> [dostęp: 27 grudnia 2021].

Kozieł A., Prosta spółka kapitałowa. Komentarz do art. 300¹²⁷, Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrvqg3tkmboobqxalrvgu2dsobugm4a> [dostęp: 27 grudnia 2021].

Kozieł A., Prosta spółka kapitałowa. Komentarz do art. 300¹⁵, Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrvqg3tkmboobqxalrvgu2dsnzzga2a> [dostęp: 27 grudnia 2021].

Kozieł A., Prosta spółka kapitałowa. Komentarz do art. 300⁶⁸, Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrvqg3tkmboobqxalrvgu2dsobrguya> [dostęp: 27 grudnia 2021].

Kozieł A., Prosta spółka kapitałowa. Komentarz do art. 300⁷¹, Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrvqg3tkmboobqxalrvgu2dsobrgyza> [dostęp: 27 grudnia 2021].

Modzelewska K., Reszczyk-Król K., Komentarz to art. 300⁶¹ kodeksu spółek handlowych, Warszawa 2020, Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damzzgaydamjoobqxalrvgu2dsobrg3q> [dostęp: 28 grudnia 2021].

Modzelewska K., Reszczyk-Król K., Komentarz do art. 300⁶ kodeksu spółek handlowych, Warszawa 2020, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrvqg3tkmboobqxalrvgu2dsnzyg4yq> [dostęp: 28 grudnia 2021].

Modzelewska K., Reszczyk-Król K., Komentarz do art. 300⁷⁶ kodeksu spółek handlowych, Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damzzgaydamjoobqxalrvgu2dsobrha3a> [dostęp: 28 grudnia 2021].

Modzelewska K., Reszczyk-Król K., Komentarz do art. 300¹³ kodeksu spółek handlowych, Warszawa 2020, Legalis, <https://sip.legalis.pl/documentview.seam?documentId=mjxw62zogi3damzzgaydamjoobqxalrvgu2dsnzyhe3a> [dostęp: 28 grudnia 2021].

Modzelewska K., Reszczyk-Król K., Komentarz do art. 300⁵⁸ kodeksu spółek handlowych, Legalis, <https://sip.legalis.pl/documentview.seam?documentId=mjxw62zogi3damzzgaydamjoobqxalrvgu2dsobrgazq> [dostęp: 28 grudnia 2021].

Modzelewska K., Reszczyk-Król K., Komentarz do art. 300¹²⁴ kodeksu spółek handlowych, Legalis, <https://sip.legalis.pl/documentview.seam?documentId=mjxw62zogi3damzzgaydamjoobqxalrvgu2dsobrgazq> [dostęp: 28 grudnia 2021].

Modzelewska K., Reszczyk-Król K., Komentarz to art. 300¹³⁰¹ kodeksu spółek handlowych, Warszawa 2020, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3danbqgi2tcnboobqxalrwgqztkmrvgy3q&refSource=guide> [dostęp: 28 grudnia 2021].



Mariusz Michalak*

Stosowanie części zamiennych przy ustalaniu odszkodowania przez ubezpieczyciela¹. Część 2

[Use of Spare Parts in Determining Compensation by the Insurer. Part 2]

Abstract

The article discusses the issue of the use of spare parts in motor vehicles when determining compensation by insurers under a liability contract. In this context, the principles of restoring the vehicle to its condition from before the incident are important, in particular, taking into account the classification of spare and original parts. What matters here is the condition and value of the vehicle before the damage, and the impact of using different types of variable parts on restoring the vehicle to such value and such condition. The article focuses on the problem of the liquidation of actual damage – that is, damage to the vehicle – under a liability contract.

First of all, it draws attention to the practices used in vehicle repair. The main idea here is to illustrate the actions of insurers directed at underestimating the cost of repairing the vehicle and using parts that will not in every case lead to restoration of the vehicle to its pre-accident condition. Such practices – definitely undesirable from the point of view of the injured party – have been critically evaluated. At the same time, the court practice in this regard, as well as the ways in which insurers can defend themselves in court, are pointed out.

Keywords: spare parts, compensation, insurer, vehicle condition, vehicle damage, original parts.

Sposoby naprawienia szkody

Celem niniejszego artykułu nie jest szczegółowe omówienie sposobów naprawienia szkody, jednak kwestia ta ma istotne znaczenie dla

* **Mariusz Michalak** – adwokat, doktorant nauk prawnych w Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie.

¹ Pierwszą część artykułu opublikowano w numerze 4/2022/64, ss. 121–131.

szkody komunikacyjnej w pojeździe. Sposoby te zostały określone w art. 363 k.c. To mianowicie: przywrócenie stanu poprzedniego (restytucja naturalna) oraz zapłata odpowiedniej sumy pieniężnej. Wymienione metody mają doprowadzić do pełnej kompensacji, czyli zrealizowania głównie zasady odszkodowania. W tym znaczeniu mają równorzędny charakter².

Nie sposób do każdej szkody przyporządkować tożsamego stanu faktycznego, a co za tym idzie tego samego sposobu jej naprawienia. Wiąże się to z koniecznością doboru środków, które z punktu widzenia każdego poszkodowanego będą odmienne. Należy przy tym podkreślić, że formuła art. 363 k.c. daje podstawę do wniosku, że realizuje on w dużej mierze funkcję ochrony interesów poszkodowanego i dlatego – co do zasady – wybór sposobu naprawienia szkody pozostawiono jego uznaniu, w ramach zasady pełnej kompensacji³.

Naprawienie szkody przez przywrócenie stanu poprzedniego może polegać na dokonaniu odpowiednich czynności faktycznych lub prawnych. Gdy szkoda wynika z uszkodzenia lub zniszczenia rzeczy lub ograniczenia albo uniemożliwienia korzystania z rzeczy, zachowanie zobowiązanego do jej naprawienia powinno przybrać postać odpowiednich czynności faktycznych. Natomiast gdy szkoda przejawia się np. w zwiększeniu się pasywów poszkodowanego (o ile przyjmie się, że zwiększenie się pasywów może *per se* stanowić szkodę, co może budzić wątpliwości), jej naprawienie powinno polegać przede wszystkim na dokonaniu odpowiednich czynności prawnych zmierzających do zwolnienia poszkodowanego z długu⁴.

Naprawienie szkody przez przywrócenie stanu poprzedniego zmierza do usunięcia skutków naruszenia konkretnego dobra lub konkretnego interesu⁵, nie musi jednak prowadzić do osiągnięcia stanu identycznego ze stanem istniejącym przed zdarzeniem, ale musi być indywidualnie ocenione. W związku z tym świadczenie zobowiązanego do naprawienia szkody powinno prowadzić do umożliwienia zaspokojenia za pomocą naruszonego dobra – w co najmniej zbliżonym stopniu – potrzeb poszkodo-

² Z. Banaszczyk [w:] K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, tom 1, Warszawa 2020, art. 363, Nb 1.

³ Zob. wyroki SN: z 1 września 1970 r., II CR 371/70, OSNCP 1971, nr 5, poz. 93, a także z 20 października 1972 r., II CR 425/72, OSNCP 1973, nr 6, poz. 111.

⁴ Z. Banaszczyk [w:] K. Pietrzykowski (red.), Kodeks..., tom 1, art. 363, Nb 12.

⁵ T. Dybowski [w:] Z. Radwański (red.), System prawa cywilnego, tom 3, cz. 1. Prawo zobowiązań – część ogólna, Warszawa 1981, s. 288.

wanego, które byłyby zaspokojone za pomocą tego dobra, gdyby nie doszło do wyrządzenia szkody wynikłej z jego naruszenia⁶.

Przywrócenie stanu poprzedniego jest sposobem naprawienia szkody, który jest bardzo silnie uzależniony od okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Rodzaj naruszonych dóbr oraz sposób naruszenia, z którego wynikła szkoda, a także zakres uszkodzeń i ich charakter są bowiem czynnikami determinującymi postać wymaganego zachowania podmiotu zobowiązanego do naprawienia szkody w ten sposób.

W postanowieniu z 16 grudnia 2021 roku⁷ Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że: „Jakkolwiek obowiązek ubezpieczyciela odpowiedzialności cywilnej polega na zapłacie odszkodowania, a więc na spełnieniu świadczenia pieniężnego (art. 822 § 1 k.c.), to jednak judykatura przyjmuje, że poszkodowany może, według swojego wyboru, żądać od ubezpieczyciela zapłaty kosztów hipotetycznej restytucji albo zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej ustalonej zgodnie z metodą różnicy. Przepis art. 822 § 1 k.c. modyfikuje normę wynikającą z art. 363 § 1 k.c. jedynie w ten sposób, że roszczenie o przywrócenie stanu poprzedniego przekształca w roszczenie o zapłatę kosztów restytucji. Orzecznictwo zgodnie przy tym przyjmuje, że powstanie tego roszczenia – a tym samym zakres odszkodowania – nie zależy od tego, czy poszkodowany dokonał restytucji i czy w ogóle ma taki zamiar. Stosowanie art. 822 § 1 w zw. z art. 363 § 1 k.c. oznacza, że poszkodowany nie może jednak żądać zapłaty kosztów (hipotetycznej) restytucji w sytuacji, w której przywrócenie stanu poprzedniego byłoby niemożliwe albo też pociągało za sobą nadmierne trudności lub koszty. Ocena, czy koszty restytucji są nadmierne, zależy od okoliczności sprawy”.

Z kolei w postanowieniu z 7 grudnia 2018 roku⁸ Sąd Najwyższy wskazuje, że: „Jeśli poszkodowany przeprowadzi naprawę pojazdu uszkodzonego w wypadku przed wypłatą odszkodowania, sąd powinien ustalić jego wysokość w kwocie pokrywającej niezbędne i ekonomicznie uzasadnione wydatki.

Odszkodowanie przysługujące od ubezpieczyciela odpowiedzialności cywilnej za uszkodzenie pojazdu mechanicznego może być ustalone, w przypadku szkody częściowej, jako równowartość hipotetycznie określonych kosztów przywrócenia pojazdu do stanu poprzedniego także

⁶ Zob. wyrok SN z 19 lutego 2003 r., V CKN 1690/00, Legalis.

⁷ III CZP 66/20, Legalis.

⁸ III CZ 51/18, Legalis.

wtedy, gdy przed ustaleniem wysokości odszkodowania pojazd zostanie naprawiony. Jeżeli ubezpieczyciel wykaże, że taki sposób rozliczenia szkody przewyższa wielkość uszczerbku w majątku poszkodowanego, odszkodowanie – stosownie do okoliczności sprawy – może ulec obniżeniu”.

Ma to o tyle znaczenie, że poszkodowany ma prawo do żądania od ubezpieczyciela z góry potrzebnych kosztów za naprawę. Niemniej jednak liczne orzecznictwo w tym zakresie prowadzi do wniosku, że większość zakładów ubezpieczeń przy dokonywaniu wyliczeń kosztów naprawy pojazdu zaniża je w sposób rażący – a to uniemożliwia przecież przywrócenie pojazdu do stanu sprzed szkody, co jest głównym celem ubezpieczenia.

Obowiązująca swoboda kontraktowania stron w obowiązkowym ubezpieczeniu OC jest ograniczona, szczególnym zaś tego wyrazem jest stosowanie przy naprawianiu szkody reguł ogólnocywilistycznych⁹. Przy czym nie może umknąć uwadze, że przecież w przypadku zdarzenia drogowego szkoda jest likwidowana z polisy sprawcy zdarzenia, z którym poszkodowany w żaden sposób, żadną umową związany nie jest – i siłą rzeczy tym bardziej nie ma wpływu na postanowienia umowy. Odnośnie do sposobu naprawienia szkody poszkodowany nie dysponuje możliwością wyboru. W art. 34 ust. 1 ustawy z 22 maja 2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych¹⁰ jest mowa o należnym odszkodowaniu, a zatem świadczeniu pieniężnym. Podobne ograniczenie wynika z art. 822 § 1 k.c., który określa świadczenie ubezpieczyciela z umowy ubezpieczenia OC jako zapłatę określonego w umowie odszkodowania. Podkreślenia wymaga, że pieniężna postać świadczenia ubezpieczyciela (w szczególności świadczenia odpowiadającego wysokości kosztów naprawy pojazdu) budzi w doktrynie oraz orzecznictwie wątpliwości co do charakteru (rodzaju) naprawienia szkody – zgodnie z art. 362 § 1 kodeksu cywilnego¹¹.

⁹ J. Orlicka, *Wybrane problemy finansowania przez ubezpieczycieli OC i AC napraw pojazdów* [w:] A. Koch (red.), *Aktualne problemy ubezpieczeń komunikacyjnych*, Warszawa 2008, s. 104.

¹⁰ Dz.U. z 2022 r., poz. 621.

¹¹ B. Janiszewska, *Nadmierne koszty restytucji a odpowiedzialność ubezpieczyciela za tzw. szkody komunikacyjne*, „*Studia Iuridica UW*”, 2007, 47, ss. 43–64.

Zasada pełnej kompensacji

Aby określić wysokość odszkodowania, ustalenie zakresu szkody stanowi element nieodłączny. Jej rozmiar determinuje bowiem ustalenie elementów koniecznych do przywrócenia stanu, jaki istniał przed zdarzeniem szkodzącym.

Zasada ustanowiona w art. 361 § 2 k.c. dotycząca pełnej kompensaty doznaje jednak pewnych wyjątków. Ustawowe ograniczenie wysokości odszkodowania jest zawarte w unormowaniu związku przyczynowego, zakreślającym zakres następstw podlegających indemnizacji (art. 361 § 1 k.c.). Podobną funkcję pełni art. 362 k.c., przewidując obniżenie odszkodowania w razie przyczynienia się poszkodowanego. Jeżeli natomiast w związku z poniesieniem szkody poszkodowany osiągnął pewne dodatkowe korzyści, powstaje konieczność ich uwzględnienia jako elementu obniżającego należne odszkodowanie (tzw. *compensatio lucri cum damno*). Odliczenie wartości takich korzyści ma na celu uniknięcie wypłaty zawyżonego odszkodowania. Ma to oczywiście znaczenie dla określenia rozmiarów odszkodowania. Jeżeli odniesiemy to do szkody polegającej na zniszczeniu rzeczy, szkodę pomniejsza wartość odzyskanych przez jej właściciela, nadal użytecznych części¹². Istotne dla kompensacji szkody i odniesionej korzyści jest to, aby wynikały one z tego samego zdarzenia.

Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy¹³, przepis art. 362 k.c. odwołuje się do „stosownego” zmniejszenia odszkodowania – z czego należy wnosić, że instytucja unormowana w art. 362 k.c., jako immanentnie ocenna, pozostawia sądowi pewien margines swobody. Swoboda ta nie jest jednak nieograniczona, gdyż przepis nakazuje uwzględnienie okoliczności sprawy. Na tym etapie stosowania art. 362 k.c. znaczenie ma ocena uwarunkowań konkretnego przypadku, w tym ciężar dokonanych przez sprawcę szkody i poszkodowanego naruszeń reguł postępowania. Dotyczy to zarówno zachowań sprzecznych z prawem lub zasadami współżycia społecznego, jak i uchybiających zasadom o charakterze wyłącznie prakseologicznym.

W związku z tym powstaje pytanie, czy zastosowanie części zamiennych o różnych oznaczeniach (jakościowych) będzie pozwalało na przywrócenie pojazdu do stanu sprzed zdarzenia, czy zawsze muszą być to części

¹² A. Koch [w:] M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, tom 2. Art. 353–626, Warszawa 2022, art. 361, Nb 64.

¹³ Wyrok SN z 17 lutego 2022 roku, II CSKP 333/22, Legalis.

oryginalne – i jaki wpływ ma opisana zasada pełnego odszkodowania na stosowane części. Słusznie zauważa T. Dybowski¹⁴, że z przyjętej w kodeksie cywilnym metody różnicy ustalania szkody wynika konieczność stosowania zasady *compensatio lucri cum damno*. Dla zilustrowania jej działania można podać przykład uszkodzenia pojazdu przeznaczonego do kasacji. Zobowiązany do odszkodowania może je pomniejszyć o wartość tego, co jeszcze z rzeczzonego samochodu pozostało. Konieczne jest również, aby zarówno odszkodowanie, jak i owa korzyść zaspokajały te same interesy poszkodowanego.

Jeżeli uzyskana przez poszkodowanego „korzyść” pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z powstałym zdarzeniem, to na tym tle nie ma kontrowersji co do samej funkcji kompensacyjnej.

Systematyka pojęć

Naprawa to czynność umożliwiająca przywrócenie właściwości użytkowych uszkodzonym ogniwom lub pojedynczym zespołom w wyniku regeneracji lub wymiany uszkodzonych części wyłącznie na nowe¹⁵. W uchwale SN z 12 kwietnia 2012 roku¹⁶ przyjęto, że ubezpieczyciel jest zobowiązany do wypłaty na żądanie poszkodowanego – w ramach odpowiedzialności z tytułu ubezpieczenia OC posiadacza pojazdu mechanicznego – odszkodowania obejmującego celowe i ekonomicznie uzasadnione koszty nowych części i materiałów służących do naprawy uszkodzonego pojazdu. Jeżeli ubezpieczyciel wykaże, że prowadzi to do wzrostu wartości pojazdu, odszkodowanie może ulec obniżeniu o kwotę odpowiadającą temu wzrostowi.

Wykazanie tych okoliczności w praktyce jest bardzo utrudnione. Ubezpieczyciel jako podmiot profesjonalny pierwszy dokonuje oględzin (np. uszkodzonego pojazdu) i wówczas winien prawidłowo zabezpieczyć materiał dowodowy – taki, który w ewentualnym procesie doprowadzi do obniżenia odszkodowania. Chodzi tu o sytuację, w której ubezpieczyciel podczas oględzin dokładnie zweryfikuje, czy uszkodzone części były oryginalne, a więc czy i naprawa pojazdu powinna zostać dokonana z użyciem

¹⁴ T. Dybowski [w:] Z. Radwański (red.), System..., tom 3, cz. 1, s. 305.

¹⁵ T. Wróblewski, J. Kubiec, Diagnostowanie podzespołów i zespołów pojazdów, Warszawa 2014, s. 45.

¹⁶ III CZP 80/11, OSNC 2012, nr 10, poz. 112.

tych części. Problem jednak pojawia się wtedy (a z mojego doświadczenia wynika, że jest tak mniej więcej w dziewięciu przypadkach na dziesięć), kiedy ubezpieczyciel (rzeczoznawca) nie dokona rzetelnych oględzin i nie ustali, czy pojazd był wyposażony w części oryginalne, czy też nie, a tutaj działa domniemanie, że pojazd miał części oryginalne i dopóki ubezpieczyciel nie wykaże dowodu przeciwnego, nie można go obalić.

Niejednokrotnie także biegli w opiniach przytaczają, że ubezpieczyciele proponują klientom zamienniki, powołując się na rozporządzenie nr 1400/2001, które przewidywało taką możliwość. Przy czym nie bez znaczenia jest to, że są to tańsze części, a jako tańsze zamienniki często mają niższą jakość, co wpływa na wartość pojazdu, ale przekłada się również na wiele innych czynników, takich jak trwałość tych części, czas ich zużycia, jakość materiałów. Poszkodowany ma jednak prawo do żądania odszkodowania odpowiadającemu ekonomicznie uzasadnionym i celowym kosztom naprawy pojazdu.

W praktyce wyróżniamy następującą klasyfikację części:

- ◆ „O” – oryginalna część zamienna, pochodząca bezpośrednio od producenta pojazdu i opatrzona jego logo,
- ◆ „Q” – oryginalna część zamienna,
- ◆ „PJ” – nieoryginalna część zamienna o porównywalnej jakości,
- ◆ „P” – nieoryginalna część o porównywalnej jakości,
- ◆ „ZJ” – nieoryginalny zamiennik o podwyższonej jakości, niespełniający kryteriów gr. P,
- ◆ „Z” – pozostałe zamienniki.

Kwalifikacja ta daje różne możliwości, zwłaszcza gdy wziąć pod uwagę podnoszone przeze mnie powyżej okoliczności.

Praktyka ubezpieczycieli w stosowaniu części zamiennych

Omówiony problem, czyli działania ubezpieczycieli, w których notorycznie było zaniżane odszkodowanie, znalazł odzwierciedlenie w licznych skargach do Rzecznika Ubezpieczonych [obecnie: Rzecznik Finansowy]. Skargi dotyczyły przede wszystkim poruszanej kwestii zaniżania kwot odszkodowań, uzasadnianego przez ubezpieczycieli możliwością zastosowania do naprawy pojazdu części innych aniżeli oryginalne, przy czym

w tym przypadku chodziło o to, że pojazdy przed szkodą miały części oryginalne i z użyciem takich samych części poszkodowany miał pełne prawo naprawić pojazd. Poszkodowani w skargach zwracali się z prośbą o pomoc i pytaniem, jak mają reagować i jakich mogą instrumentów użyć, by ich prawo do pełnego odszkodowania nie było notorycznie łamane.

Dochodziło nawet do sytuacji, że w kosztorysowym rozliczeniu szkody ubezpieczyciel przyjmował do naprawy części zamiennie nieoryginalne. Przyjęto w tym zakresie niepisany schemat, aby ustalać wysokość odszkodowania w świetle przywołanych wyżej reguł. W zawrotnym tempie wykształciła się także praktyka ubezpieczycieli, aby dla części zamiennych, które nie miały nieoryginalnych zamienników, stosować tzw. współczynniki urealnijające, tj. wewnątrz ustalane wskaźniki producenta, mieszczące się pomiędzy cenami części oryginalnej a części nieoryginalnej, gdyby ta ostatnia była produkowana i występowała w obrocie. Poza tym ubezpieczyciele pomniejszali wysokość odszkodowania o tzw. stopień amortyzacji związany ze zużyciem pojazdu i jego wiekiem. Wyjątek zachodził w sytuacji, gdy naprawa dotyczyła szkody w pojazdach, które były objęte gwarancją producenta (na tym tle nie dochodziło do nieporozumień w zakresie stosowania części oryginalnych). Niepisaną granicą była właśnie data zakończenia okresu gwarancyjnego dla danego pojazdu.

Ubezpieczyciele powoływali się na przywołane rozporządzenie Rady Ministrów z 28 stycznia 2003 r. jako źródło ustalania odszkodowania opartego na częściach nieoryginalnych, gdyż nie zawierało ono ograniczenia co do stosowania takich praktyk. Ubezpieczyciele wskazywali także, by przy wycenie kosztów naprawy sugerować się rynkiem lokalnym – czyli brać pod uwagę miejsce zamieszkania poszkodowanego. Tłumaczyli to w ten sposób, że skoro naprawa pojazdu, której żąda poszkodowany, ma być ekonomicznie uzasadniona, racjonalna, to owa racjonalność sprowadza się do użycia jak najmniejszego nakładu sił i (finansowych) środków, przy czym naprawa pozostawała w całkowitym oderwaniu od tego, jakich części miało używać (oryginalnych czy nieoryginalnych). Poza tym ubezpieczyciele przyjmowali, że jeśli na danym rynku lokalnym były dostępne części nieoryginalne, ale o zbliżonej jakości, to w ten sposób pod każdym względem można przywrócić naprawiany pojazd do stanu sprzed zdarzenia.

Według Rzecznika uzasadnieniem takiego modelu działania ubezpieczycieli był obowiązek współdziałania ze strony poszkodowanego. Poszkodowani jednak stali na stanowisku, że takie działanie to nic innego, jak

brak możliwości domagania się naprawy z użyciem części oryginalnych, bo według ubezpieczycieli zaważyła to wysokość odszkodowania i wiązało się dla tych ostatnich z nadmiernymi trudnościami i zwiększonymi kosztami.

Dalej Rzecznik wskazywał w uzasadnieniu, że lojalne zachowanie poszkodowanego winno objawiać się również tym, że w doborze części do naprawy pojazdu winien kierować się on zasadą racjonalizacji kosztów; jeśli więc na lokalnym rynku dostępne były części nieoryginalne, to takich należało użyć do naprawy pojazdu – i dopiero wówczas ubezpieczyciele wskazywali, że naprawa jest ekonomicznie uzasadniona.

Kolejnym powodem, którym uzasadniano stosowanie nieoryginalnych części, było zapobieganie bezpodstawnemu wzbogaceniu się poszkodowanego. Jako przejaw nadużycia prawa ubezpieczyciele wskazywali naprawę, w której użyto części oryginalnych – a część, która uległa uszkodzeniu, była zużyta i jej wartość wskutek eksploatacji była znikoma. Co oczywiste, części oryginalne miały wyższą wartość, a różnica stanowiła dla poszkodowanego niczym nieuzasadnioną korzyść. Wzrost wartości dotyczył wszakże wyłącznie części, bez względu na to, czy część oryginalna w istocie zwiększyła wartość pojazdu na lokalnym rynku.

Poza sporem jednak pozostaje sytuacja, w której mamy do czynienia ze szkodą w pojeździe, którego naprawa – wobec zakresu uszkodzeń – jest ekonomicznie nieuzasadniona (tzw. szkoda całkowita). W tym przypadku ubezpieczyciele byli bardziej wyrozumiali dla poszkodowanego, gdyż przyjmowali ceny części oryginalnych, a także nie było sporu co do stawki za tzw. roboczogodzinę, by w ten sposób podnieść wartość naprawy.

Rzecznik przed złożeniem skargi do SN podkreślił niejednolite stanowisko sądów w tym zakresie, które niejednokrotnie podzielały argumenty ubezpieczycieli.

Argumenty prawne przemawiające za zastosowaniem części oryginalnych

SN zajmował stanowisko w przedmiocie zasad i podstaw odpowiedzialności cywilnej za szkodę wyrządzoną czynem niedozwolonym, a także odpowiedzialności za szkodę w pojeździe z tytułu umowy obowiązkowego ubezpieczenia OC posiadaczy pojazdów, ale nie wskazywał, jakie części

powinny być użyte do naprawy. Różne linie orzecznicze wymuszały wręcz podjęcie uchwały w celu rozwiązania problemu.

W tej sytuacji Rzecznik był zmuszony do podjęcia interwencji – stojąc na stanowisku, że przyznanie poszkodowanemu odszkodowania musi przywrócić równowagę w jego majątku, w myśl przyjętej zasady pełnego odszkodowania, i ma w pełni zrekompensować doznaną szkodę, z jednoczesnym wykluczeniem nieuzasadnionego wzbogacenia się poszkodowanego. Innymi słowy: naprawa pojazdu ma być ekonomicznie uzasadniona zarówno z punktu widzenia poszkodowanego, jak i ubezpieczyciela.

Wątpliwości nasuwają się w zakresie żądania przez poszkodowanego odszkodowania dotyczącego części oryginalnych, podczas gdy uszkodzone części były nieoryginalne – czy zatem w takim przypadku możliwa jest naprawa przy użyciu części oryginalnych. Likwidacja szkody ma na celu przywrócenie pojazdu do stanu sprzed szkody przez zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej. Poszkodowany ma przecież pełne prawo do posiadania części oryginalnych, jeśli takowe zostały uszkodzone wskutek zdarzenia szkodzącego. Niejednokrotnie jednak przy ustalaniu odszkodowania należy uwzględnić nadwyżkę powstałą na skutek zwiększenia wartości pojazdu naprawianego z użyciem części oryginalnych. Chodzi tutaj o sytuację, gdy na skutek upływu lat użytkowania pojazdu zastosowanie w nim części oryginalnych będzie prowadziło do zwiększenia wartości pojazdu w stosunku do jego wartości sprzed zdarzenia szkodzącego.

Powyżej opisane rozwiązanie gwarantowałoby likwidację szkody w pełnym tego słowa znaczeniu, w pełnym zakresie i z pewnością dawałoby szansę na zminimalizowanie sporów, a przede wszystkim rozwiązałyby liczne wątpliwości: czy pojazd jest przestarzały, czy nie, a części, które uległy uszkodzeniu, są całkowicie zużyte czy też nie, czy uszkodzona część jest prosta w konstrukcji, a także czy wymiana części oryginalnej na nieoryginalną daje takie same walory użyteczności, co część oryginalna. Wymienionych wątpliwości bez długotrwałego procesu sądowego i specjalistycznych wiadomości w tym zakresie nie da się rozstrzygnąć. W praktyce może się bowiem okazać, że stopień zużycia i eksploatacji części, które uległy uszkodzeniu, ustalany jest w sposób arbitralny i całkowicie nieuzasadniony, czy to z punktu widzenia zobowiązanego do naprawienia szkody, czy też uprawnionego do jej otrzymania.

Postanowienie składu 7 sędziów SN z 20 czerwca 2012 roku¹⁷, pomimo obszernego uzasadnienia, nie wyjaśniło, jak rozumieć stwierdzenie „dana część przed uszkodzeniem była wyeksploatowana do tego stopnia, że nie może konkurować pod względem użyteczności i ryzyk nawet z częściami nowymi i porównywalnej jakości”. Stwierdzenie to oznaczało, że każda nowa część, nawet nieoryginalna, będzie miała lepsze walory, i to pod każdym względem, od części oryginalnej, ale istotnie lub prawie całkowicie zużytej.

Dochodzimy do bardzo nietypowej, ale i ciekawej jurydycznie sytuacji, gdzie z jednej strony SN mówi o pomniejszeniu wartości naprawy o amortyzację, a z drugiej strony dopuszcza możliwość doboru części do naprawy pojazdu z uwzględnieniem wieku i stanu technicznego pojazdu. Nie ulega także wątpliwości, że aby stwierdzić, czy określony pojazd lub części są przestarzałe wskutek eksploatacji, niezbędne są wiadomości specjalne. Nieuniknione jest także to, że wśród biegłych (rzeczników), pojawiały się (i będą pojawiać się) rozbieżne stanowiska co do tego, w jaki sposób określić granicę zużycia pojazdu, której przekroczenie będzie uzasadniało zastosowanie do naprawy lub obliczenia wysokości odszkodowania części nieoryginalnych o porównywalnej jakości.

Bez wątplenia powołana uchwała SN miała duży wpływ na ochronę interesów poszkodowanego. Użycie części oryginalnych do naprawy powinno być brane pod uwagę przy naprawie w pierwszej kolejności. Z całą pewnością nie powinno być sporów na tle części, abstrahując od ich zużycia, jeżeli pojazd przed zdarzeniem był wyposażony w części oryginalne. Uprawieni do odszkodowania mają szerokie pole manewru do uargumentowania swojego stanowiska w tym zakresie, które przeciwdziała niczym nieuzasadnionej praktyce liczenia według cen części nieoryginalnych (zamiennych) w każdej sytuacji. Poszkodowani, którzy będą przeprowadzali naprawę pojazdu mechanicznego z użyciem części oryginalnych, będą mieli silne wsparcie w uzyskaniu odszkodowania według kosztów faktycznie poniesionej naprawy tego pojazdu.

Niejednokrotnie ubezpieczyciele kwestionują nawet udokumentowane koszty naprawy uszkodzonego pojazdu w zakresie części nieoryginalnych, a także co do średnich stawek za prace blacharskie i lakiernicze. Tego typu sporów jest dużo, a potęgują je rozbieżne stanowiska rzeczoznawców. Nie ma wśród nich bowiem jednolitego poglądu, w jaki sposób dokonywać

¹⁷ III CZP 85/11, OSNC 2013, nr 3, poz. 37.

wyceny prac i jak je uzasadniać. W sporach na tle wypłaty odszkodowania za uszkodzony pojazd najbardziej sporne jest, że niemal w każdym przypadku powołania biegłego do różnych spraw opinie te będą zgoła odmiennie – nawet sporządzane przez tego samego biegłego, ale w różnych sprawach. Co ważne, spory potęguje fakt, że biegli wzywani na rozprawę w celu wydania ustnej opinii uzupełniającej często nie są w stanie racjonalnie wy tłumaczyć wyników swoich prac, co prowadzi z kolei do wydawania przez sądy różnych orzeczeń w podobnych sprawach.

Pomimo wyraźnego stanowiska SN zawartego w powołanej uchwale i upływu czasu nie widać zasadniczej zmiany w zakresie ustalania odszkodowania przez ubezpieczycieli. Do chwili obecnej zdarzają się przypadki, że w kosztorysach naprawy ubezpieczyciele przyjmują ceny nieoryginalnych zamienników, a w przypadku kosztorysowego rozliczenia szkody w pojazdach bez gwarancji, ale niespełniających definicji przestarzałych – stosują tzw. współczynniki procentowe, urealnijające ceny części „O” do części nieoryginalnych. Nie kierują się zatem obiektywnymi kryteriami i nie stosują w kosztorysach cen części o oznaczeniu „O”. Poza tym ubezpieczyciele nadal stosują niejednolite kryteria do wyliczenia odszkodowania, nawet w przypadku szkody całkowitej (naprawy ekonomicznie nieuzasadnionej). Wszystko to w sytuacji, gdy zostały wydane liczne orzeczenia w sprawach odszkodowawczych, w których sądy opowiedziały się za koniecznością zastosowania do naprawy części oryginalnych.

Czas pokazał, że im więcej przypadków szkód, tym większe rozbieżności pojawiają się w tym zakresie. Nie ulega jednak wątpliwości, że pomimo nadal powszechnej praktyki ubezpieczycieli – sądy stoją na stanowisku, aby w jak najpełniejszym zakresie chronić prawa majątkowe poszkodowanych.

Należy również pamiętać, że obecnie kierunek likwidowania szkód majątkowych w pojazdach mechanicznych z tytułu OC wyznacza trend, w którym ukształtował się pogląd, iż warunkiem wypłaty nie jest naprawa pojazdu, ale fakt powstania szkody. Niemniej sądy (niektóre) nadal błędnie procedują w kierunku ustalenia, czy pojazd został naprawiony, z użyciem jakich części i jakie było źródło ich pochodzenia. Nie sposób się z tym zgodzić. Powstaje bowiem pytanie, co należy uczynić, gdy podczas zdarzenia uszkodzeniu uległa część oryginalna o symbolu „O”, poszkodowany wymienił ją na część o oznaczeniu „Q”, bo taką naprawę sfinansował ubezpieczyciel, poszkodowany nie miał zaś własnych środków pienięż-

nych na naprawę – i tym samym był zmuszony, by tak naprawić pojazd. Nie osiągnięto wówczas głównego celu odszkodowania, gdyż pojazd nie został przywrócony do stanu sprzed zdarzenia.

Podsumowanie

Analiza obecnej sytuacji wskazuje, że w praktyce ubezpieczeniowej w zasadzie dominują szkody częściowe, likwidowane w tzw. wariancie kosztorysowym – i to właśnie w tym przypadku zastosowanie części, ich zużycie i wartość budzi najwięcej sporów. W większości przypadków ubezpieczyciele zaniżają ceny za roboczogodzinę i stosują na szeroką skalę części innej jakości niż „O”, wskazując, że w innym przypadku dochodzi do zwiększenia wartości pojazdu. Zapominają jednak o tym, że (w przypadku gdy pojazd był wyposażony przed zdarzeniem w części oryginalne) zastosowanie zamienników nigdy nie przywróci pojazdu do stanu sprzed szkody, co więcej: nie zrekompensuje tej szkody w całości. A to jest w końcu głównym celem odszkodowania, które ze swej istoty zakłada, że musi odpowiadać celowym i ekonomicznie uzasadnionym kosztom naprawy. Nie możemy mówić o naprawieniu pojazdu w sposób przywracający go do stanu sprzed szkody i zaniżać jednocześnie jego wartości, a tak się przecież dzieje na skutek notorycznego zaniżania cen za roboczogodzinę czy próbach stosowania zamienników. Rzecz jasna każdy przypadek należy badać indywidualnie i nie ma tu jednej miary, którą można byłoby przyłożyć do każdej z rozpatrywanych spraw. Należy jednak pamiętać, że kluczową rolę odgrywa ekonomiczny aspekt naprawy pojazdu – i od niego należy zaczynać. W sytuacji szkody w pojeździe fabrycznie nowym, który jest użytkowany od kilku dni, oczywiście jest, że podczas naprawy winny zostać zamontowane nowe części oryginalne, ale już np. w przypadku naprawy pojazdu kilkuletniego, w złym stanie technicznym, parokrotnie naprawianego – zastosowanie nowych, oryginalnych części nie będzie uzasadnione z ekonomicznego punktu widzenia. Dlatego w mojej ocenie przy zastosowaniu części do naprawy pojazdów powypadkowych kluczową rolę odgrywa właśnie wspomniany ekonomiczny wymiar tej naprawy – i to od tego należy rozpocząć proces racjonalnej, ekonomicznie uzasadnionej naprawy pojazdu; takiej, która nie zwiększając wartości pojazdu ani jej nie zaniżając – przywróci pojazd do stanu sprzed szkody w pełnym tego słowa

znaczeniu. Chodzi tu głównie o wspomniane praktyki ubezpieczycieli co do zaniżania kosztów naprawy uszkodzonego pojazdu. W sposób oczywisty kłóci się to z prawem poszkodowanego do przywrócenia stanu sprzed szkody. Jak zauważono wcześniej, na szkodę składa się szereg elementów, na które poszkodowany nie ma żadnego wpływu, oraz rozmaite koszty, które musi on ponieść – zwłaszcza że nie zawsze środki są mu wypłacane z góry, a zdarza się, że wypłata następuje dopiero po przeprowadzeniu postępowania sądowego. Tym samym tak rozumiane elementy szkody stają się już na tyle dotkliwą uciążliwością dla poszkodowanego, że nie powinien być narażony na dalsze naruszenia jego oczywistego prawa: prawa do przywrócenia stanu, jaki istniał przed zdarzeniem – i to przywrócenia w sposób najmniej dla niego dotkliwy.

Reasumując: należy jednoznacznie stwierdzić, że podstawowym zadaniem poszkodowanego w zdarzeniu komunikacyjnym z punktu widzenia prawidłowego rozliczenia szkody majątkowej w pojeździe powinna być weryfikacja kosztów naprawy i sprawdzenie, czy ubezpieczyciel przy wycenieniu szkody zastosował części o oznaczeniu „O” lub – ostatecznie – „Q”, a także czy uwzględnił wszystkie uszkodzenia. Najrozsądniejsze wydaje się oddanie kosztorysu naprawy ubezpieczyciela do prywatnej ekspertyzy; taka ekspertyza jednoznacznie wykaże ewentualnie nieprawidłowości, które mają na celu umniejszenie majątku poszkodowanego.

Wykonywanie na dużą skalę rzeczonych ekspertyz oraz liczne spory sądowe na tym tle pokazują, że praktyki zaniżania przez ubezpieczycieli odszkodowań są niestety wciąż stosowane. Mimo licznych skarg i wszczęcia sporów sądowych, które przecież w konsekwencji prowadzą do wypłaty pełnego odszkodowania – a ponadto generują dalsze, dodatkowe koszty związane z jego dochodzeniem – zakłady ubezpieczeń bynajmniej nie zaniechały stosowania takich nagannych praktyk.

Abstrakt

W artykule omówiono zagadnienie stosowania części zamiennych w pojazdach mechanicznych przy ustalaniu odszkodowania przez ubezpieczycieli na podstawie umowy odpowiedzialności cywilnej. W tym kontekście istotne są zasady przywrócenia pojazdu do stanu sprzed zdarzenia, w szczególności z uwzględnieniem klasyfikacji części zamiennych oraz oryginalnych. Liczą się tu: stan i wartość pojazdu sprzed szkody oraz wpływ stosowania różnego rodzaju części zamiennych na przywrócenie pojazdu do takiej wartości i takiego stanu. Artykuł koncentruje

się na problemie likwidacji szkody rzeczywistej, tj. takiej, która powstała w następstwie uszkodzenia pojazdu – w ramach umowy odpowiedzialności cywilnej. Przede wszystkim zwraca uwagę na praktyki stosowane przy naprawie pojazdów. Głównym założeniem jest tu zobrazowanie podejmowanych przez ubezpieczycieli działań, nakierowanych na zaniżanie kosztów naprawy pojazdu – i stosowanie części, które nie w każdym przypadku będą prowadziły do przywrócenia pojazdu do stanu sprzed zdarzenia. Tego typu praktyki – zdecydowanie niepożądane z punktu widzenia poszkodowanego – zostały poddane krytycznej ocenie. Jednocześnie wskazano na praktykę sądową w tym zakresie, a także sposoby obrony ubezpieczycieli przed sądem.

Słowa kluczowe: części zamienne, odszkodowanie, ubezpieczyciel, stan pojazdu, uszkodzenie pojazdu, części oryginalne.

BIBLIOGRAFIA

Banaszczyk Z. [w:] K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, tom 1, Warszawa 2020.

Dybowski T. [w:] Z. Radwański (red.), System prawa cywilnego, tom 3, część 1. Prawo zobowiązań – część ogólna, Warszawa 1981.

Janiszewska B., Nadmierne koszty restytucji a odpowiedzialność ubezpieczyciela za tzw. szkody komunikacyjne, „Studia Iuridica UW”, 2007, 47.

Kaliński M., Zasada odszkodowania w ubezpieczeniach gospodarczych (cz. 1), „Prawo Asekuracyjne”, 2002, nr 1.

Kaliński M., Szkada na mieniu i jej naprawienie, Warszawa 2018.

Koch A. [w:] M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, tom 2. Art. 353–626, Warszawa 2022.

Orlicka J., Wybrane problemy finansowania przez ubezpieczycieli OC i AC napraw pojazdów [w:] A. Koch (red.), Aktualne problemy ubezpieczeń komunikacyjnych, Warszawa 2008.

Wróblewski T., Kubiec J., Diagnostowanie podzespołów i zespołów pojazdów, Warszawa 2014.

Zagrobelny K. [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2021.



Z życia Uczelni / University life

Łukasz Mikosz*

Druga Ogólnopolska Konferencja Naukowa „Ochrona praw konsumenta imprez turystycznych”

[Second National Scientific Conference „Protection of Tourist Consumer Rights”]

21 lutego 2023 roku w siedzibie EWSPA w Warszawie odbyła się II OKN „Ochrona praw konsumenta imprez turystycznych”. To kolejna odsłona konferencji dotyczących problematyki ochrony podróży, którą EWSPA zajęła się w 2022 roku. Konferencja odbyła się w dostępie hybrydowym – z możliwością zarówno udziału na żywo, jak i w dostępie zdalnym (przez platformę ZOOM) oraz transmisję w czasie rzeczywistym na portalu Facebook.

W spotkaniu wzięło udział ponad 80 słuchaczy, a referaty wygłosiło 16 prelegentów. Wprowadzenie do konferencji wygłosił JM Rektor EWSPA, profesor Waldemar Gontarski, spotkaniu przewodniczyła zaś dr Magdalena Dziejcz wraz z – relacjonującym to wydarzenie – Łukaszem Marciniem Mikoszem (oboje z EWSPA).

Konferencja – podobnie jak w roku ubiegłym – odbywała się pod patronatem sekretarza stanu w Ministerstwie Sportu i Turystyki – pana Andrzeja Guta-Mostowego, Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców – pana Adama Abramowicza, a także Stowarzyszenia Rzeczników Konsumentów, Kancelarii adwokacko-radcowskiej Dubois i wspólnicy i stowa-

* **Łukasz M. Mikosz** – student Wydziału Prawa EWSPA; ORCID 0000-0001-7152-7692.

rzyszenia People for People, zajmującego się ochroną praw konsumentów. Współorganizatorem spotkania ze strony branży turystycznej była Turystyczna Organizacja Otwarta.

W trakcie konferencji poruszono zagadnienia odnoszące się do różnych dziedzin turystyki, nader istotne z punktu widzenia ochrony praw konsumentów imprez turystycznych, ale również (szeroko rozumianych) podróży.

Referatami, które wzbudziły największe zainteresowanie i były zaczątkiem dyskusji zarówno w trakcie paneli dyskusyjnych, jak i w konferencyjnych kuluarach, były między innymi wystąpienia:

- ◆ dr. Dominika Borka z MSiT „Projekt rozporządzenia Short Term Rental (STR) jako planowany instrument ochrony turystów”,
- ◆ dr. hab. Piotra Gryszla „Ochrona praw konsumentów dokonujących zakupów podczas wycieczek w świetle zmian ustawowych” oraz
- ◆ dr Aleksandry Gawrysiak-Zabłockiej „Wpływ pandemii COVID-19 na umowy o udział w imprezie turystycznej w świetle orzecznictwa TSUE”.

W lutowej konferencji, podobnie jak w jej poprzedniej odsłonie, wzięli udział: dr Bartłomiej Walas, dziekan Wyższej Szkoły Turystyki i Ekologii w Suchej Beskidzkiej, dr Piotr Kociszewski ze Szkoły Głównej Turystyki i Hotelarstwa Vistula, a także mec. Amadeusz Borkowski z Kancelarii Dubois i wspólnicy.

Prelegentami ze strony EWSPA byli niezmiennie: dr Magdalena Dziezic oraz Łukasz Mikosz, którzy wygłosili referaty „Sustainable tourism – zrównoważona turystyka – perspektywy rozwoju” (M.D.) oraz „Szara strefa w turystyce jako zagrożenie interesu konsumentów imprez turystycznych” (Ł.M.).

Rektor EWSPA prof. dr hab. Waldemar Gontarski zapowiedział wydanie publikacji pokonferencyjnej, która zgodnie z obietnicą powinna się ukazać w wydawnictwie C.H. Beck.

Ochrona konsumentów imprez turystycznych jest niezwykle dynamicznie rozwijającą się dziedziną. Obecne uwarunkowania prawne regulujące ten obszar po niecałych dwóch latach funkcjonowania zderzyły się z pandemią COVID – i zderzenie to niezbitcie pokazało, że nie uwzględniają one w pełni swoistości funkcjonowania branży turystycznej.

Takie konferencje, jak ta organizowane przez EWSPA pozwalają określić problemy i wskazać drogi zmian, jakimi powinien podążać nasz

wspólnotowy ustawodawca. Prawo imprez turystycznych – tak bardzo spętane harmonizującą je dyrektywą 2015/2302 – rodzi tylko poczucie bezsilności przy jakiegokolwiek próbie doregulowania go na poziomie legislacji krajowej. Wszelkie zmiany muszą uwzględniać specyfikę wszystkich krajów UE, a proces zmian nie jest ani łatwy, ani szybki. Analiza obecnego stanu, wnioski *de lege lata* i *de lege ferenda*, a w szczególności wartościowe publikacje naukowe z tego zakresu – są jednym ze sposobów wywierania wpływu na prawodawców. W tym procesie nie może wszakże zabraknąć samej branży. Dzięki współpracy przy organizacji konferencji z organizacją branżową (TOO) organizujemy też od jakiegoś czasu pokonferencyjny panel branżowy. W trakcie panelu, który w ubiegłym roku odbył się w formule online dzień po konferencji, a w roku bieżącym, w pierwszym dniu odbywających się w Warszawie w Pałacu Kultury i Nauki międzynarodowych targów turystycznych ITTF Warsaw 2023 (16–18 marca 2023) przedstawiciele organizatorów turystyki, agentów turystycznych, linii lotniczych, organizacji branżowych, a także urzędów marszałkowskich – bazując na wnioskach pokonferencyjnych – dyskutowali, które zmiany i w jakim stopniu są dla branży do zaakceptowania, a które z nich nie dadzą się jednak zastosować w praktyce.

Wydarzenie spotkało się z bardzo pozytywnym przyjęciem ze strony wszystkich zainteresowanych środowisk; było również szeroko komentowane zarówno w prasie branżowej, jak i mediach ogólnopolskich.

A w przyszłym roku czeka nas kolejna odsłona konferencji.



Porady prawne *sine pecunia* na ITTF Warsaw 2023

[Legal Advice *sine pecunia* at ITTF Warsaw 2023]

Studenci EWSPA udzielali darmowych porad prawnych z prawa turystycznego w trakcie odbywających się w Pałacu Kultury i Nauki w Warszawie w dniach 16–18 marca 2023 roku międzynarodowych targach turystycznych ITTF Warsaw 2023.

Studenci wcześniej przeszli intensywne szkolenie z zakresu ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych, analizowali przykładowe kazusy i faktycznie zgłoszone przez konsumentów sprawy roszczeń wobec organizatorów turystyki czy linii lotniczych. Projekt ten stał się przy okazji dobrym zaczynem do reaktywacji Kliniki Prawa EWSPA, która pozwala studentom na zdobywanie praktycznych umiejętności, a zarazem daje osobom gorzej sytuowanym możliwość uzyskania profesjonalnej prawnej porady i pomoc w rozwiązywaniu problemów z najrozmaitszych dziedzin prawa.

EWSPA współorganizowała także prelekcję „Prawa i obowiązki konsumentów imprez turystycznych”, w trakcie której kompleksowo przedstawiono wszystkie ustawowe uprawnienia podróżnych, prawa organizatorów turystyki i wpływające z nich zobowiązania dla turystów. Omówiono także najczęstsze błędy i naruszenia, które występują po obydwu stronach umowy.

Przedstawiono ponadto proces reklamacji związany z nieprawidłowościami przy realizacji umowy o imprezę turystyczną oraz sposoby dochodzenia ewentualnych roszczeń.

W trakcie targów udzieliliśmy niespełna trzydziestu porad prawnych.

Ze strony EWSPA uczestniczyły w tym dziele studentki:

- ◆ Anna Ekert-Tyszewicz
- ◆ Julita Wójcik
- ◆ Katarzyna Rudyk-Jura,
pieczę nad całością sprawował zaś Łukasz M. Mikosz.

Organizator targów ITTF Warsaw 2023 – Grupa MTP – docenił profesjonalizm naszych studentów i podziękował za wzbogacenie programu merytorycznego skierowanego do podróżnych odwiedzających targi, a także wyraził nadzieję na dalszą, równie profesjonalną współpracę (*tm*).



Tomasz Szanciło*

Notatka z konferencji naukowej

[Note from the Scientific Conference]

18 kwietnia 2023 roku – zarówno w siedzibie Europejskiej Wyższej Szkoły Prawa i Administracji przy ul. Okopowej w Warszawie, jak i online – odbyła się Ogólnopolska Konferencja Naukowa „Środki zaskarżenia – aktualne problemy i wyzwania”, zorganizowana we współpracy z Akademią Sztuki Wojennej w Warszawie. Tematyka konferencji została wybrana szczególnie z uwagi na ciągle zmieniające się przepisy kodeksu postępowania cywilnego. Stawia to przed praktykami coraz to nowe wyzwania, tym bardziej że środki zaskarżenia stanowią jeden z najistotniejszych aspektów procedury cywilnej, zapewniających stronom realizację konstytucyjnej zasady prawa do sądu.

Konferencja została podzielona na trzy panele:

1. Środki zaskarżenia – zagadnienia szczegółowe;
2. Środki zaskarżenia związane w postępowaniem drugoinstancyjnym;
3. Skarga kasacyjna i skarga nadzwyczajna.

W ramach tych paneli przedstawiciele nauki i praktyki z różnych ośrodków (Warszawy, Łodzi, Wrocławia, Lublina i Poznania) wygłosili referaty, w których poruszono zagadnienia dotyczące środków zaskarżenia wnoszonych zarówno do sądu pierwszej (tzw. zażalenia poziome)

* **Tomasz Szanciło** – dr hab. nauk prawnych, profesor EWSPA, sędzia Sądu Najwyższego w Izbie Cywilnej.

i drugiej instancji, jak i Sądu Najwyższego. Zwrócono w szczególności uwagę na dwa podstawowe środki odwoławcze – czyli apelację i zażalenie – jak również nadzwyczajne środki zaskarżenia wnoszone do Sądu Najwyższego. Wspomniane zmieniające się przepisy prawa procesowego dały niewątpliwie asumpt do przedstawienia referatów będących przyczynkiem do omówienia zarówno obowiązujących przepisów prawa, jak i zaprezentowania postulatów *de lege ferenda*. Jest to szczególnie istotne w odniesieniu do prawidłowego unormowania środków zaskarżenia.

Przedstawione spektrum zagadnień dało możliwość przeprowadzenia dyskusji, a jednym z ważniejszych efektów omawianego wydarzenia będzie opublikowanie na łamach EPPiSM referatów w formie rozbudowanych artykułów pokonferencyjnych.



Recenzje / Reviews

Stanisław Gebethner

Państwo. Demokracja. Konstytucja,
Wydawnictwo Sejmowe,
Warszawa 2022, ss. 895

W pierwszą rocznicę śmierci Stanisława Gebethnera (1935–2021) uczniowie profesora zebrali i ponownie opublikowali trzydzieści sześć jego prac z lat 1975–2019, tematycznie związanych z przeobrażeniami polskiego systemu politycznego w końcowej fazie istnienia Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej i w latach demokratycznej transformacji. Wyboru i redakcji dokonała trójka politologów – Anna Materska-Sosnowska, Krzysztof Urbaniak i Jacek Wojnicki. Pierwszych dwoje uzyskało doktoraty pod kierownictwem profesora Gebethnera, a profesor Wojnicki jest jego następcą na stanowisku kierownika katedry na Uniwersytecie Warszawskim. Redaktorom omawianego tu tomu należą się wyrazy uznania. Dokonali ciekawego wyboru i nadali mu kształt dobrze odzwierciedlający podstawowe kierunki zainteresowań ich mistrza.

Omawiany tutaj tom składa się z sześciu części, których tytuły obrazują szeroki zakres zainteresowań badawczych Stanisława Gebethnera. Są to następujące obszary tematyczne: 1) wybory i systemy wyborcze, 2) systemy partyjne, 3) konstytucja, 4) instytucje polityczne, 5) systemy rządów, 6) nauka o polityce. Większość przypomnianych tą drogą tekstów wiąże się z podstawowym dla twórczości naukowej profesora Gebethnera wątkiem: dążeniem do tego, by uprawiana przez niego nauka służyła sprawie ukształtowania się w Polsce demokratycznego systemu politycznego i demokratycznej kultury politycznej.

Uczony był politycznym realistą w takim rozumieniu tego terminu, jakie uformowało się zwłaszcza w latach powojennych. Realizm ówczesny wyrastał ze świadomości tego, iż Polska znajdowała się w sytuacji ograniczonej suwerenności, narzuconej przez wyniki drugiej wojny światowej i porozumienie wielkich mocarstw w sprawie podziału Europy na strefy ich wpływu. Uznanie tych realiów nie musiało jednak prowadzić do bezkrytycznej akceptacji niedemokratycznego status quo i do rezygnacji z prób zmian. W Polsce – bardziej niż w innych państwach ówczesnego bloku państw socjalistycznych – postawa taka wyrażała się w szukaniu drogi do stopniowej demokratyzacji systemu. Nie była to droga radykalnego buntu, lecz raczej droga mozolnego tworzenia przesłanek takiego zmieniania systemu politycznego, w którym możliwe stawałoby się rozszerzanie sfery wolności. W tych dążeniach bardzo istotną rolę odgrywała nauka. Tym, co czyniło Polskę po 1956 roku wyjątkowym państwem socjalistycznym, był silny nurt intelektualny, wyrażający się między innymi w podejmowaniu przez nauki prawne i społeczne tematyki reform politycznych.

Przyjaźniłem się ze Stanisławem Gebethnerem od początku lat sześćdziesiątych, gdy poznaliśmy się w ramach prac Polskiego Towarzystwa Nauk Politycznych – organizacji o wielkich zasługach dla integracji nauk zajmujących się badaniem polityki. Gebethner ukończył studia prawnicze, ja socjologiczne. To, co nas do siebie zbliżyło, można określić jako poszukiwanie intelektualnych instrumentów dla stopniowego reformowania systemu politycznego przez budowanie w jego ramach elementów demokratycznych, a zarazem dążenie do uformowania się w Polsce nauki o polityce, rozumianej jako wynik integracji kilku dyscyplin należących do tego, co zgodnie z tradycją francuską nazywaliśmy „naukami politycznymi”.

Wczesne zainteresowania badawcze Gebethnera dotyczyły roli opozycji w Wielkiej Brytanii, co stanowiło temat jego rozprawy doktorskiej i debiutu książkowego. Tylko z pozoru zajmowanie się taką tematyką było ucieczką od polskich realiów. W istocie, przybliżając polskiemu czytelnikowi doświadczenie najstarszej demokracji europejskiej, Gebethner wskazywał drogę, jaką powinna podążać stopniowa reforma polskiego – wówczas autorytarnego – systemu politycznego: przez budowanie w jego ramach możliwości działań opozycyjnych, jeśli nawet – z uwagi na uwarunkowania geopolityczne – musiało to mieć ograniczony zasięg.

Reformatorskie nastawienie Stanisława Gebethnera wyraziło się w jego bardzo aktywnej roli w publicystyce i studiach programowych w ostatniej dekadzie istnienia PRL. Ten zawsze bezpartyjny uczyony w pełni zaangażował się wówczas w działania stanowiące intelektualne przygotowania do Okrągłego Stołu i demokratycznej zmiany systemu. Gdy zaś ta zmiana już się dokonała, odgrywał istotną rolę jako ekspert, zwłaszcza w pracach nad projektem nowej konstytucji.

W latach 2004–2010 profesor Gebethner kierował katedrą prawa administracyjnego w Europejskiej Wyższej Szkole Prawa i Administracji, wnosząc znaczący wkład w pracę naszej uczelni. Z tym większym uznaniem witamy więc publikację przypominającą tego wybitnego uczonego i zasłużonego dla Polski obywatela.

Jerzy J. Wiatr*

* **Jerzy J. Wiatr** – prof. zw. dr hab. nauk humanistycznych, socjolog i politolog, b. minister edukacji narodowej (1996–1997), rektor honorowy EWSPA.



Krzysztof Pałecki*

**Uwagi na marginesie książki Jerzego
Wiatra i Pawła Kozłowskiego:
„O socjologii w Polsce Ludowej rozmów
jedenaście”, IHN PAN, Warszawa 2022**

1. Są to uwagi, które – jak sędzę – nie mogłyby znaleźć się w napisanej przeze mnie recenzji tej książki, ale być może okazały się interesujące dla czytelników. Obawiam się, że gdybym je w takiej recenzji umieścił, to zamiast zwyczajowych „rodzących się wątpliwości”, „krytycznego oglądu” lub „chłodnego spojrzenia” na dzieło, mogłoby to wzbudzić podejrzenia o apologetykę lub „koleżeńską przysługę” czynioną autorowi. Aby uniknąć takich, całkowicie chybionych skojarzeń, chcę na wstępie zapewnić, iż jedynym moim zamiarem jest – tym razem – przekonanie tych wszystkich, którzy nieopatrznie powstrzymują się od jej lektury, że będzie to dla nich znaczna strata poznawcza.

2. Zacznę od tytułu. Otóż książka nie jest wyłącznie o uprawianiu socjologii w pewnym historycznym kontekście, ale przynajmniej w równym stopniu jest o losach ludzi uprawiających wtedy tę dyscyplinę nauki, w tym oczywiście o curriculum samego autora. Jak przypuszczam, wprowadził on do tytułu książki „socjologię” jako nazwę zbiorczą dla wszystkich nauk społecznych, *tout court*. Uważam taką generalizację za w pełni uzasadnioną. Odwołam się przy tym do niegdysiejszej dysputy (z początku lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku), w której nieodżałowany Fran-

* **Krzysztof Pałecki** – prof. zw. dr hab. nauk prawnych, politolog, prawnik i socjolog; członek PAN; b. kierownik Katedry Socjologii Prawa na UJ.

ciszek Ryszka bronił interdyscyplinarnego charakteru wszystkich nauk społecznych przed zakusami ministerialnych planistów wiedzy, w tym socjologii i nauk o polityce. Argumentował przy tym celnie, że podzielenie tych nauk na poszczególne dyscypliny może być wyłącznie zabiegiem porządkowym, usprawiedliwionym organizacją nauczania na uniwersytetach – ale ani ontologicznie, ani epistemologicznie nie znajduje żadnego uzasadnienia. Skądinąd wiadomo, że wielu koryfeuszy socjologii nie miało w tym czasie uczelnianego dyplomu socjologa (a nawet mieć go nie mogło), a przecież nie podważa to powszechnego uznawania ich za klasyków tej dyscypliny naukowej (przypomina się z dalszej przeszłości choćby Max Weber, a bardziej współcześnie – Julian Hochfeld). Dowodzenie interdyscyplinarności ich badań i dzieł byłoby co najmniej truizmem.

3. Każda bibliografia – także naukowa – poddaje kategoryzacji swoją zawartość. Gdyby jednak pokusić się o kategoryzację książki, o której tu mowa, natrafimy na spore trudności. Zapewne najprędzej można by się zgodzić, że jest to indywidualny wywiad rzeka, tzw. wywiad swobodny lub – uciekając się do terminologii Floriana Znanieckiego – dokument osobisty. Skomponowany został z relacji własnej o pewnym fragmencie historii nauki, socjologii – rozumianej szeroko, jak już o tym wspomniałem. W tej książce znajdujemy jednak o wiele więcej, niż byłoby wtedy, gdyby opowiedziano to w narracji *sine ira et studio*, pożądanej u dokumentalistów. Przede wszystkim udzielający wywiadu bohater mówi nam bardzo wiele o sobie samym – otwarcie i bez autokorekty. Dzięki temu otrzymujemy dodatkowo bogatą historię osoby Jerzego Wiatra, składającą się na jego swoisty autoportret. Także wgląd w procesy kształtowania się i przemiany jego osobowości; wgląd w jego wyobrażenia, poglądy, przeżycia, preferencje, motywacje, oceny, często antypodyczne i z dzisiejszej perspektywy często kontrowersyjne, nawet dla niego samego. Ale mimo to nienaruszające utrwalonego już – w pierwotnej internalizacji – jego systemu wartości. Pozwala to mu pozostać wciąż tą samą, wierną sobie, autonomiczną jednostką. Przy czym niejako dodatkowo czytelnik uzyskuje szansę zrozumienia jego wyborów i postępowań, uwikłanych w skomplikowane wydarzenia społeczne i polityczne, których nie jest tylko biernym obserwatorem, ale wielokrotnie – intencjonalnie zaangażowanym uczestnikiem. Wydarzeń nie tylko w Polsce. Komentuje je zarówno w aurze swoich sukcesów – których doprawdy nie brak – lecz także

przydarzających się niepowodzeń. Dzięki temu czytelnik dowiaduje się nie tylko o sprawach mało znanych i nieznanach, ale oprócz tego otrzymuje oryginalne, autorskie propozycje wyjaśnienia i komentarze do wielu z tych spraw. Zazwyczaj nader złożonych i trudnych do jednoznacznej, spójnej interpretacji. Nie jest to – co często zdarza się akademikom – jakaś narracja prowadzona „z wysokości profesorskiej katedry”. Przeciwnie. Jest prosta, lecz nie uproszczona, pragmatyczna i przekonywająca. Pozostająca w zgodzie z sentencją, że gdy mówimy o rzeczywistości złożonej w sposób uproszczony, to kłamiemy.

4. W ciągu z górą ośmiu dziesiątek lat swojej bogatej historii występowania w rolach: ucznia, studenta, nauczyciela akademickiego, uczonego, społecznika i polityka – Jerzy Wiatr miał wyjątkowe szczęście poznać niemal całą elitę najwybitniejszych polskich socjologów swoich czasów (a również wielu zagranicznych koryfeuszy nauk społecznych i polityki). Przedstawia ich niestandardowo w tym wywiadzie. Z niektórymi nawiązał trwałe stosunki przyjaźni; z innymi łączyło go coś więcej niż tylko współuczestniczenie w licznych konferencjach renomowanych stowarzyszeń naukowych i instytucji politycznych. Jeszcze z innymi współdecydował w wielu „ważnych publicznych sprawach”, a z reguły ze wszystkimi, których wiedzę i intelekt cenił – i wyłącznie z takimi – wchodził „w dyskurs polemiczny”, trwający często wiele lat. Obdarzony niezwykłą pamięcią, nikogo nie zapomniał. Te wyjątkowo rozległe i liczne kontakty są w jego wywiadzie precyzyjnie ułożone w czasie, miejscu i sytuacji. Są tak przedstawiane, że pozwalają dzisiejszemu studentowi, lub może już uczonemu młodszego pokolenia, dowiedzieć się czegoś więcej, niż udało mu się dotąd; lub chociażby „przypomnieć sobie” z wielu prac autorów, z których właśnie korzysta – albo raczej należałoby, aby korzystał.

5. Skłania to piszącego te słowa do jeszcze jednej uwagi. Dotyczy ona pewnej opinii, niejednokrotnie dającej się usłyszeć, a mianowicie, że w Polsce czasów tzw. demokracji socjalistycznej (lub ludowej) nauki społeczne, a socjologia w szczególności, zostały w takim stopniu poddane indoktrynacji – czy innym manipulacjom politycznie inspirowanym – że ich wiarygodność poznawcza lub/i pragmatyczna uległa w zasadzie anihilacji. Zatem przywoływanie dorobku tych nauk, powstającego w tym, podobno „słusznie zapomnianym” okresie, byłoby sprzeczne z wymogami stawianymi współcześnie nauce i nauczaniu. Powstrzymam się

od polemiki z tą opinią, która – jak większość przekonań radykalnych – w znacznym stopniu opiera się na niewiedzy i uproszczeniach. Zamiast tego odsyłam znowu do lektury książki oznaczonej w tytule. Jeżeli jednak – co oczywiście możliwe – jej treść nie jest w tej materii dla kogoś wystarczająco przekonywająca, to pozostaje mi już tylko zachęcanie tego kogoś do lektury dzieł takich autorów, jak na przykład: Stanisław Ossowski, Jan Szczepański, Kazimierz Dobrowolski, Józef Chałasiński, Andrzej Malewski, Konstanty Grzybowski, Jerzy Szacki, Stefan Nowak – i bardzo wielu innych, tworzących także w czasach Polski Ludowej, a o których w tej książce można (i warto) przeczytać. Nie wspominając już nawet o pracach głównego jej bohatera.



Mirosław Chałubiński*

**Uwagi o książce Jerzego J. Wiatra
i Pawła Kozłowskiego „O socjologii
w Polsce Ludowej rozmów jedenaście”,
Warszawa 2022, ss. 217**

17 września 2021 r. minęła 90. rocznica urodzin Profesora Jerzego J. Wiatra, znanego nie tylko w Polsce i w świecie socjologa, politologa, nauczyciela akademickiego (związanego głównie z Uniwersytetem Warszawskim), działacza politycznego, publicysty, redaktora naczelnego wielu periodyków naukowych i społeczno-politycznych. Nie mam pewności, czy wymieniłem wszystkie ważniejsze role publiczne, które w swoim wybitnie aktywnym życiu prof. J.J. Wiatr wypełniał i wciąż wypełnia.

Różne środowiska naukowe i instytucje żywo zareagowały na tą rocznicę, a recenzowany poniżej tekst – liczący 217 stron – traktować można jako swoisty suplement do tej rocznicy. Suplement udany, gdyż uwzględniający fakt, iż profesor Wiatr był i jest przede wszystkim naukowcem, badaczem zjawisk politycznych, procesów przemian społecznych w naszym kraju, o czym świadczy bogata bibliografia jego publikacji. W przypadku wywiadu rzeki niekiedy istotnie na osiągnięte rezultaty wpływa osoba prowadząca serię rozmów (tutaj było ich 11), a prowadzone były one na przełomie 2021 i 2022 roku. Tak szczęśliwie się złożyło, że rozmowy prowadził prof. Paweł Kozłowski, z wykształcenia socjolog i ekonomista, a także doświadczony historyk idei, z niemałym już dorobkiem (*vide* jego opracowania studiów twórczości Andrzeja Walickiego i Grzegorza Kołodki). Ze swych zadań

* **Mirosław Chałubiński** – prof. dr hab. nauk humanistycznych, socjolog, filozof, historyk idei; przewodniczący Sekcji Historii Socjologii PTS.

wywiązał się on satysfakcjonująco przez formułowanie odpowiednich pytań i kierunkowanie rozmowy. „Wywiad rzeka” musi nosić – w pewnym przynajmniej stopniu – charakter autobiograficzny, ponieważ interesuje nas osoba rozmówcy, jej poglądy i ich ewolucja. W poprzednich latach ukazały się już przynajmniej dwa obszerniejsze teksty pióra J.J. Wiatra: „Życie w ciekawych czasach”, 2008, wyd. rozsz. 2012, a także „O Wojciechu Jaruzelskim i o Polsce” (red. G. Zmarzliński), które mają autobiograficzny charakter. Nie ma jednak w omawianym tekście powtórzeń, lecz co najwyżej nawiązania do wcześniejszych prac.

Szczególnie interesująca w recenzowanej pracy wydaje się teza (i jej dokumentacja) o działaniu w polskiej socjologii szkoły Juliana Hochfelda (1911–1966), aktywnej głównie w obszarze socjologii polityki, którą po roku 1956 współtworzył on – razem ze swoimi uczniami i współpracownikami – na Uniwersytecie Warszawskim. Najbardziej znani z nich to: Z. Bauman, M. Hirszowicz, A. Jasińska-Kania, W. Wesołowski i J.J. Wiatr. Wszyscy z wymienionych tu socjologów byli też aktywni w innych dziedzinach nauk społecznych i ich osiągnięć nie da się sprowadzić jedynie do lansowania socjologicznego punktu widzenia w naukach politycznych. Niestety szkoła ta, jako realizująca pewien program badawczy (marksizm otwarty), istniała relatywnie krótko, bo tylko do roku 1968; oskarżana była wielokrotnie o rewizjonizm – co stanowiło wówczas bardzo ostrą postać politycznej krytyki. Jej istnienie przerywa śmierć J. Hochfelda (1966) i nieco późniejsze tzw. wydarzenia marcowe – destrukcyjne również dla wielu dziedzin polskiej kultury, w tym także dla środowiska tej szkoły. Lecz jej członkowie byli później aktywni (a po części wciąż są) w naukach społecznych w Polsce i za granicą; J.J. Wiatr podkreśla w kilku miejscach, że środowisko grupujące się wokół J. Hochfelda należało do nielicznych, które tworzyło szkołę w socjologii.

Na dokumentacyjne walory recenzowanego tekstu korzystnie wpłynęło też bogactwo zawodowych i życiowych doświadczeń prof. J.J. Wiatra, który uczestniczył w przeprowadzaniu wielu przedsięwzięć ważnych dla warszawskiej (i nie tylko) socjologii, wypełniając w niej różne organizacyjne funkcje. Ponadto w wywiadzie potrafił on zachować obiektywizm w ocenie ludzi i wydarzeń, choć w konwencji wywiadu rzeki miał on – przynajmniej w pewnym stopniu – prawo do subiektywności. Pomogły mu w tym także wysokie kompetencje naukowe, które pozwoliły ulokować historię polskiej

socjologii okresu PRL w szerokim kontekście uwarunkowań politycznych i systemowych, zarówno wewnętrznych, jak i światowych.

Okazuje się, że dorobek socjologów w okresie PRL był całkiem niemały, choć trudno nazwać Polskę krajem demokratycznym, a można co najwyżej mówić o okresach liberalizacji systemu, określanego – słusznie – mianem socjalizmu autorytarnego.

Reasumując: stwierdzę, iż omawiany tekst ma poważne zalety i powinien go uwzględnić nie tylko historyk socjologii, lecz także badacz kultury PRL. Może on także prowokować (zwłaszcza rozmowa 11) do środowiskowej dyskusji o stanie polskiej socjologii po roku 1989, a także (generalnie) o specyfice PRL w tym okresie.



Informacje dla Autorów

W Redakcji Europejskiego Przeglądu Prawa i Stosunków Międzynarodowych (nazwa skrócona: EPPiSM) zasady publikowania tekstów są następujące:

1. Przekazując tekst Redakcji, Autor przenosi na Wydawcę wyłączone prawo do jego publikacji.
2. Zgoda Autora na publikację w Europejskim Przeglądzie Prawa i Stosunków Międzynarodowych obejmuje wersje: elektroniczną (e-publicacja) oraz drukowaną (papierową).
3. Wersję elektroniczną Europejskiego Przeglądu Prawa i Stosunków Międzynarodowych uważa się za podstawową.
4. Tekst zgłoszony do publikacji w Europejskim Przeglądzie Prawa i Stosunków Międzynarodowych nie może być wcześniej opublikowany w innym czasopiśmie (w wersji elektronicznej i / lub drukowanej) ani rozpatrywany pod kątem publikacji.
5. Teksty przekazuje się drogą elektroniczną (email: ewspa.kwartalnik.eppism@gmail.com) albo pocztową (adres: ul. Okopowa 59, 01-043 Warszawa, 4. piętro) – w drugim przypadku z zapisaną na odczytywalnym nośniku wersją elektroniczną oraz z papierowym, jednostronnym wydrukiem.
6. Każdy tekst poddawany jest wstępnej ocenie Redakcji, która może go odrzucić, w szczególności gdy nie zachowano podstawowych reguł naukowej lub językowej poprawności, a także gdy naruszono choćby jedną z zasad publikacji właściwych dla EPPiSM, w tym zwłaszcza zasadę autorskiej rzetelności (np. *ghostwriting*, *guest authorship*). Tekst, który nie został odrzucony, poddawany jest ocenie merytorycznej co najmniej dwóch niezależnych recenzentów w procedurze anonimowej (*double-blind*). Przygotowują oni na piśmie recenzje zawierające uwagi i wskazówki dla Autorów oraz jednoznaczny wniosek w kwestii dopuszczenia tekstu do publikacji. Na tej podstawie Redakcja podejmuje decyzję: a) o przyjęciu go do publikacji; b) o warunkowym przyjęciu do publikacji – po uwzględnieniu przez autora wskazanych przez recenzentów zmian; c) o odmowie przyjęcia do publikacji.
7. Redakcja nie ujawnia nazwisk recenzentów poszczególnych materiałów. Co najmniej raz w roku publikuje się listę recenzentów na stronie internetowej kwartalnika.

8. Minimalna objętość nadsyłanych do EPPiSM artykułów naukowych i glos wynosi 20 000 znaków (tu i dalej liczonych ze spacjami i przypisami).
9. Maksymalna objętość artykułu naukowego nie powinna być większa niż 60 000 znaków. W razie przekroczenia – zwłaszcza znaczącego – wskazanego limitu Redakcja może zaproponować Autorowi podział tekstu na części. Objętość glosy nie powinna przekraczać 40 000 znaków.
10. W artykule i glosie znajdują się dodatkowo: tytuł w języku angielskim, abstrakt w językach polskim i angielskim (o orientacyjnej objętości 500–2500 znaków), słowa kluczowe w językach polskim i angielskim (co najmniej trzy), a także bibliografia załącznikowa.
11. Autor dołączy ponadto: informację o sobie (status naukowy, zawodowy, afiliacja, numer ORCID, adres poczty elektronicznej, telefon itp.) oraz oświadczenie, że tekst nie został dotychczas nigdzie opublikowany, a Redakcja EPPiSM nabywa na wyłączność prawo do jego publikacji. W wypadku publikacji wieloautorskich podanie informacji o sobie i obowiązek złożenia oświadczenia dotyczy wszystkich Autorów.
12. Artykuł naukowy prócz abstraktu powinien zawierać wyodrębniony, najlepiej kilkuzdaniowy wstęp (lid). Abstrakt należy sporządzić z użyciem słów kluczowych (każde słowo kluczowe winno być w nim użyte). Abstrakt dotyczy treści artykułu, czyli jest streszczeniem – i jako taki powinien zawierać zwroty typu: „Celem artykułu jest...” albo „Przedmiotem artykułu jest”, a także przedstawić syntetyczne wyjaśnienie, jak ten cel został zrealizowany, np. „Celem artykułu jest odpowiedź na pytanie...”, „Autor udzielił odpowiedzi pozytywnej / negatywnej” – jest to *minimum minimorum* abstraktu. Wstęp odnosi się natomiast do tematyki poruszonej w artykule, czyli jest syntetycznym do niej wprowadzeniem. Wstęp nie powinien (nawet we fragmencie) powielać ani parafrazować abstraktu.
13. Nieodłączną częścią każdego artykułu naukowego i glosy są końcowe wnioski (konkluzje).
14. W razie przywoływania w tekście publikacji elektronicznych oprócz autora i tytułu należy podać adres strony internetowej wraz z datą dostępu.
15. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przytacza się z obligatoryjnym wskazaniem jednostki redakcyjnej danego orzeczenia – czyli punktu (TSUE) lub paragrafu (ETPC) – przykładowo w następujący sposób:
 - ¹ Postanowienie TS z 12 lutego 2019 r., RH, C8/19 PPU, EU:C:2019:110, pkt 60.
 - ² Wyrok Sądu UE z 15 grudnia 2010 r., E.ONEnergie/Komisja, T141/08, EU:T:2010:516, pkt 56 i przywołane tam orzecznictwo.

³ Wyrok ETPC z 25 marca 1998 r., *Belziuk v. Polska*, skarga nr 23103/93, § 37. W kolejnych przytoczeniach tego samego orzeczenia pomija się sygnaturę ECL (TSUE) albo numer skargi (ETPC).

16. Orzecznictwo krajowe przykładowo przytacza się następująco:

¹ Wyrok SN z 12 marca 2008 r., I CSK 430/07, OSNC 2009, nr 5, poz. 75.

² Postanowienie TK z 27 września 2005 r., U 2/05, OTK ZU-A 2005, nr 8, poz. 96, cz. II, pkt 2.

³ Wyrok TK z 3 grudnia 2015 r., K 34/15, OTK ZU-A 2015, nr 11, poz. 185, cz. III, pkt 6.12.

⁴ Wyrok NSA z 24 października 2000 r., V SA 613/00, OSP 2001, nr 5, poz. 82.

⁵ Wyrok SA w Krakowie z 23 kwietnia 1998 r., II AKa 48/98, LEX nr 35155.

⁶ Postanowienie SA w Łodzi z 15 lutego 2023 roku, II AKz 74/23 (niepublikowane).

W kolejnych przytoczeniach tego samego orzeczenia krajowego pomija się miejsce publikacji lub adnotację o jej braku.

17. Po przyjęciu tekstu do publikacji Redakcji przysługuje prawo opracowania edytorskiego, typograficznego, językowego itp.

18. Za publikację w Europejskim Przeglądzie Prawa i Stosunków Międzynarodowych nie wypłaca się honorariów autorskich ani nie pobiera się opłat (APC).

Wydawca EPPiSM



Information for Authors

The Editorial Board of the European Law & International Relations Review [Europejski Przegląd Prawa i Stosunków Międzynarodowych] (abbreviated name: EL&IRR [EPPiSM]) has the following rules for publishing texts:

- (1) By submitting a text to the Editor, the Author transfers to the Publisher the exclusive right to publish it.
- (2) The Author's consent to publication in the European Law & International Relations Review includes the electronic (e-publication) and printed (paper) versions.
- (3) The electronic version of the European Law & International Relations Review is considered the primary version.
- (4) A text submitted for publication in the European Law & International Relations Review must not have been previously published in another journal (electronic and/or print) or considered for publication.
- (5) Texts are submitted either electronically (e-mail: ewspa.kwartalnik.epism@gmail.com) or by post (address: 59 Okopowa St., 01-043 Warsaw, 4th floor) – in the latter case with an electronic version saved on a readable medium and with a paper, single-sided printout.
- (6) Each text is subjected to an initial assessment by the Editorial Board, which may reject it, in particular if the basic rules of scientific or linguistic correctness have not been observed, or if at least one of the principles of publication proper to the EL&IRR has been violated, including in particular the principle of author's integrity (e.g. ghostwriting, guest authorship). A text that has not been rejected is subjected to substantive assessment by at least two independent reviewers in a double-blind procedure. They prepare written reviews containing remarks and instructions for the Authors and a clear conclusion as to whether the text should be accepted for publication. On this basis, the Editorial Board decides: a) to accept it for publication; b) to accept it conditionally for publication – after the author has incorporated the changes indicated by the reviewers; c) to refuse to accept it for publication.
- (7) The editors shall not disclose the names of reviewers of individual materials. A list of reviewers is published at least once a year on the quarterly's website.

- (8) The minimum length of scientific articles and glosses submitted to the EL&IRR shall be 20,000 characters [here and hereafter counted with spaces and footnotes].
- (9) The maximum volume of a scientific article should not exceed 60,000 characters. If this limit is exceeded – particularly significantly – the Editors may suggest that the author divide the text into parts. The volume of the glossary should not exceed 40,000 characters.
- (10) The article and the review will additionally contain: the title in English, an abstract in Polish and English (approximate length 500–2500 characters), keywords in Polish and English (at least three), and an appendix bibliography.
- (11) In addition, the Author shall include: information about him/herself (academic and professional status, affiliation, ORCID number, e-mail address, telephone number, etc.) and a statement that the text has not been published anywhere before and that the EL&IRR Editorial Board acquires the exclusive right to publish it. In the case of multi-authored publications, the information about oneself and the obligation to submit a statement apply to all authors.
- (12) In addition to the abstract, the scientific article should include a separate, preferably several-sentence introduction (leader). The abstract should be written using keywords (each keyword should be used in the abstract). The abstract is concerned with the content of the article, i.e. it is a summary – and as such should contain phrases such as “The aim of the article is...” or “The subject of the article is...” and also provide a synthetic explanation of how this aim has been achieved, e.g. “The aim of the article is to answer the question...”, “The author has provided a positive/negative answer” – this is the *minimum minimorum* of the abstract. The introduction, on the other hand, refers to the subject matter covered in the article, i.e. it is a synthetic introduction to it. The introduction should not (even in part) duplicate or paraphrase the abstract.
- (13) Final conclusions are an integral part of every scientific article and glossary.
- (14) Where reference is made in the text to electronic publications, in addition to the author and the title, the address of the website should be given, together with the date of access.
- (15) Case law of the Court of Justice of the European Union and of the European Court of Human Rights shall be cited with the obligatory indication of the editorial unit of the decision in question – i.e. point (CJEU) or paragraph (ECHR) – for example as follows:

¹ Order of the CJ of 12 February 2019, RH, C 8/19 PPU, EU:C:2019:110, para 60.

² Judgment of the EU General Court of 15 December 2010, E.ONEnergie/Commission, T 141/08, EU:T:2010:516, para 56 and case law cited therein.

³ ECtHR judgment of 25 March 1998, *Belziuk v. Poland*, Application no. 23103/93, § 37. Subsequent citations of the same judgment omit either the ECL (CJEU) or the complaint number (ECtHR).

(16) National case law is cited by way of example as follows:

¹ Judgment of the Supreme Court of 12 March 2008, I CSK 430/07, OSNC 2009, no. 5, item 75.

² Order of the Constitutional Court of 27 September 2005, U 2/05, OTK ZU-A 2005, no. 8, item 96, part II, point 2.

³ Judgment of the Constitutional Court of 3 December 2015, K 34/15, OTK ZU-A 2015, no. 11, item 185, part III, point 6.12.

⁴ Judgment of the Supreme Administrative Court of 24 October 2000, V SA 613/00, OSP 2001, no. 5, item 82.

⁵ Judgment of the Court of Appeal in Kraków of 23 April 1998, II AKa 48/98, LEX no 35155.

⁶ Decision of the Court of Appeal in Łódź of 15 February 2023, II AKz 74/23 (unpublished). Subsequent citation of the same national judgment shall omit the place of publication or a note of its absence.

(17) Once a text has been accepted for publication, the Editor has the right to make editorial, typographical, linguistic, etc. adjustments.

(18) No royalties or fees (APCs) shall be paid for publication in the *European Law & International Relations Review*.

Publisher of the EL&IRR [EPPiSM]