FORUM PRAWNICZE

NUMER 4 (72)
2022

Spis treści

ARTYKUŁY

Szymon Obuchowski, Tomasz Kanty

3 **Zasady pragmatyzmu w postępowaniu podatkowym**

Michał Grudecki

16 **O występku znieważenia Prezydenta RP**

Grzegorz M. Tracz

34 **Tradycja prawa rzymskiego a obowiązek przyjęcia świadczenia częściowego**

Agata Pyrzyńska

51 **Problematyka terminów w wyborach Prezydenta RP zarządzonych postanowieniem Marszałka Sejmu z 3 czerwca 2020 roku**

Łukasz Drożdżowski

67 **Zakres ochrony danych genetycznych na gruncie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679**

Marcin Sobota

86 **Strona postępowania w procedurze ustalania opłat za usługi wodne**

GLOSA

Sebastian Zieliński

97 **Glosa krytyczna do wyroku Sądu Najwyższego z 3 lipca 2019 r., sygn. akt V KK 256/18**

Zasady składania materiałów do „Forum Prawniczego”

Redakcja „Forum Prawniczego” przyjmuje następujące teksty:

1) **artykuły** – na tekst główny powinno się składać maksymalnie 70 000 znaków ze spacjami;

2) **artykuły recenzyjne** – powinny dotyczyć publikacji, które ukazały się nie wcześniej niż na rok (w przypadku publikacji polskich) lub dwa lata (w przypadku publikacji zagranicznych) przed oddaniem recenzji do redakcji; recenzje lub artykuły recenzyjne powinny mieć do 40 000 znaków ze spacjami;

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

Zgłoszenia należy składać za pośrednictwem platformy: https://journals.law.uj.edu.pl/index.php/forum_prawnicze/about/submissions

Teksty składane do redakcji podlegają wewnętrznej procedurze oceny, stanowiącej podstawę decyzji o przyjęciu albo odrzuceniu tekstu.

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

Czasopismo jest wydawane na licencji Creative Commons Uznanie autorstwa – Użycie niekomercyjne – Bez utworów zależnych 4.0 Międzynarodowe (CC BY-NC-ND 4.0).

W latach 2019–2020 czasopismo wydawane jest w ramach programu „Wsparcie dla czasopism naukowych” Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego.

FORUM PRAWNICZE

Numer 4 (72) | 2022
Dwumiesięcznik
ISSN: 2081-688X

WSPÓŁWYDAWCY

Uniwersytet Jagielloński
ul. Gołębia 24
31-007 Kraków

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

RADA PROGRAMOWA

Przewodniczący: prof. Jerzy Stelmach – Uniwersytet Jagielloński
prof. Martin Avenarius, Universität zu Köln
prof. Gerard Bradley, University of Notre Dame, USA
prof. Bartosz Brożek, Uniwersytet Jagielloński
prof. Gergel Deli, Széchenyi István Egyetem, Győr
prof. Federico Fernández de Buján, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid
prof. Tomasz Giaro, Uniwersytet Warszawski
prof. Phillip Hellewege, Universität Augsburg
prof. Sang Yong Kim, 연세대학교 (Yonsei Daehakgyo)
prof. Hanna Knysiak-Sudyka, Uniwersytet Jagielloński
prof. Małgorzata Korzycka, Uniwersytet Warszawski
dr hab. Michał Królikowski, prof. UW, Uniwersytet Warszawski
prof. Francesco Paolo Patti, Università Bocconi, Milano
prof. Diarmuid Phelan, Trinity College Dublin
prof. Jerzy Pisuliński, Uniwersytet Jagielloński
prof. Ewa Rott-Pietrzyk, Uniwersytet Śląski w Katowicach
doc. Pavel Salak, Masarykova Univerzita, Brno
dr hab. Adam Szafrański, Uniwersytet Warszawski
prof. Bogdan Szlachta, Uniwersytet Jagielloński
prof. Marek Szydło, Uniwersytet Wrocławski
prof. Christopher Wolfe, University of Dallas
prof. Paweł Wiliński, Uniwersytet im. A. Mickiewicza w Poznaniu
prof. Lihong Zhang, 華東政法大學 (Huadong Zhengfa Daxue)
prof. Mingzhe Zhu, 中國政法大學 (Zhongguo Zhengfa Daxue)

ZESPÓŁ REDAKCYJNY

Redaktor naczelny: prof. Wojciech Dajczak – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Sekretarze redakcji:
Emil Ratowski – Uniwersytet Warszawski
Kamil Ratowski – Uniwersytet Warszawski
Patryk Walczak – Uniwersytet Jagielloński

Redaktorzy tematyczni:
prof. UW dr hab. Leszek Bosek – prawo prywatne – Uniwersytet Warszawski
ks. prof. Franciszek Longchamps de Bérier – historia prawa i prace interdyscyplinarne we współpracy z naukami o życiu i naukami ścisłymi – Uniwersytet Jagielloński
dr hab. Monika Niedźwiedź – prawo administracyjne i konstytucyjne – Uniwersytet Jagielloński
prof. Andrzej Sakowicz – prawo karne – Uniwersytet w Białymstoku
dr hab. Marta Soniewicka – teoria i filozofia prawa, teksty interdyscyplinarne z zakresu nauk humanistycznych i społecznych – Uniwersytet Jagielloński
dr Grzegorz Blicharz – specjalista ds. finansowania, cyfryzacji i bibliometrii – Uniwersytet Jagielloński

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Redakcja językowa: Magdalena Białek
Skład: Janusz Świnarski
Projekt graficzny: item:grafika

ADRES REDAKCJI

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

Wersja papierowa „Forum Prawniczego” ma charakter pierwotny.

Nakład 100 egz.

Copyright for the title © Uniwersytet Jagielloński.
Copyright for individual papers © authors under the Creative Commons license (CC-BY-NC-ND 4.0).

Szymon Obuchowski, Tomasz Kanty

Zasady pragmatyzmu w postępowaniu podatkowym

Szymon Obuchowski

Doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Finansowego Uniwersytetu Gdańskiego.

szymon.obuchowski@prawo.ug.edu.pl

https://orcid.org/0000-0002-5033-9980

Tomasz Kanty

Doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Karnego i Procesowego Uniwersytetu Gdańskiego.

tomasz.kanty@prawo.ug.edu.pl

https://orcid.org/0000-0002-0461-0450

Principle of Pragmatism in Tax Proceedings

The article refers to one of the changes included in the Tax Ordinance Project prepared in 2017 by the General Tax Law Codification Commission, which introduced the so-called principle of pragmatism into the group of general principles of Polish tax proceedings. This principle, previously unknown in Polish tax proceedings, provided for the possibility not to initiate or to discontinue initiated tax proceedings if they concerned cases which did not fall within the "triviality limit", set at PLN 50. The study points out that it is necessary to take into account the needs of fiscal penal law when introducing the discussed principle into tax proceedings, considering its subsidiarity in relation to tax law and, more broadly, financial law and the ways it is understood in the Polish doctrine of criminal law. The authors conclude that the proposed principle of pragmatism in tax proceedings is an institution identical to the principle of opportunism in criminal proceedings, although it has more specific statutory prerequisites for its application than its criminal law prototype. They also indicate the necessary de lege ferenda actions in the field of prerequisites for prosecuting criminal offences, should the principle be codified.

Słowa kluczowe: zasada pragmatyzmu, postępowanie podatkowe, subsydiarność prawa karnego, limit bagatelności

Key words: principle of pragmatism, tax proceedings, subsidiarity of penal law, triviality limit

https://doi.org/10.32082/fp.4(72).2022.417

Wprowadzenie

Rozważanie treści przygotowanego przez Komisję Kodyfikacyjną Ogólnego Prawa Podatkowego projektu nowej Ordynacji podatkowej[1] może obecnie wyda-

1 *Rządowy projekt ustawy – Ordynacja podatkowa*, Druk sejmowy Sejmu VIII kadencji nr 3517; dalej: „p.o.p." W tym miejscu należy nadmienić,

wać się jałowe wobec zaniku perspektyw jego wejścia w życie. Jego opublikowanie stanowi jednak impuls do poszerzenia zasięgu dyskusji nad kształtem ogólnego prawa podatkowego o zagadnienia procesowe, projekt przewidywał bowiem w tym zakresie wiele zmian[2]. Te przy okazji wprowadzania ostatnich nowych instytucji analizowane były zwykle jedynie jako ich część składowa. Regulacja postępowania podatkowego nie podlegała w ostatnich latach znaczniejszym zmianom i dlatego nie leżało ono w centrum uwagi doktryny.

Wciąż wybrzmiewają zarazem zastrzeżenia co do jakości procesu legislacyjnego towarzyszącego zmianom prawa podatkowego w Polsce[3]. Wśród nich stale akcentuje się konieczność trafnego rozpoznania realnych potrzeb ustawodawczych[4]. Z tego punktu widzenia zaproponowane w p.o.p. nowe instytucje zasługują na analizę choćby z tego powodu, że stanowić mogą zasób przemyślanych, poddanych krytyce i w pełni ukształtowanych przyszłych rozwiązań, gdyby doszło do dalszych prac legislacyjnych nad Ordynacją podatkową.

Jedną z istotnych zmian w obrębie norm procesowych przewidzianych w p.o.p. jest poszerzenie katalogu zasad postępowania podatkowego i jego przesunięcie na czoło systematyki aktu. Zgodnie z wolą projektodawców[5] z zabiegiem tym wiązać miało się nadanie im charakteru „zasad ogólnego prawa podatkowego" poprzez wzbogacenie ich treści formalnej o pierwiastek materialny. Zmiana jest istotna pod względem normatywnym, strukturalnym i treściowym, zasługuje na szerszą analizę pod kątem możliwości spełnienia wiązanych z nią oczekiwań; ta jednak nie jest przedmiotem niniejszego opracowania.

Zasada pragmatyzmu to klauzula umożliwiająca organom podatkowym odstąpienie od podjęcia wymaganej przez obowiązujący przepis prawa podatkowego czynności.

W ramach modyfikacji zasad postępowania podatkowego w przepisie art. 22 § 2 p.o.p. zaproponowano wprowadzenie „zasady pragmatyzmu"[6] w postaci klauzuli umożliwiającej organom podatkowym odstąpienie od podjęcia wymaganej przez obowiązujący przepis prawa podatkowego czynności. Możliwość ta uwarunkowana jest przewidywaną niewspółmiernością kosztów do rezultatu czynności oraz zakazem ograniczania praw i poszerzania obowiązków podatników. Z omawianą zasadą ściśle związane jest szczegółowe rozwiązanie przewidziane w przepisie art. 361

iż prace legislacyjne nad projektem nie zostały ukończone przed końcem VIII kadencji Sejmu.

2 Zob. L. Etel, *Co nowego w nowej Ordynacji podatkowej?* (w:) J. Gliniecka i in. (red.), *Praktyczne i teoretyczne problemy prawa finansowego wobec wyzwań XXI wieku*, Warszawa 2017, s. 239, 242–245, 248, 251.

3 J. Glumińska-Pawlic, *Zmienność prawa podatkowego a zasada pewności opodatkowania* (w:) A. Kaźmierczyk, A. Franczak (red.), *Zasada pewności w prawie podatkowym*, Warszawa 2018, s. 44–50; R. Mastalski, *Systemowe tworzenie prawa* (w:) J. Głuchowski (red.), *Współczesne problemy prawa podatkowego. Teoria i praktyka*, t. 1, *Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Bogumiłowi Brzezińskiemu*, Warszawa 2019, s. 297–300.

4 Por. np. J. Rudowski, *Tworzenie prawa podatkowego – wymogi a rzeczywistość na przykładzie opodatkowania budowli podatkiem od nieruchomości* (w:) J. Głuchowski (red.), *Współczesne problemy…*, t. 2, s. 233–234; J. Zawiejska-Rataj, *O jakości prawa podatkowego* (w:) J. Głuchowski (red.), *Współczesne problemy…*, t. 2, s. 325.

5 *Uzasadnienie Rządowego projektu ustawy – Ordynacja podatkowa*, Druk sejmowy Sejmu VIII kadencji nr 3517, s. 12–13, 60–86.

6 *Uzasadnienie…*, s. 78–79.

§ 1 p.o.p., zwane „limitem bagatelności”[7]. Przepis ten nakazuje organom podatkowym umarzać postępowania podatkowe i zakazuje ich wszczynania z urzędu w przypadkach, w których ich przedmiotem byłaby kwota niższa niż 50 zł.

Przedmiotem analizy będzie wzajemna relacja obu przepisów i zakodowanych w nich norm, a także ich natura i wynikające z niej właściwości. Jak projektodawcy wskazują, zasada zawarta w przepisie art. 22 § 2 p.o.p. w treści odpowiada znanej prawu karnemu procesowemu zasadzie oportunizmu procesowego[8]. To też skłania, ażeby – w nawiązaniu do wskazywanego w doktrynie podobieństwa postępowania podatkowego i karnego[9] – poddać oba przepisy analizie z wykorzystaniem narzędzi i doświadczeń zebranych przez naukę prawa karnego procesowego. Wprowadzenie przesłanki umarzania postępowań podatkowych z uwagi na brak interesu społecznego w dążeniu do ich wykonania może wywrzeć wpływ także na stosowanie przepisów prawa karnego skarbowego (ściślej – wykroczeń skarbowych). Na jej konsekwencje w tym zakresie zwracamy uwagę w części drugiej opracowania.

1. Pragmatyzm w postępowaniu podatkowym a oportunizm w ściganiu karnym

1.1. Idea i zasada pragmatyzmu

Rozważania teoretyczno-dogmatyczne należy poprzedzić krótką charakterystyką pojęcia pragmatyzmu. W kontekście prawnym[10] i ściślej – procesowym – oznacza się nim wartość instrumentalną – zjawisko cenione z uwagi na przypisywane mu pozytywne skutki[11]. Ich suma wyraża się w racjonalizacji działań organów stosujących prawo poprzez umożliwienie ich zaniechania, jeśli przestają służyć zakładanym celom, stając się formalistycznym obciążeniem[12]. Pragmatyzm, jako wyjątek, stoi tym samym w kontekście prawnym w opozycji do legalizmu, który wymaga realizacji całości kompetencji organów procesowych, a więc dopełnienia wszystkich czynności bez wyjątku, jeśli tylko zaktualizują się ustawowe przesłanki warunkujące ich podejmowanie. Zasada ta służy szerszemu postulatowi dbania o ekonomikę procesu stosowania prawa.

Przechodząc do analizy zasady w wersji przewidzianej w przepisach p.o.p., w pierwszej kolejności art. 22 § 2 oraz 361 § 1 oraz wynikające z nich normy należy prześwietlić według wiedzy o zasadach prawa z obszaru ogólnej teorii prawa oraz doktryny procesu karnego. W świetle ustaleń pierwszej obie normy warto rozważyć pod kątem ich przynależności do grupy zasad prawa. Zależą od tego istotne ich cechy, takie jak sposób dokonywania wykładni, siła i zasięg oddziaływania na pozostałe normy postępowania podatkowego zawarte w p.o.p. czy specyficzna metoda stosowania. Właściwa identyfikacja ich natury pozwoliłaby z wyprzedzeniem z dużą precyzją wskazać właściwy sposób ich stosowania (w tym wątki argumentacyjne, jakie należy z nimi wiązać) w ewentualnej przyszłej praktyce.

7 *Uzasadnienie…*, s. 407.

8 Powodem wykorzystania innej nazwy w p.o.p. jest dla projektodawców „negatywna konotacja” terminu „oportunizm” (*Uzasadnienie…*, s. 77–78), która nie występuje jednak w doktrynie procesu karnego. Biorąc ten powód pod uwagę, na potrzeby niniejszego opracowania terminy „oportunizm” i „pragmatyzm” oraz ich pochodne będą niekiedy traktowane jako równoznaczne.

9 D. Strzelec, *Obowiązek wyjaśnienia stanu faktycznego w postępowaniu podatkowym – wątpliwości praktyczne i teoretyczne*, „Palestra” 2011, nr 3–4, s. 92–96; A. Mariański, *Rozstrzyganie wątpliwości na korzyść podatnika. Zasada prawa podatkowego*, Warszawa 2009, s. 19–22.

10 W dogmatyce prawa procesowego pojęcie to pojmuje się intuicyjnie, przyjmując z odpowiednią dozą nieostrości, że oznacza ono „ekonomiczną racjonalizację działania”. Dla potrzeb niniejszego opracowania przybliżenie to jest wystarczające.

11 Zob. np. J. Wróblewski, *Wartości a decyzja sądowa*, Warszawa 1973, s. 29–30.

12 Jak wskazują projektodawcy, na gruncie podatkowym sytuacja taka zachodzi, gdy prognozowane koszty czynności przekroczą oczekiwane wskutek jej podjęcia korzyści ekonomiczne (*Uzasadnienie…*, s. 77–78). Jest to w istocie najprostsza konsekwencja postulowanej przez Adama Smitha zasady taniości podatku. Można również zauważyć, iż w postępowaniu podatkowym zasadności uczynienia wyjątku od zasady legalizmu jest łatwiejsza niż w postępowaniu karnym. Tam przy ocenie „opłacalności społecznej procesu” (określenie M. Cieślaka, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Kraków 2011, s. 236) pod uwagę wziąć należy znacznie większą ilość czynników, niż tylko wielkość dochodu publicznego.

Należy podkreślić, że poddając te zagadnienia rozwadze, można dojść do odmiennych wniosków zależnie od tego, którą teoretyczną koncepcję „zasad prawa" przyjmie się za wyjściową. W teorii prawa zaproponowano ich kilka; dwie z nich zyskały oddźwięk w naukach szczegółowych polskiego prawoznawstwa. Są to: tzw. koncepcja polska, autorstwa Sławomiry Wronkowskiej, Macieja Zielińskiego i Zygmunta Ziembińskiego oraz koncepcja D/A, pochodząca od Roberta Alexy'ego, z nawiązaniami do koncepcji Ronalda Dworkina. Cele i wymagania objętościowe niniejszego artykułu skłaniają do odesłania w tym miejscu do tekstów źródłowych[13] oraz ich omówień[14]; na potrzeby niniejszego omówienia wystarczy wskazać na najważniejsze elementy obu koncepcji – ich „kryteria dystynkcji"[15]. Zagadnienie wyboru teorii uwypukla korelacja zachodząca miedzy kryterium dystynkcji i szeregiem innych charakteryzujących zasadę prawa cech, które przypisuje się jej w danej teorii, jeśli uzna się ją za spełniającą kryterium[16].

Koncepcja polska jako kryterium dystynkcji obrała „doniosłość" normy. O jej wysokim natężeniu świadczyć może pozycja wyrażającego ją przepisu w systematyce aktu, znaczenie dla jego stosowania, umiejscowienie w regulacji węzłowej dla danej gałęzi prawa itp. Wpływ na doniosłość danej normy ma także rozpowszechnione wśród doktryny i praktyki przekonanie o jej znaczeniu. Posługiwanie się tą koncepcją zasad prawa nie pozwala na wyróżnienie ich jako rozłącznej od pozostałych norm grupy (koncepcja zawiera „słabe" kryterium dystynkcji). Każda norma w jakimś stopniu może mieć charakter zasady, a za zasady prawa uznaje się te, które wykazują go najsilniej. Z natury rzeczy jest to kryterium silnie uzależnione od ocen (również podzielanych zbiorowo).

Koncepcja D/A posługuje się kryterium dystynkcji o charakterze „mocnym", dzieląc normy na dwie rozłączne grupy. Choć nie neguje, że istnieją normy mniej i bardziej doniosłe, pozostawia tę właściwość poza zakresem cech istotnych dla odróżnienia reguł (pozostałych norm) od zasad prawa. Teorię tę sam jej autor nazwał strukturalną, odróżnienie norm następuje bowiem według niej na podstawie ich budowy[17]. Reguły składają się z dostatecznie jasno określonych nakazów zachowania, które można wypełnić lub nie, i w zwykłych warunkach jest to sprawdzalne. Zasady są normami niesprecyzowanymi, zawierającymi kryterium oceny, które stosujący prawo organ winien zastosować w danej sytuacji w koniunkcji z innymi istotnymi dla niej zasadami. Ich katalog pozostaje otwarty. Dokonując wyważenia, stosujący je organ winien skonstruować właściwą dla przypadku regułę, która może mieć swoistą postać. Zasady tym samym można spełniać stopniowo – zależnie od tego, którą uznano za najbardziej istotną, najsilniej biorąc ją pod uwagę przy konstruowaniu reguły zachowania („warunkowej relacji pierwszeństwa" zasad prawa).

Koncepcja polska ma znaczną wartość informującą, a także jest najbardziej intuicyjna. Wiedza o zbiorze zasad prawa danej gałęzi prawa, aktu czy instytucji oznacza poznanie głównych jego celów i ma wymierną wartość dydaktyczną oraz praktyczną, pozwala bowiem przewidywać główne merytoryczne kierunki przyszłych rozstrzygnięć.

Teoria D/A ma z kolei „techniczny" charakter, akcentując odmienność sposobu stosowania zasad prawa i reguł. Zgodnie z nią pierwsze silniej opierają się na ocenach, nie tylko przy dokonywaniu wykładni pojęć językowych, w których je zakodowano, ale także na

13 S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziembiński, *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974; R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998; R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, tłum. B. Kwiatkowska, J. Zajadło, Warszawa 2010.

14 W. Lang, J. Wróblewski, *Współczesna filozofia i teoria prawa w USA*, Warszawa 1986, s. 74–90, 215–220; T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, „Państwo i Prawo" 1988, z. 3, s. 16–26; G. Maroń, *Zasady prawa. Pojmowanie i typologia a rola w wykładni prawa w orzecznictwie konstytucyjnym*, Poznań 2011, s. 29–35, 42–48, 80–81, 105–109, 128–141, 160–168; M. Kordela, *Zasady prawa. Studium teoretyczno-prawne*, Poznań 2012, s. 44–100; S.Tkacz, *O zintegrowanej koncepcji zasad prawa w polskim prawoznawstwie: od dogmatyki do teorii*, Toruń 2014, s. 34–55.

15 Właściwości, które według nich decydują o przynależności danej normy do grupy zasad prawa lub reguł (G. Maroń, *Zasady…*, s. 23).

16 Każda koncepcja zasad prawa zawiera kryterium dystynkcji; uznanie normy za zasadę prawa według koncepcji polskiej może, ale nie musi oznaczać, że stanowi ona zasadę prawa także według koncepcji D/A.

17 R. Alexy, *Teoria…*, s. 42–47.

etapie kształtowania zachowania wypełniającego ustaloną normę. Daje możliwość ujęcia całości norm jako powiązanych ze sobą niesprecyzowanych kryteriów ocen i pochodnych wobec nich reguł postępowania; pozwala też zauważyć, że niekiedy stworzenie dostatecznie precyzyjnych reguł jest niemożliwe lub niecelowe[18]. Każdą jednak regułę da się powiązać z co najmniej jedną zasadą. z dużą dozą prawdopodobieństwa założyć, iż w praktyce zyskałaby ona duże znaczenie i była często wykorzystywaną regulacją, być może w stopniu, który spowodowałby, iż stanowiłaby zasadę. Teoria D/A pozwala zauważyć jednak, że omawiana norma stanowi regułę. Wzór zachowania stanowiącego realizację jej dyspozycji jest na tyle precyzyjny, iż niemożliwe jest jej „stopniowe"

Przesłanka warunkująca obowiązek podjęcia zachowania polegającego na wstrzymaniu się od prowadzenia postępowania podatkowego ma charakter ostry; wyznacza ją dokładnie „limit bagatelności".

Zasadę pragmatyzmu z przepisu art. 22 § 2 p.o.p. można zaliczyć do grupy zasad prawa według obu koncepcji. Umiejscowienie jej w rozdziale rozpoczynającym akt stanowiący kodyfikację węzłową dla całego prawa podatkowego, który również tytułem wskazuje, że zawiera zbiór jego zasad, trudno byłoby uczynić wyraźniejszym podkreśleniem doniosłości omawianej normy[19]. Norma zachowuje ponadto „otwarty" charakter, nie sposób bowiem wskazać jednego, ściśle określonego zachowania, które byłoby wypełnieniem jej dyspozycji. Stanowi – wraz z innymi relewantnymi normami – budulec przyszłych, bardziej szczegółowych reguł, które będą tworzone przez organy podatkowe wskutek zestawiania zasady pragmatyzmu z innymi, stosownie do potrzeb spotykanych w praktyce.

Jako bardziej skomplikowana jawi się z punktu widzenia omawianych koncepcji charakterystyka normy zawartej w przepisie art. 361 § 1 p.o.p. Można spełnienie. Przesłanka warunkująca obowiązek podjęcia zachowania polegającego na wstrzymaniu się od prowadzenia postępowania podatkowego również ma charakter ostry; wyznacza ją dokładnie „limit bagatelności" w kwocie 50 zł. Nie zmieni tego jej ewentualna przyszła (nawet znaczna) doniosłość.

1.2. Relacja norm wynikających z przepisów art. 22 § 2 i 361 § 1 p.o.p.

Odmienną strukturę norm wyrażonych w przepisach art. 22 § 2 i 361 § 1 przy ich jednoczesnym silnym związku treściowym można wytłumaczyć z odwołaniem się do uwag Mariana Cieślaka na temat zasad procesowych. Dla każdej zasady związanej merytorycznie z daną regulacją procesową możliwe jest wskazanie jej przeciwieństwa (przeciwieństwem karnoprocesowej zasady oportunizmu, podobnie jak projektowanej w p.o.p. zasady pragmatyzmu jest zasada legalizmu). Ustawodawca, tworząc dany system prawa procesowego, poddaje całość i poszczególne fragmenty jednemu z „biegunów"[20]. Odczytanie

18 Zob. np. H. Filipczyk, *Zasady i reguły. Pewność prawa podatkowego a ślepa ulica konkretu*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd prawa i administracji" 2017, z. CIX, s. 148–152.

19 Szerzej na ten temat zob. S. Tkacz, *O zintegrowanej koncepcji…*, s. 244–355.

20 M. Cieślak, *Zasady procesu karnego i ich system*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego" 1956, nr 8, s. 158–168.

z ustawy, któremu z nich w danym przypadku przyznał wyższość, wymaga jej wszechstronnej wykładni, szczególnie w sytuacjach, w których ustawodawca oba z nich umieszcza *explicite* wśród zbioru zasad danej regulacji – jak w przypadku zasady legalizmu i oportunizmu w Kodeksie postępowania karnego[21] oraz zasady legalizmu i pragmatyzmu w p.o.p. Gdyby nie zawierał on przepisu art. 361 § 1, organy podatkowe – potencjalnie – w każdej sytuacji orzeczniczej stawałyby przed dylematem wynikającym z konieczności niełatwego i opartego jedynie na przybliżeniach nakazu wyważenia, czy w danej sprawie spełnione są przesłanki przewidziane w przepisie art. 22 § 1, czy też może rzecz podlega ogólnemu przypadkowi „działania na podstawie i w granicach prawa" (co do kompetencji) przewidzianemu w art. 14. Potencjalne trudności w rozstrzyganiu tej podstawowej kolizji z pewnością prowadziłyby do kontrowersji i sporów – istotne dla jej rozstrzygnięcia przesłanki (konieczne do wzięcia pod uwagę kolidujące zasady) mają zarówno naturę ekonomiczną (pragmatyzm, fiskalizm), jak i aksjologiczną (powszechność i sprawiedliwość opodatkowania)[22].

W tym kontekście przepis art. 361 § 1 należy rozpatrywać jako najważniejszy wyznacznik granicy pomiędzy obiema zasadami, jaki projektodawcy umieścili w p.o.p. W kluczowej kwestii – prowadzenia postępowania podatkowego – kolizję pomiędzy nimi rozstrzygnięto na poziomie nie stosowania, a stanowienia prawa[23]. Znaczenie tego przepisu dla zasady pragmatyzmu zawartej w przepisie art. 22 § 2 podkreśla fakt, że w znaczący sposób zawęża on pole jej zastosowania. Przepis art. 361 § 1 stanowi dla niej *lex specialis*; zasada podlega bezpośredniemu zastosowaniu tylko przy „pragmatycznym" rozważaniu podjęcia czynności innej niż umorzenie lub wszczęcie postępowania z urzędu. Z uwagi na fakt, iż są to decyzje warunkujące podejmowanie wszelkich dalszych czynności procesowych, grupa sytuacji, w których to organom pozostawiono wybór, ulega istotnemu ograniczeniu (np. co do niektórych czynności wpadkowych).

Wobec treści obecnie obowiązującej Ordynacji podatkowej[24] przepisy art. 22 § 2 i 361 § 1 razem stanowiłyby – na skali rozciągającej się pomiędzy legalizmem i oportunizmem – krok w stronę tego drugiego; dotąd bowiem polski system podatkowy przynajmniej *explicite* nie zawierał w ustawie tak ogólnych przesłanek umożliwiających organom podatkowym zaniechanie działania należącego do zakresu ich kompetencji.

Przesłanki zastosowania przepisu art. 361 § 1 p.o.p. charakteryzuje ostrość i precyzja niepozostawiająca organom podatkowym swobody decyzji co do prowadzenia postępowania w tych sytuacjach. Ocena, czy zostanie przekroczone 50 zł, nie powinna nastręczać trudności ani wzbudzać kontrowersji. Pochodna od podatkowej „zasady oportunizmu" reguła regulująca kwestię prowadzenia postępowania z uwagi na przesłanki pragmatyczne wykazuje tak w hipotezie, jak i dyspozycji ścisłość większą niż jej postać karnoprocesowa przewidziana w art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k. W tym bowiem przepisie przesłanka nakazująca nie wszczynać postępowania lub je umorzyć („znikoma społeczna szkodliwość czynu") ma charakter nieostry i wymaga dokonania oceny co do wystąpienia w danym przypadku. Mimo większej „otwartości" hipotezy norma zawarta w omawianym przepisie zachowuje charakter reguły. Pozostaje ona w stosunku do karnoprocesowej zasady oportunizmu w tej samej relacji, co reguła zawarta w przepisie art. 361 § 1 w stosunku do zasady z art. 22 p.o.p. Co istotne, k.p.k. nie zawiera „pisanej" zasady oportunizmu procesowego, jej obowiązywanie nie budzi jednak wątpliwości[25].

21 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego, Dz. U. 2018, poz. 555, t.j.

22 Por. L. Etel, *Niepoważne uwagi poważnych instytucji – polemika z uwagami krytycznymi do projektu nowej Ordynacji podatkowej* (w:) J. Głuchowski (red.), *Współczesne problemy…*, t. 1, s. 122.

23 Z punktu widzenia teorii D/A, rozstrzygnięcie kolizji dwóch lub większej ilości zasad prawa może być zarówno aktem prawodawczym jak i stosowania prawa. Szerzej na temat porównania obu procesów zob. J. Sieckmann, *Rational Lawmaking, Proportionality and Balancing* (w:) K. Meßerschmidt, A.D. Oliver-Lalana (red.), *Rational Lawmaking Under Review. Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, Springer 2016, s. 367–370.

24 Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, Dz.U. 2019, poz. 900, t.j.

25 Tak też np. M. Rogacka-Rzewnicka, *Oportunizm ścigania przestępstw – wybrane aspekty teoretyczne*, „Prokuratura i prawo" 2004, nr 11–12, s. 67–68.

1.3. Oportunizm karny a pragmatyzm podatkowy – przyczyny różnic

Jak wskazali projektodawcy, to właśnie przepisy procedury karnej stanowiły inspirację dla umieszczenia w p.o.p. „podatkowej wersji" oportunizmu procesowego w postaci przepisu art. 361 § 1[26]. Pojawia się pytanie o powody istnienia różnicy w ostrości sformułowania obu przesłanek, warunkujących przecież zastosowanie tej samej instytucji procesowej[27]. Tym bardziej, jeśli jej istnienie w obu systemach wytłumaczyć można, wskazując na ten sam motyw – dbałość o ekonomikę postępowań.

Powodu nadania przesłance przewidzianej w art. 361 § 1 p.o.p. ostrzejszej aniżeli w k.p.k. postaci można dociekać, uwzględniając zaproponowane przez M. Cieślaka w stosunku do oportunizmu procesowego rozróżnienie na tzw. oportunizm „właściwy" i „niewłaściwy". Pierwszy to zjawisko odstępowania od ścigania z uwagi na interes społeczny bez zważania na ciężar przestępstwa. Przy stosowaniu oportunizmu niewłaściwego rozważa się z kolei jedynie ciężar przestępstwa, natomiast zagadnienie interesu społecznego nie jest brane pod uwagę[28]. Ocena następuje z użyciem prostszego – z punktu widzenia stosującego prawo organu – w zastosowaniu kryterium.

Rozróżnienie M. Cieślaka zachowuje aktualność w stosunku do zasady pragmatyzmu w zakresie jej wpływu na istnienie postępowania podatkowego. Można i w tym kontekście mówić o pragmatyzmie „właściwym" oraz „niewłaściwym". Dokonując kolejnego porównania, można zauważyć, że sytuacje, w których interes społeczny przemawia za odstąpieniem od ścigania karnego, należą do wyjątków, ale ich występowanie i związana z tym dopuszczalność odstąpienia od ścigania nie budzą zasadniczych wątpliwości[29].

W przeciwieństwie do tego „pragmatyzm właściwy" na gruncie prawa podatkowego wydaje się wzbudzać zastrzeżenia. Odpowiedzialność podatkowa, wbrew wnioskom, jakie można wyciągnąć z porównania ostrości przesłanek z przepisów art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k. i art. 361 § 1 p.o.p., jest kwestią mniejszej wagi, dotyczy bowiem majątku obywatela, nie zaś, jak karna, odpowiedzialności osobistej i jego wolności. Oczywiście błędem jest zmuszanie podatników do świadczeń podatkowych, za które nie ponoszą odpowiedzialności na gruncie prawa podatkowego, gdyby jednak do takiej sytuacji doszło, jest ona co do zasady odwracalna z użyciem odpowiednich instytucji (nadpłata i naprawienie szkody). Nie sposób powiedzieć tego samego o niesłusznym pozbawieniu kogoś wolności. Na gruncie podatkowym wyjątki od ponoszenia odpowiedzialności przewiduje się rzadziej, silniej akcentując zasadę powszechności opodatkowania, w której upatrywać można „podatkowej wersji" bardziej ogólnej wartości istotnej także w prawie karnym – równości wobec prawa[30].

Mniejsza dolegliwość i waga odpowiedzialności podatkowej sprawiają, że czynienie od niej wyjątków budzi większy sprzeciw aksjologiczny. Z tego powodu decyzje będące przejawami „pragmatyzmu właściwego" podlegają reglamentacji na poziomie ustawowym, w formie przepisów o ulgach w spłacie zobowiązań podatkowych (co do zasady przez p.o.p.

26 *Uzasadnienie…*, s. 77–78.

27 Trywializując nieco to pytanie, można sformułować je bardziej przyziemnie, ale i nieuchronnie – dlaczego akurat 50 zł? Projektodawcy w tej kwestii wypowiadają się zwięźle, wskazując, że w tej sumie co do zasady mieści się koszt czynności podejmowanych w najprostszym postępowaniu podatkowym; ma więc ona stanowić swego rodzaju zryczałtowaną kwotę kosztów generowanych przez prowadzenie jakiegokolwiek postępowania podatkowego (*Uzasadnienie…*, s. 406–407).

28 M. Cieślak, *Polska procedura…*, s. 235. Por. także odmienne, a częściej dziś przywoływane ujęcie istoty obu, zgodnie z którym oportunizm „właściwy" to odstąpienie od ścigania z uwagi na jego niecelowość, a oportunizm „niewłaściwy" – z uwagi na małą wagę spraw (S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013, s. 286). „Niecelowość" ścigania można alternatywnie określić brakiem interesu społecznego w nim.

29 Np. w kontekście ochrony karnej czci osobistej wskazuje się na istnienie i potrzebę rozważenia kontratypu „społecznie uzasadnionego interesu" – zob. A. Pązik, *Wyłączenie bezprawności naruszenia dobra osobistego na podstawie interesu społecznego*, Warszawa 2014, s. 322–338.

30 „[Pojęcie] równości to skrót dla wielu wartości […]" (J.L.M. Gribnau, *Equality, Consistency and Impartiality in Tax Legislation* (w:) *Legal Protection Against Discriminatory Tax Legislation. The Struggle for Equality in European Tax Law*, London–The Hague–New York 2003, s. 11; zob. tamże, s., 28–32).

przejętych[31]). Jest to także kwestia regulowana przez europejskie i międzynarodowe prawo podatkowe (przepisy o pomocy publicznej oraz międzynarodowe regulacje dotyczące zwalczania szkodliwej konkurencji podatkowej), w których polski ustawodawca nie ma pełnej swobody. Odstępowanie od egzekwowania odpowiedzialności podatkowej przewidzianej w obowiązujących ustawach podatkowych poza trybem stosowania ulg w spłacie podatków, który podlega kontroli sądowej i uwzględnia zobowiązania międzynarodowe, należałoby uznać także za działania będące przejawem szkodliwej konkurencji podatkowej[32].

Mniejsza dolegliwość i waga odpowiedzialności podatkowej sprawiają, że czynienie od niej wyjątków budzi większy sprzeciw aksjologiczny.

2. Pragmatyzm podatkowy a prawo karne skarbowe

2.1. Projektowana przesłanka umarzania postępowania podatkowego a wykroczenia skarbowe

W kontekście wcześniej wskazanych uwag dotyczących postępowania podatkowego można zaobserwować również przełożenie zagadnienia pragmatyzmu na gruncie prawa i procesu karnego skarbowego. Oczywiście, skoro mowa o potencjalnych należnościach publicznoprawnych rzędu 50 zł i mniej, to nie wykluczając zasadności wymienionych rozważań w kontekście przestępstw skarbowych, największe znaczenie będą one miały w stosunku do wykroczeń skarbowych. Zgodnie z art. 53 § 3 Kodeksu karnego skarbowego[33] co do zasady wykroczenie skarbowe jest to czyn zabroniony przez kodeks pod groźbą kary grzywny określonej kwotowo, jeżeli kwota uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie należności publicznoprawnej albo wartość przedmiotu czynu nie przekracza pięciokrotnej wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w czasie jego popełnienia, co w czasie pisania niniejszego artykułu daje granicę 13.000 zł[34].

Skoro tak, to powstaje pytanie, jak wprowadzenie reguły nieścigania należności publicznoprawnych nieprzekraczających 50 zł będzie miało się do możliwości ścigania takiego zachowania na gruncie prawa karnego skarbowego. Mogłoby bowiem dojść do sytuacji, jak się wydaje, niewłaściwej – należność publicznoprawna nie mogłaby zostać ściągnięta w drodze postępowania podatkowego, ale mogłaby być „dochodzona", chociażby pośrednio, w drodze postępowania karnoskarbowego. Warto wspomnieć dodatkowy cel tego ostatniego procesu, określony w art. 114 § 1 k.k.s. – takie ukształtowanie postępowania, aby osiągnięte zostały cele w zakresie wyrównania uszczerbku finansowego fiskusa. Należy więc rozważyć, czy wprowadzenie reguły w postępowaniu podatkowym miałoby wpływ na ocenę zaistnienia negatywnych przesłanek procesowych karnoskarbowych, czy też stanowiłoby nową kategorię takich przesłanek.

31 Zob. przepisy art. 234–241 p.o.p., w szczególności art. 238 przewidujący przesłanki udzielenia z urzędu ulgi w spłacie zobowiązania podatkowego polegającej na umorzeniu należności, będący odpowiednikiem art. 67d obecnie obowiązującej Ordynacji podatkowej (ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r., Dz. U. 2019, poz. 900 t. j.).

32 W szczególności byłby to przejaw nieprzejrzystości wynikającej z niejednolitego i uznaniowego stosowania prawa podatkowego; zob. szerzej *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*, OECD 1998, s. 28–29.

33 Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (Dz. U. 2020, poz. 19, t.j.).

34 Rozporządzenie Rady ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r., Dz. U. 2019, poz. 1778.

2.2. Wykroczenia skarbowe a społeczna szkodliwość czynu

Zasadnicza różnica między wykroczeniami a wykroczeniami skarbowymi polega na wprowadzeniu elementu społecznej szkodliwości, która w wypadku wykroczeń nie ma znaczenia ani nie jest elementem konstytuującym odpowiedzialność sprawcy. W wypadku wykroczeń skarbowych jest inaczej – przesądza o tym treść przepisu art. 1 § 1 k.k.s. Stwierdzenie braku społecznej szkodliwości takiego czynu zabronionego skutkuje niemożnością prowadzenia postępowania, co skłaniałoby nas do uznania takiego stanu za przejaw zasady oportunizmu w ujęciu niewłaściwym.

Elementem ocennym pozostaje jednak kwestia granicy społecznej szkodliwości, a dokładniej – granica „znikomości". Wykroczenia skarbowe posługują się tym samym zestawem kwantyfikatorów społecznej szkodliwości co przestępstwa skarbowe; natomiast te kwantyfikatory różnią się w pewnym stopniu od tych przypisywanych przestępstwom.

rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody	wysokość uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie należności publicznoprawnej
sposób i okoliczności popełnienia czynu	sposób i okoliczności popełnienia czynu zabronionego
waga naruszonych przez sprawcę obowiązków	waga naruszonego przez sprawcę obowiązku finansowego
postać zamiaru	postać zamiaru
motywacja sprawcy	motywacja sprawcy
rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia	rodzaj naruszonej reguły ostrożności i stopień jej naruszenia

Źródło: opracowanie własne

Pomijając zmiany redakcyjne, główne różnice sprowadzają się do uszczegółowienia rodzaju dobra chronionego oraz obowiązków ciążących na sprawcy. W pozostałym zakresie przy ocenie społecznej szkodliwości można posługiwać się wskazówkami wypracowanymi przez doktrynę i orzecznictwo na gruncie prawa karnego. Bodajże najważniejszą z nich dla rozważań w niniejszym artykule jest ta, która wprost wskazuje, że żaden z kwantyfikatorów społecznej szkodliwości czynu nie ma znaczenia naczelnego, które stałoby się głównym „suwakiem" na osi tejże szkodliwości. Dopiero kumulatywne rozważenie wszystkich kwantyfikatorów pozwala na ocenę stopnia szkodliwości społecznej[36].

Należność publicznoprawna nie mogłaby zostać ściągnięta w drodze postępowania podatkowego, ale mogłaby być „dochodzona" w drodze postępowania karnoskarbowego.

W porównaniu:

Tabela 1. Przesłanki społecznej szkodliwości czynu przestępstwa oraz przestępstw i wykroczeń skarbowych

Art. 115 § 2 k.k.[35]	Art. 53 § 7 k.k.s.
rodzaj i charakter naruszonego dobra	rodzaj i charakter zagrożonego lub naruszonego dobra

35 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz.U. 2019, poz. 1950 t. j.

36 Por. w szczególności wyrok SN z 11 maja 2017 r., WA 2/17, Legalis nr 1629215, a także: wyrok SN z 22 lutego 2018 r.,

Z tego też powodu nie jest możliwe uznanie, iż przyjęcie reguły na tle postępowania podatkowego ma automatyczny wpływ na ocenę społecznej szkodliwości czynu na gruncie karnoskarbowym. Wysokość nieuiszczonej należności publicznoprawnej stanowi tylko jeden z szeregu kwantyfikatorów społecznej szkodliwości i nawet gdyby wynosiła ona 50 zł lub mniej, to nie można wykluczyć, że w konkretnej sprawie i tak mielibyśmy do czynienia z wykroczeniem skarbowym, ze względu np. na wielokrotność podobnego zachowania sprawcy, znaczne nasilenie złej woli sprawcy czy też jednoczesne ostentacyjne manifestowanie pogardy dla obowiązków daninowych celem pośredniego nakłonienia innych do przyjęcia takiej postawy. Reguła podatkowa nie ma więc bezpośredniego przełożenia na byt społecznej szkodliwości czynu. Trudno też ją uznać za „nową jakość" w kategoriach wskazówek ocennych, ponieważ kwota i tak jest na tyle niska, że w ogóle nie budzi wątpliwości w zakresie oceny kwantyfikatora „wysokość uszczuplonej należności publicznoprawnej"[37].

2.3. Subsydiarność prawa karnego

Jedną z cech prawa karnego, w tym prawa karnego skarbowego, jest subsydiarność, którą można rozumieć dwojako:

1. zadanie prawa karnego polega na dodatkowej ochronie tych dóbr prawnych, które już posiadają ochronę wskutek uznania ich za godne ochrony na gruncie innych gałęzi prawa (cywilnego, rodzinnego, administracyjnego, etc.). W tym ujęciu prawo karne staje się prawem „służebnym", nadającym karalność czynom, które są uznane za bezprawne niezależnie od prawa karnego. Prawo karne samo w sobie nie może pretendować do wskazywania dóbr, które na ochronę zasługują, może jedynie określać stopień ochrony (np. poprzez zagrożenie karne typu czynu zabronionego) dobra już wskazanego[38];

2. zadanie prawa karnego może polegać na wskazywaniu dóbr, które winny podlegać ochronie, a także na wskazywaniu stopnia ochrony, ale w wypadku obu tych „przywilejów" prawo karne (ustawodawca) jest ograniczone ostateczną potrzebą – zasadą *ultima ratio*. W obu wypadkach musi istnieć konieczność ochrony karnej; *a contrario* zakazana byłaby dowolność ochrony[39].

Polska nauka prawa karnego (co można analogicznie przełożyć na zagadnienia dotyczące prawa wykroczeń) skłania się ku rozwiązaniu drugiemu[40]. Dla obu jednak stanowisk subsydiarność stanowiłaby problem dla uzasadnienia karalności wykroczeń przy uszczupleniu należności publicznoprawnej poniżej 50 zł. Dodatkowo należy wskazać, że prawo karne skarbowe jest wprost uznawane za subsydiarne w stosunku do szeroko rozumianego prawa finansowego[41]. W tym też zakresie jako przykład echa subsydiarności można wskazać treść art. 44 § 2 k.k.s. sprzęgający przedawnienie przestępstwa skarbowego z przedawnieniem należności publicznoprawnej.

Jeżeli przyjąć jednak pierwsze założenie, zgodnie z którym subsydiarność zmusza ustawodawcę do wprowadzania ochrony karnej tylko tam, gdzie konkretny czyn byłby uznany za bezprawny przez inną gałąź, to należy rozważyć, jaki ma charakter reguła finansowa dotycząca niewszczynania postępowania co do należności poniżej 50 zł. Dopóki bowiem należność nie przekroczyłaby tej granicy, ma ona charakter podobny do roszczenia cywilnego natural-

II KK 349/17, Legalis nr 1720822; postanowienie SN z 16 października 2018 r. IV KK 414/18, „Prokuratura i prawo" 2019, nr 4, s. 11; postanowienie SN z 20 grudnia 2018 r., IV KK 643/18, Legalis nr 1860642.

37 Wysokość uszczuplenia należności publicznoprawnej nie musi prowadzić do znikomości społecznej szkodliwości czynu, ale może się tak stać; podobnie: „Nie zasługuje na akceptację sugestia, że czyn skarbowy polegający na niezapłaceniu naliczonych i potrąconych zaliczek na poczet podatku dochodowego nie może być w ogóle uznany za znikomo szkodliwy społecznie" (wyrok SN z 12 października 2006 r., IV KK 237/06, Legalis nr 84514).

38 Tak też K. Buchała i A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 17: „prawo karne nie daje odpowiedzi na pytanie, jakie zachowania są zabronione albo nie zabronione (...), jakie zachowania są bezprawne albo nie są bezprawne. Prawo karne daje odpowiedź na pytanie, które z zachowań bezprawnych są zachowaniami karalnymi".

39 Tak też: J. Warylewski, *Prawo karne: część ogólna*, Warszawa 2012, s. 212; podobnie: A. Marek, *Pojęcie prawa karnego, jego funkcje i podział* (w:) A. Marek (red.), *Zagadnienia ogólne. System Prawa Karnego*, t. 1, Warszawa 2010, s. 9–10.

40 Tamże, s. 10.

41 A. Marek, *Pojęcie*..., s. 29–30.

nego. Z punktu widzenia prawa karnego materialnego roszczenie istnieje, ale nie przysługuje mu ochrona sądowa. Jednocześnie różnica pomiędzy tymi roszczeniami dotyczy „odwracalności" tego stanu, czyli istnienia możliwości przywrócenia ochrony sądowej. W wypadku roszczeń naturalnych co do zasady jest to niemożliwe[42]. W wypadku należności publicznoprawnych przywrócenie ochrony jest możliwe i zależne od zwiększenia samej należności ponad poziom 50 zł, wtedy bowiem ochrona przysługuje całej należności. Ochrona pozostaje więc na swój sposób „ruchoma" i zależna od przyszłych zachowań podmiotu zobowiązanego (prowadzących do zwiększenia uszczuplenia należności). Dopóki jednak takie zachowanie nie nastąpi, wydaje się, że ustawodawca powinien ściślej powiązać regułę niewszczynania postępowania podatkowego z ochroną o charakterze karnym.

Zdecydowanie łatwiej jest uzasadnić brak takiej potrzeby przy drugim ujęciu subsydiarności; sama niemożność prowadzenia postępowania podatkowego nie powoduje bowiem, aby ocena naganności samego czynu została wykluczona. Skoro tak, to ustawodawca w ramach kreowania ochrony karnej może objąć taką ochroną przypadki objęte oportunizmem „podatkowym"; wypełnienie jego przesłanek może zaś pozostawać wskazówką dla oceny społecznej szkodliwości czynu.

Ogólna zasada pragmatyzmu stanowi przykład normy stosowanej w sposób „optymalizacyjny" – poprzez wyważanie określonych wartości do przepisów prawa i postępowania podatkowego.

Sama więc cecha subsydiarności szeroko rozumianego prawa karnego nie pozwala na budowanie jednoznacznych ocen co do wzajemnych relacji regulacji finansowych z prawem karnym skarbowym. Bez wątpienia akcentuje zaznaczony na początku problem, lecz nic więcej.

Wnioski

Ogólna zasada pragmatyzmu przewidziana w przepisie art. 22 § 2 stanowi przykład normy stosowanej w sposób „optymalizacyjny", poprzez wyważanie wespół z innymi normami inkorporującymi określonych wartości do przepisów prawa i postępowania podatkowego. W odniesieniu do zagadnienia prowadzenia postępowań podatkowych doprecyzowywana jest przez przepis art. 361 § 1 p.o.p. Pomiędzy zasadami pragmatyzmu w rozumieniu oraz oportunizmu znanego z k.p.k. dostrzec można na tyle duże podobieństwa, iż można uznawać je same – jak i ich reguły pochodne – za wyraz tej samej instytucji procesowej, mającej na celu racjonalizację wysiłku i zasobów wymaganych do skutecznej realizacji celów obu procedur. Wynikające z zasad ogólnych szczegółowe przesłanki umożliwiające niewszczynanie i umarzanie postępowań różnią się co do ostrości – wersja „podatkowa" pozostawia organom mniejszą swobodę zastosowania z uwagi na wyraźną granicę kwotową. Przepis art. 361 § 1 p.o.p. stanowi regułę, znajdującą zastosowanie lub nie, będącą wyrazem rozstrzygnięcia przez ustawodawcę kolizji zasady pragmatyzmu

42 Sprawa komplikuje się, jeżeli spojrzeć np. na kwestię ochrony wierzycieli gwarantowaną przez art. 300 k.k.: „Przepisy dotyczące prawnokarnej ochrony wierzyciela odnoszą się wyłącznie do tego typu zobowiązań, z którymi porządek prawny wiąże przymus realizacji. W przypadku zobowiązań niezupełnych (naturalnych), w których dłużnik nie ponosi odpowiedzialności (cywilnej) za swój dług, nie może też być mowy o odpowiedzialności karnej dłużnika" (R. Zawłocki, *Komentarz do art. 300 k.k.* (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki, (red.) *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, *Komentarz. Art. 222–316*, Warszawa 2013, s. 790).

i innych wartości w stosunku do zagadnienia prowadzenia postępowania podatkowego na poziomie ustawowym, dla uniknięcia kontrowersji i trudności, które mogłyby pojawić się, gdyby decyzję w tym zakresie pozostawić organom podatkowym. Nie wyłącza to możliwości stosowania ogólnej zasady pragmatyzmu poprzez wyważanie w stosunku do innych zagadnień niż prowadzenie postępowania.

Różnicę w ostrości przesłanek podatkowej i karnoprocesowej wytłumaczyć można potrzebą istnienia jasnego stanowiska w stosunku do tego, gdzie zaczyna się i kończy interes społeczny w prowadzeniu postępowań podatkowych, ściślejszej nawet niż w prawie karnym. Potrzeby w tym zakresie wynikają zarówno z innych wartości (powszechność i równość opodatkowania), jak i zobowiązań międzynarodowych i europejskich. Przyczyn istnienia różnicy w ostrości można upatrywać również w „nowości" rozwiązania w postępowaniu podatkowym, gdzie dotąd idea oportunizmu ograniczona była do przesłanek zezwalających na urzędowe umorzenie zobowiązań podatkowych.

Projekt wprowadzenia reguły podatkowej nie miał swojego odzwierciedlenia w stosownej normie materialnego prawa karnego skarbowego. Ten brak synchronizacji może prowadzić do dwóch rozwiązań:

1. ów brak był zamierzony i instytucja postępowania podatkowego nie ma wpływu ani na prawo karnoskarbowe materialne, ani na taki proces. Kwestia wysokości uszczuplenia należności publicznoprawnej powinna być rozpatrywana w ramach oceny społecznej szkodliwości czynu i to w zakresie dwóch kwantyfikatorów: szkody (fiskalnej) i naruszonych obowiązków;
2. brak wydaje się przeoczeniem, a sama ustawa karnoskarbowa powinna przewidywać przepis uniemożliwiający prowadzenie postępowania karnoskarbowego w wypadku działania instytucji finansowej.

Bibliografia

Alexy R., *Teoria praw podstawowych*, tłum. B. Kwiatkowska, J. Zajadło, Warszawa 2010.

Buchała K., Zoll A., *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997.

Cieślak M., *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Kraków 2011.

Cieślak M., *Zasady procesu karnego i ich system*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego" 1956, nr 8.

Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998.

Etel L., *Co nowego w nowej Ordynacji podatkowej?* (w:) J. Gliniecka i in. (red.), *Praktyczne i teoretyczne problemy prawa finansowego wobec wyzwań XXI wieku*, Warszawa 2017, s. 239–254.

Etel L., *Niepoważne uwagi poważnych instytucji – polemika z uwagami krytycznymi do projektu nowej Ordynacji podatkowej* (w:) J. Głuchowski (red.), *Współczesne problemy prawa podatkowego. Teoria i praktyka*, t. 1, *Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Bogumiłowi Brzezińskiemu*, Warszawa 2019, s. 9–22.

Filipczyk H., *Zasady i reguły. Pewność prawa podatkowego a ślepa ulica konkretu*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd prawa i administracji" 2017, z. CIX, s. 143–157.

Gizbert-Studnicki T., *Zasady i reguły prawne*, „Państwo i Prawo" 1988, z. 3, s. 16–26.

Glumińska-Pawlic J., *Zmienność prawa podatkowego a zasada pewności opodatkowania* (w:) A. Kaźmierczyk (red.), A. Franczak (red.), *Zasada pewności w prawie podatkowym*, Warszawa 2018, s. 44–50

Gribnau J.L.M., *Equality, Consistency and Impartiality in Tax Legislation* (w:) J.L.M. Gribnau (red.), *Legal Protection Against Discriminatory Tax Legislation. The Struggle for Equality in European Tax Law*, London–The Hague–New York 2003.

Kordela M., *Zasady prawa. Studium teoretycznoprawne*, Poznań 2012.

Lang W., Wróblewski J., *Współczesna filozofia i teoria prawa w USA*, Warszawa 1986.

Marek A., *Pojęcie prawa karnego, jego funkcje i podział* (w:) A. Marek (red.), *Zagadnienia ogólne. System Prawa Karnego*, t. 1, Warszawa 2010.

Mariański A., *Rozstrzyganie wątpliwości na korzyść podatnika. Zasada prawa podatkowego*, Warszawa 2009.

Maroń G., *Zasady prawa. Pojmowanie i typologia a rola w wykładni prawa w orzecznictwie konstytucyjnym*, Poznań 2011.

Mastalski R., *Systemowe tworzenie prawa* (w:) J. Głuchowski (red.), *Współczesne problemy prawa podatkowego. Teoria i praktyka*, t. 1, *Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Bogumiłowi Brzezińskiemu*, Warszawa 2019, s. 293–300.

Pązik A., *Wyłączenie bezprawności naruszenia dobra osobistego na podstawie interesu społecznego*, Warszawa 2014.

Rogacka-Rzewnicka M., *Oportunizm ścigania przestępstw – wybrane aspekty teoretyczne*, „Prokuratura i prawo" 2004, nr 11–12, s. 50–69.

Rudowski J., *Tworzenie prawa podatkowego – wymogi a rzeczywistość na przykładzie opodatkowania budowli podatkiem od nieruchomości* (w:) J. Głuchowski (red.), *Współczesne problemy*

prawa podatkowego. Teoria i praktyka, t. 2, *Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Bogumiłowi Brzezińskiemu*, Warszawa 2019, s. 228–240.

Sieckmann J., *Rational Lawmaking, Proportionality and Balancing* (w:) K. Meßerschmidt (red.), A.D. Oliver-Lalana (red.), *Rational Lawmaking Under Review. Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, Springer 2016.

Strzelec D., *Obowiązek wyjaśnienia stanu faktycznego w postępowaniu podatkowym – wątpliwości praktyczne i teoretyczne*, „Palestra" 2011, nr 3–4, s. 86–98.

Tkacz S., *O zintegrowanej koncepcji zasad prawa w polskim prawoznawstwie: od dogmatyki do teorii*, Toruń 2014.

Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013.

Warylewski J., *Prawo karne: część ogólna*, Warszawa 2012.

Wronkowska S., Zieliński M., Ziembiński Z., *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974.

Wróblewski J., *Wartości a decyzja sądowa*, Warszawa 1973.

Zawiejska-Rataj J., *O jakości prawa podatkowego* (w:) J. Głuchowski (red.), *Współczesne problemy prawa podatkowego. Teoria i praktyka*, t. 2, *Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Bogumiłowi Brzezińskiemu*, Warszawa 2019, s. 322–327.

Michał Grudecki

O występku znieważenia Prezydenta RP

Michał Grudecki

Doktor nauk prawnych, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego.

mgrudecki@us.edu.pl

https://orcid.org/0000-0002-5185-3770

About the Misdemeanour of Insulting the President of the Republic of Poland

In 2019, the Court of Appeals in Szczecin acquitted a perpetrator who insulted the President of the Republic of Poland with a poem. His act was characterized by a negligible degree of social harmfulness. It is important to answer a question whether the perpetration of the act being the basis for issuing the judgment in question exceeded the scope of normalization of the decoded norm under Article 135 § 2 of the Criminal Code, so was his act really unlawful. The article discusses the legitimacy of maintaining in Polish criminal law the increased protection of the dignity of the President.

Słowa kluczowe: Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej, zniewaga, wolność wypowiedzi, prawo do krytyki, karygodność

Key words: President of the Republic of Poland, insult, freedom of speech, right to criticize, reprehensibility

https://doi.org/10.32082/fp.4(72).2022.563

Bo pamięta poeta, zapamięta
też naród,
Wasze jady sączone bez
ustanku, dzień w dzień.
Bez szacunku dla funkcji, dla
symbolu, sztandaru…
Karlejecie pętaki, rośnie zaś
Jego cień![1]

1. Wprowadzenie

Na mocy normy z art. 126 ust. 1 i 2 Konstytucji RP[2] Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej jest najwyższym przedstawicielem Rzeczypospolitej oraz gwarantem ciągłości władzy państwowej. Czuwa nad przestrzeganiem Konstytucji, stoi na straży suwerenności i bezpieczeństwa państwa oraz nienaruszalności i niepodzielności jego terytorium. Składając przed Zgromadzeniem Narodowym przysięgę,

1 M. Wolski, *Na śmierć Prezydenta Kaczyńskiego*, https://www.salon24.pl/u/autorzygazetypolskiej/170038,na-smierc-prezydenta-kaczynskiego (dostęp 10.12.2020).

2 Konstytucja Rzeczpospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. nr 78, poz. 483 ze zm., zwana dalej Konstytucją RP.

zobowiązuje się strzec godności Narodu, niepodległości oraz bezpieczeństwa Państwa Polskiego. Niezależnie od oceny jego roli ustrojowej, a tym bardziej oceny politycznej osoby, która piastuje urząd Prezydenta RP, można zaryzykować stwierdzenie, że uosabia on majestat naszego kraju[3]. W związku z tym przyjmuje się, że każdy atak skierowany na niego stanowi w jakimś stopniu napaść na bezpieczeństwo wewnętrzne bądź zewnętrzne Rzeczypospolitej[4]. Dlatego też przydaje mu się wzmocnioną ochronę prawnokarną przed wszelkiego rodzaju naruszeniami. Jednym z przejawów tej ochrony jest typ czynu zabronionego z art. 135 § 2 k.k.[5], który penalizuje publiczną zniewagę Prezydenta RP.

Niniejszy artykuł poświęcony jest analizie przedmiotu ochrony oraz strony przedmiotowej typu czynu zabronionego z art. 135 § 2 k.k., ze szczególnym uwzględnieniem reguł postępowania z dobrem chronionym przez ten typ. Sytuacja wymaga zabrania głosu w dyskusji na temat obecnego zakresu kryminalizacji znieważenia Prezydenta RP oraz zasadności utrzymania w polskim prawie karnym wzmożonej ochrony jego godności. Badania zostaną oparte na formalno-dogmatycznej metodzie analizy przepisów prawa.

W sprawie o sygnaturze II AKa 184/19[6], na której w głównej mierze opierają się prowadzone rozważania, Sąd Apelacyjny w Szczecinie utrzymał w mocy wyrok sądu okręgowego uniewinniający sprawcę realizującego znamiona typu czynu zabronionego z art. 135 § 2 k.k., uznając, że jego zachowanie cechowało się znikomym stopniem społecznej szkodliwości. W pierwszej części publikacji zostanie dokonana ocena wspomnianego orzeczenia, zwłaszcza w kontekście problematyki reguł postępowania z dobrem, współokreślających zakres normowania każdej normy sankcjonowanej. Istotnym jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy sprawca czynu, będącego podstawą wydania omawianego wyroku, przekroczył zakres normowania normy dekodowanej z przepisu art. 135 § 2 k.k., a więc czy tak naprawdę jego czyn cechował się bezprawnością.

W drugiej części artykułu zostanie podjęta próba udzielenia odpowiedzi pytanie, czy w dzisiejszych czasach we właściwy sposób rozwiązana jest kolizja pomiędzy ochroną wolności słowa, a ochroną szacunku należnego organom konstytucyjnym, zwłaszcza Prezydentowi RP. Na potrzeby badań w tym zakresie sięgnąć należy między innymi do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 6 lipca 2011 r., P 12/09[7], w którym Trybunał rozstrzygał zgodność z ustawą zasadniczą typu z art. 135 § 2 k.k.

Można postawić hipotezę, że brutalizacja języka debaty publicznej, o której wspomina także Sąd Apelacyjny w Szczecinie w swoim orzeczeniu, powoduje zmianę zakresu społecznej akceptowalności pewnych zachowań i tym samym powstanie nowych reguł postępowania z dobrami prawnymi takimi jak godność i cześć (w tym również godnością i czcią Prezydenta RP). Niezależnie zatem od konkluzji odnośnie do sensu utrzymywania wzmocnionej prawnokarnej ochrony godności głowy państwa w postaci typu z art. 135 § 2 k.k. jej zakres może ulec zmianie. Nie ma bowiem wątpliwości, że zmiana społecznej akceptowalności pewnych zachowań, za którą podąża przeobrażenie lub wykształcenie nowych reguł postępowania

3 Zob. A. Chorążewska, *Status Prezydenta RP na tle modeli ustrojowych głowy państwa w systemie parlamentarnym*, „Gdańskie Studia Prawnicze" 2014, t. 21, s. 773. Warto jednak podkreślić, że nie wszyscy zgadzają się z tym poglądem. I tak przykładowo K. Pachnik (*Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 6 lipca 2011 r. sygn. akt P 12/09 wydanego w pełnym składzie*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2012, nr 3, s. 299) zwraca uwagę, że Prezydent RP nie jest uosobieniem Rzeczypospolitej, a jedynie: „[…] przedstawicielem narodu wybranym w wyborach powszechnych przez tych obywateli, którzy zechcieli skorzystać z przysługującego im uprawnienia i oddać ważny głos w wyborach na tego kandydata, który uzyskał akceptację większości głosujących".

4 G. Górka, *Prawnokarna ochrona Prezydenta Rzeczypospolitej*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy" 2014, nr 3, s. 34. Odmiennie J. Kulesza, *Art. 135 [Czynna napaść, znieważenie Prezydenta]* (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Art. 117–221*, t. 1, Warszawa 2017, s. 137.

5 Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, tj. Dz. U. 2020, poz. 1444.

6 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 19 września 2019 r., II AKa 184/19, cyt. wyżej.

7 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 6 lipca 2011 r., P 12/09, cyt. wyżej.

z dobrem, powoduje zmianę zakresu kryminalizacji bez konieczności nowelizacji ustawy[8].

2. Brak karygodności znieważenia Prezydenta RP w ocenie Sądu Apelacyjnego w Szczecinie

2.1. Znikomy stopień społecznej szkodliwości w przedmiotowej sprawie

Omawiany wyrok został wydany 19 września 2019 r. przez Sąd Apelacyjny (sygn. akt II AKa 184/19)[9] w Szczecinie jako rozstrzygnięcie apelacji wniesionej przez prokuratora od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z 31 maja 2019 r. (sygn. akt III K 30/19). Sąd Apelacyjny utrzymał w mocy wyrok uniewinniający sprawcę P.J. od zarzucanego mu czynu – tego, że: „[…] w dniu 28 lipca 2018 r. podczas manifestacji związanej z przyjazdem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej na inaugurację obozu harcerskiego w N. na terenie osiedla […], publicznie znieważył Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, trzymając w sposób ogólnie widoczny karton z napisem zawierającym słowo wulgarne, tj. o czyn z art. 135 § 2 k.k".

Lektura omawianego orzeczenia wskazuje na to, że Sąd Apelacyjny podzielił pogląd Sądu Okręgowego, zgodnie z którym ocena społecznej szkodliwości czynu, który realizuje znamiona typu z art. 135 § 2 k.k. powinna być oceną kompleksową, uwzględniającą wszystkie okoliczności opisane przez kwantyfikatory z art. 115 § 2 k.k., a nie determinowaną rodzajem i charakterem dobra prawnego. Zdaniem szczecińskich sądów w krajach demokratycznych osoba pełniąca funkcje publiczne – w tym również głowa państwa – musi liczyć się z ostrzejszą formą krytyki, a wartości prestiżowej ich urzędu nie powinno się przydawać ochrony ponad rozsądną miarę, gdyż to cechuje systemy totalitarne bądź autorytarne, posiadające władze niepewne swej legitymacji. Według Sądu Apelacyjnego: „Sąd pierwszej instancji słusznie dał wyraz temu, że wartość dobra jakim jest cześć i godność Prezydenta, nie może być postrzegana w całkowitym oderwaniu od porządku ustrojowego państwa, albowiem dokonując wartościowania tego dobra w systemie demokratycznym, należy uwzględniać także ważki interes publiczny determinowany wymogami pluralizmu, tolerancji i otwartości".

> **Brutalizacja języka debaty publicznej powoduje zmianę zakresu społecznej akceptowalności pewnych zachowań i tym samym powstanie nowych reguł postępowania z dobrami prawnymi, takimi, jak godność i cześć.**

2.2. Ocena wulgarności użytego sformułowania oraz motywacja sprawy

Ważną kwestią, w świetle prowadzonych w artykule rozważań, była ocena sądu wulgarności słowa, którym oskarżony nazwał Prezydenta RP[10]. Sąd Apelacyjny

8 O. Sitarz, *Dobrowolna sterylizacja – czy czas na zmianę prawa?* (w:) W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka (red.), *Między stabilnością a zmiennością prawa karnego. Dylematy ustawodawcy*, Olsztyn 2017, s. 310.

9 Wszystkie cytaty oraz parafrazy bez podania źródła w niniejszym rozdziale pochodzić będą z omawianego wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie.

10 Słowem tym była „dupa". L. Wójcik, *„Nie prezydent, tylko d…". Sprawa umorzona*, https://24kurier.pl/aktualnosci/wiadomosci/nie-prezydent-tylko-d-sprawa-umorzona/ (dostęp 07.12.2020).

zaaprobował ustalenia Sądu Okręgowego, zdaniem którego wulgaryzm ten, choć jest pogardliwym i znieważającym epitetem, określającym osobę niesamodzielną, nieporadną, ulegającą wpływom innych, to na tle pozostałych, popularnych w języku polskim wulgaryzmów, niesie umiarkowany ładunek pejoratywności. Fakt ten, jak również okoliczności, w których miało miejsce samo zdarzenie (odosobnione miejsce, niewielka liczba demonstrantów i obserwatorów, nieduży napis na małym kawałku kartonu), powodował zdaniem Sądu Okręgowego, że: „[…] zachowanie oskarżonego nie niosło ze sobą realnego, bezpośredniego zagrożenia wyrządzeniem szkody w obszarze jakiegokolwiek istotnego dobra publicznego".

Sąd Apelacyjny podkreślił słuszność odwołania się Sądu Okręgowego do poziomu panującego w Polsce dyskursu politycznego, w którym to – niezależnie od opcji politycznej – padają wypowiedzi wręcz haniebne. Kontekst ten powoduje, że wierszyk, w którym oskarżony zawarł znieważający epitet: „[…] nie rysuje się jako [zachowanie – MG] szczególnie obelżywe, natarczywe czy skrajnie bulwersujące". Sądy zwróciły ponadto uwagę, że niski poziom kultury języka przedstawicieli świata polityki, jak również brak wzajemnego szacunku powoduje osłabienie wrażliwości społeczeństwa na treści znieważające i tym samym minimalizuje negatywne skutki związane z wulgarnością czy poniżaniem.

Sąd Okręgowy, a za nim aprobująco Sąd Apelacyjny, dostrzegł, że motywacją sprawcy było pragnienie wyrażenia krytyki wobec sprawującego urząd Prezydenta RP, którego prezydentura była niezgodna z wizją prezydentury, posiadaną przez sprawcę. Sądy zauważyły, że prawo do posiadania własnych poglądów stanowi filar demokratycznego, pluralistycznego społeczeństwa, zaś: „[…] poglądy oskarżonego na porządek konstytucyjny, zasady demokracji, czy też określona wizja sprawowania urzędu Prezydenta RP, nie są irracjonalne, absurdalne, ani też odosobnione".

2.3. Wolność wypowiedzi a znieważenie w ocenie Sądu Apelacyjnego

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, ocena wypełnienia znamion typu czynu zabronionego z art. 135 § 2 k.k. wymaga wyważenia prawa do wolności wypowiedzi (art. 54 ust. 1 Konstytucji RP) z kwestią godności osoby sprawującej najwyższy urząd w państwie. Sąd pierwszej instancji, opierając się na orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, uznał szerokie ramy krytyki osób pełniących funkcje państwowe, łącznie z możliwością posługiwania się wyrażeniami dosadnymi. Odrzucił jednakże dopuszczalność stosowania inwektyw w ramach prawa do krytyki, uznając słowo użyte przez sprawcę jako określenie nieporadności Prezydenta RP za pogardliwy – znieważający – epitet. Ustalenia te zaaprobował Sąd Apelacyjny.

Ostatecznie Sąd Apelacyjny nie dopatrzył się błędu Sądu Okręgowego w „[…] w zakresie wnioskowania, które doprowadziło do konstatacji, że czyn popełniony przez oskarżonego, nacechowany był znikomym stopniem szkodliwości społecznej i że okoliczności podmiotowe i przedmiotowe składające się na jego charakterystykę nie dostarczyły podstaw do uznania celowości i racjonalności stosowania wobec oskarżonego represji karnej".

3. Pierwotna legalność znieważenia Prezydenta RP

3.1. Reguły postępowania z dobrem w strukturze przestępstwa

Zdaje się, że bez poważniejszych wątpliwości można zaakceptować powyższą argumentację oraz konkluzję szczecińskich sądów, przyznając tym samym, że zachowanie sprawcy omawianego czynu cechowało się brakiem karygodności, a tym samym na mocy art. 1 § 2 k.k. nie mogło stanowić przestępstwa. Warto jednak spróbować pójść dalej oraz przeanalizować stan faktyczny, będący podstawą orzeczenia tak, by udzielić odpowiedzi na pytanie, czy w przedmiotowej sprawie zostały w ogóle wypełnione znamiona typu czynu zabronionego, a więc czy był on bezprawny. Niektóre sformułowania z uzasadnienia omawianego wyroku sądu apelacyjnego sugerują, że sąd ów przesądził brak przestępności czynu sprawcy już na wcześniejszym niż karygodność etapie prawnokarnego wartościowania.

W karnistyce nie jest obecnie odosobniony pogląd, zgodnie z którym znamiona typów czynów zabronionych uzupełniane są przez reguły postępowania z dobrem prawnym[11]. W życiu codziennym nieustannie

11 Zob. chociażby P. Zawiejski, *Pojęcie przestępstwa i podziały czynów zabronionych* (w:) T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2020,

mają miejsce zachowania, które naruszają bądź narażają na niebezpieczeństwo różne dobra prawne. W niektórych przypadkach nie jest jednak możliwe czy też opłacalne społecznie całkowite ich wyeliminowanie. Trzeba bowiem pamiętać o zasadzie proporcjonalności płynącej z przepisu art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, na mocy której ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób, a ponadto nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

W związku z powyższym, jak zauważa A. Zoll: „nie mogąc zakazać generalnie działalności narażającej na niebezpieczeństwo wartości społeczne, wprowadza się w zamian pewne reguły postępowania, które mają na celu ograniczenie tego niebezpieczeństwa do granic społecznie akceptowanych”[12]. Wyznacza się zakres dozwolonego oddziaływania człowieka na dobro prawne, a następnie wypracowuje reguły postępowania z tym dobrem, których przestrzeganie pozwala zapobiec przekroczeniu owego zakresu. Zachowanie się zgodnie z tymi regułami stanowi negatywne znamię każdego typu czynu zabronionego[13]. W piśmiennictwie przyjmuje się ponadto powszechnie, że katalog owych reguł nie ma charakteru wyłącznie normatywnego, a w ich skład wchodzić mogą również niezwerbalizowane zasady postępowania[14]. Instytucja reguł postępowania z dobrem pozwala realizować nakaz płynący z zasady proporcjonalności, aby nie pociągać do odpowiedzialności za naruszenia dóbr prawnych dokonane w pewnych okolicznościach, w których nie byłoby to przydatne, konieczne bądź też stanowiło nadmierne ograniczenie prawa czy wolności jednostki[15].

Wyznacza się zakres dozwolonego oddziaływania człowieka na dobro prawne, a następnie wypracowuje reguły postępowania z tym dobrem, których przestrzeganie pozwala zapobiec przekroczeniu owego zakresu.

3.2. Analiza reguł postępowania z dobrem w postaci godności Prezydenta RP na podstawie omawianego orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Szczecinie

Biorąc powyższe pod uwagę, należy zastanowić się nad kształtem obecnie panujących reguł postę-

s. 90; M. Grudecki, *Zgoda dzierżyciela dobra na nietypowe zachowania seksualne*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2019, z. 3(XXI), s. 92; M. Filipczak, *Odpowiedzialność karna a brak zagrożenia dla dobra prawnego przy przestępstwach abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica” 2017, nr 77, s. 53.

12 A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 13.

13 Jak pisze A. Zoll (tamże): „postępowanie zgodne z tymi regułami, jeśli nawet doprowadza do zniszczenia dobra, nie może być uznane za realizację znamion typu czynu zabronionego”.

14 O. Sitarz, J. Hanc, *Zabieg Kristellera w świetle przepisów prawa karnego*, „Prawo i Medycyna” 2017, nr 2(67), s. 59.

15 Zob. słowa M. Dąbrowskiej-Kardas (*Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012, s. 205): „[…] nie wszystkie zachowania naruszające dobra prawne mogą być uznane za naruszające normy je chroniące, ale tylko te, które nie mieszczą się w kategorii zachowań normalnie realizujących życie społeczne”.

powania z dobrem w postaci godności Prezydenta RP, jak również nad sensem utrzymywania wzmocnionej ochrony tych dóbr prawnych w porównaniu do ochrony godności zwykłego obywatela. Od treści reguł postępowania z dobrem zależy, czy miało miejsce znieważenie, czy też nie. Znaczenie ma obiektywna ocena pejoratywności określenia przez pryzmat norm panujących w całym społeczeństwie[16] bądź w danym środowisku[17], jak również i kontekst, w którym padła dana wypowiedź[18] oraz relacje, które wiążą nadawcę oraz odbiorcę komunikatu[19].

Sąd Apelacyjny w Szczecinie w swoim wyroku kilkukrotnie, choć nie wprost, odniósł się do omawianej w tym punkcie problematyki. Zaaprobował on ustalenia Sądu Okręgowego, w myśl których dobro prawne w postaci godności Prezydenta RP nie może być wartościowane w oderwaniu od ważkiego interesu publicznego, determinowanego wymogami pluralizmu, tolerancji i otwartości. Może to oznaczać, że zdaniem sądu wymogi te współkształtują treść reguł postępowania z dobrem prawnym w postaci godności głowy państwa.

W dalszej części orzeczenia wyraził pogląd, zgodnie z którym słowo „dupa" w zestawieniu z wieloma innymi, popularnymi w języku polskim i dużo bardziej ordynarnymi wulgaryzmami nie jest określeniem o znacznym ładunku pejoratywności[20]. Zwrócił też uwagę na język debaty politycznej, w której przestrzeni panuje język daleki od szanującego dobre obyczaje.

Dodatkowo, choć nie uwypuklił tego w należyty sposób, Sąd Apelacyjny zasugerował, że czyn sprawcy motywowany był troską o porządek konstytucyjny w Rzeczypospolitej oraz godność urzędu Prezydenta RP. Można domniemywać, że prześmiewczy wierszyk, za pomocą którego wyraził krytykę oskarżony, stanowił wezwanie głowy państwa do zachowywania się w sposób samodzielny, niezależny od nikogo, dumny, a więc godny sprawowanego urzędu[21]. Można suponować, że zaprezentowanie wierszyka nie było dokonane w celu poniżenia Prezydenta RP, lecz wyrażenia dosadnej krytyki jego postępowania[22]. Warto w tym miejscu nawiązać do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 1 lipca 1997 r. w sprawie Oberschlick przeciwko Austrii, w którym to Trybu-

16 Jak podkreśla W. Kulesza (*Znieslawienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984, s. 169), przepisy chroniące przed znieważeniem stanowią osłonę dla ludzkiej godności: „[…] przed takimi naruszeniami, które według zdeterminowanych kulturowo i powszechnie przyjętych ocen stanowią wyraz pogardy dla człowieka niezależnie od odczuć samego pokrzywdzonego". Zob. też wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 28 maja 2013 r., II AKa 137/13, Lex nr 1331168: „Dla oceny bowiem, czy określone zachowanie stanowi zniewagę, istotne znaczenie ma obiektywna ocena tego zachowania, rozważenie jego społecznego odbioru przez pryzmat generalnie akceptowanych norm obyczajowych". Tak również G. Górka, *Prawnokarna…*, s. 44.

17 Zob. M. Surkont, *Znieslawienie i znieważenie w polskim prawie karnym*, Gdańsk 1982, s. 71; W. Kulesza, *Znieslawienie…*, s. 172.

18 Warto zwrócić uwagę na pogląd wyrażony przez Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 30 stycznia 2002 r., II AKa 577/01, Lex nr 144336, zgodnie z którym: „w ramach krytyki, z pewnością jest bowiem dopuszczalne posługiwanie się słownictwem mocnym i wyrazistym, w innych warunkach mogących nawet stanowić przedmiot obrazy [wyróżnienie – MG]".

19 Zob. W. Kulesza, *Znieslawienie…*, s. 174; wyrok Sądu Najwyższego z 7 października 2008 r., III KK 153/08, Lex nr 469432.

20 Koresponduje to z tezą głoszoną przez I.C. Kamińskiego (*Ochrona dobrego imienia głów państw obcych a swoboda wypowiedzi. Orzeczenie Trybunału w Strasburgu w sprawie Colombani i inni przeciwko Francji*, „Przegląd Prawa Europejskiego" 2003, nr 2(13), s. 33), zgodnie z którą kwalifikacja z art. 135 § 2 k.k. winna zostać ograniczona do: „[…] wyjątkowo poważnej, niesprowokowanej i pozbawionej usprawiedliwienia obelgi, mogącej grozić bezpośrednią i rzeczywistą szkodą […] istotnemu dobru publicznemu".

21 „Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej jest podmiotem o szczególnej pozycji, która wynika zarówno z uwarunkować historycznych, jak i aktualnego jego statusu ustrojowego, sytuujących go jako głowę państwa. To w nim chcemy widzieć uosobienie silnego i sprawnego państwa wszystkich obywateli, najwyższego reprezentanta, strażnika wszelkich najważniejszych wartości państwowych i społecznych wyznaczających nasze jestestwo, w razie potrzeby będącego arbitrem uosabiającym powagę urzędu i niekwestionowany autorytet". (R. Krajewski, *Prawnokarna ochrona Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej*, Bydgoszcz 2015, s. 7).

22 Tak sugeruje nieznany autorowi z nazwiska ze względu na zasadę „ślepej recenzji" recenzent.

nał stwierdził, że można nazwać publicznie polityka określeniem obraźliwym w reakcji na jego skandaliczną wypowiedź, która stanowi swoiste zaproszenie do dyskusji[23]. Kontekst użytego określenia ma więc niebagatelne znaczenie[24]. W wyroku z 14 marca 2013 r. w sprawie EON przeciwko Francji Trybunał zaznaczył zaś, że wyrażenie krytyki za pomocą środka o charakterze satyrycznym podlega szczególnej ochronie przed ingerencją ze strony państwa[25]. Nie można mieć wątpliwości, że w omawianej sprawie wierszyk zaprezentowany przez oskarżonego miał charakter satyryczny. Satyra zaś w oczywisty sposób porusza lub prowokuje społeczeństwo[26].

Wreszcie Sąd Apelacyjny za sądem pierwszej instancji stwierdził też, niejako w formie konkluzji, że: „[…] zachowanie oskarżonego nie niosło ze sobą realnego, bezpośredniego zagrożenia wyrządzeniem szkody w obszarze jakiegokolwiek istotnego dobra publicznego"[27]. Stwierdzenie to jest kontrfaktyczne w odniesieniu do uniewinnienia ze względu na brak karygodności czynu. W przypadku braku wyrządzenia szkody (a co dopiero braku zagrożenia wyrządzeniem szkody) w obszarze jakiegokolwiek dobra publicznego – takim dobrem jest niewątpliwie cześć i godność Prezydenta RP jako głowy państwa – przypisanie realizacji znamion typu z art. 135 § 2 k.k. jest niemożliwe, a zatem czyn oskarżonego nie byłby bezprawnym. W takim wypadku sąd winien uniewinnić sprawcę na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. ze względu na brak godzenia przez jego zachowanie w dobro prawne.

Powyższe twierdzenie warto zestawić z tezą wygłoszoną przez Trybunał Konstytucyjny, zgodnie z którą „[…] «autorytet instytucjonalny udziela się piastunom określonych funkcji publicznych i odwrotnie», z czego należy wysnuć wniosek, iż lekceważenie piastuna może – choć niekoniecznie musi – być uznane za lekceważenie konstytucyjnego organu. Ocena musi być tu dokonywana przez właściwe organy *a casu ad casum*"[28]. Czy zatem w omawianym stanie faktycznym, biorąc pod uwagę słowa szczecińskich sądów, zgodnie z którymi nie nastąpiło zagrożenie wyrządzenia szkody w obszarze jakiegokolwiek istotnego dobra publicznego, mieliśmy do czynienia z sytuacją naruszenia wyłącznie godności piastuna urzędu Prezydenta RP – Andrzeja Dudy – a nie samego konstytucyjnego organu głowy państwa?

Mając na względzie wszystkie powyżej zaprezentowane ustalenia Sądu Apelacyjnego, można pokusić się o tezę, iż sąd tym samym odczytał następującą regułę postępowania: „Wypowiedź może naruszać cześć i godność Prezydenta RP, o ile podyktowana jest ważnym interesem publicznym – troską o konstytucyjny porządek państwa oraz należyte sprawowanie najwyższego urzędu w państwie – a użyty w niej wulgarny zwrot posiada umiarkowany ładunek pejoratywności w porównaniu z językiem debaty publicznej". Biorąc ten fakt pod uwagę, za błędną należałoby uznać przyjętą przez szczecińskie sądy podstawę prawną uniewinnienia oskarżonego. Zamiast powoływać się na art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k., zastosować winny art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., gdyż czyn jako zgodny z regułą postępowania z dobrem nie wypełnił znamion typu czynu zabronionego z art. 135 § 2 k.k.

23 Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 1 lipca 1997 r., 20834/92, Lex nr 79634. Zob. ponadto na ten temat A. Krzywoń, *Prawnokarna ochrona głów państw i innych organów konstytucyjnych versus wolność wypowiedzi – polskie rozwiązania na tle europejskich*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2013, nr 5, s. 20, 23.

24 W. Płowiec, *Wolność wypowiedzi a znieważenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z perspektywy Konstytucji RP i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* (w:) M. Urbańczyk, Ł.D. Bartosik, N. Zagórska (red.), *In Search of the Euro-Atlantic Doctrine of Freedom of Speech*, Poznań-Łódź 2019, s. 90. Zob. też wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 14 marca 2013 r., 26118/10, Lex nr 1288048.

25 Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 14 marca 2013 r., 26118/10, Lex nr 1288048.

26 Tamże.

27 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 19 września 2019 r., II AKa 184/19, cyt. wyżej.

28 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 21 września 2015 r., K 28/13, Lex nr 1799956. W odniesieniu do Prezydenta RP teza ta może być broniona z trudem, gdyż jak zauważają J. Piórkowska-Flieger i S. Patyra (*Przestępstwo zniewagi Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej*, „Prokuratura i Prawo" 2012, nr 3, s. 7–8): „[…] formuła bezpośrednich wyborów wzmacnia więź pomiędzy prezydentem a społeczeństwem, pozytywnie oddziałuje na autorytet głowy państwa, między innymi poprzez zwiększoną identyfikację personalną piastuna tego urzędu w społeczeństwie".

W tym miejscu rodzi się pytanie, czy powyżej zaprezentowana – hipotetyczna, gdyż niemająca ostatecznie miejsca – decyzja o uniewinnieniu z powodu braku realizacji znamion typu czynu zabronionego byłaby prawidłowa. Można mieć bowiem wątpliwości, czy szczecińskie sądy właściwie odczytały regułę postępowania z dobrem prawnym w postaci godności Prezydenta RP. Rozstrzygnięciu tych wątpliwości poświęcony jest następne punkty niniejszej publikacji.

4. Ratio legis art. 135 § 2 Kodeksu Karnego – wolność wypowiedzi versus ochrona godności Prezydenta RP

4.1. Przedmiot ochrony typu czynu zabronionego z art. 135 § 2 k.k. – uwagi ogólne

Zdaniem Stanisława Hoca: „wszelkie publicznie wygłaszane opinie, zdania, na temat osoby sprawującej urząd Prezydenta RP dotyczą nie jej osobiście, lecz jako Prezydenta właśnie”[29]. Prezydent RP ze względu na swój płynący z woli Narodu (wyborców, ale i także i tych, którzy w referendum w 1997 r. ratyfikowali Konstytucję RP) autorytet, niezależnie od posiadanych konstytucyjnych uprawnień, nie może być traktowany jako równy pozostałym konstytucyjnym organom czy nawet jako pierwszy z nich, lecz jako mąż stanu, uosabiający Majestat Rzeczypospolitej – jej ustrojowa emanacja[30]. Skoro zniewaga skierowana jest przeciwko temu, co dany człowiek przedstawia[31], to znieważenie Prezydenta RP uderza w Naród Polski, który w szczególny sposób jest przez głowę państwa reprezentowany[32].

Nie tylko w Polsce, lecz we współczesnych społecznościach demokratycznych głowę państwa traktuje się z odpowiednim szacunkiem, ze względu na to, iż symbolizuje ona majestat całego państwa i narodu[33]. To na jej widok na baczność stają wojskowi, jak również przed nią pochyla się sztandary, oddając szacunek względem państwa, które jest dobrem wspólnym, a które ona reprezentuje[34]. Przyjmując, że „[…] człowiek ma prawo wymagać od innych przeciętnej miary poszanowania, typowej przynajmniej dla pewnych środowisk […]”[35], to ze względu na doniosłość funkcji prezydenckich, które płyną z ustawy zasadniczej, głowie państwa należny jest szczególny szacunek[36]. Stąd też godność i cześć Prezydenta RP mogą zostać uznane za dobra prawne wysoko pomieszczone w hierarchii dóbr prawnych, a ich prawnokarna ochrona winna być wzmocniona.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego publiczna zniewaga Prezydenta RP zakłóca ład i spokój społeczny, a nawet grozi zachwianiem bezpieczeństwa

29 S. Hoc, *Przestępstwa…*, s. 133. Odmiennie twierdzi A. Krzywoń (*Prawnokarna…*, s. 24), uznając, że „[…] w przypadku krytycznych i obraźliwych stwierdzeń wypowiadanych w ramach dyskursu politycznego – będzie można w miarę łatwo odróżnić zarzuty kierowane *ad personam* do polityka pełniącego tę funkcję od opinii adresowanych wobec samego urzędu Prezydenta RP”.

30 Tak trafnie R. Krajewski, *Prawnokarna…*, s. 7. Stąd też w doktrynie pojawiają się głosy, że typizacje, których przedmiotem ochrony są dobra prawne związane z osobą Prezydenta RP, nawiązują do znanej w prawie rzymskim konstrukcji *crimen laese maiestatis* czy zbrodni obrazu majestatu królewskiego. O szczególnej pozycji ustrojowej Prezydenta RP jako reprezentanta Narodu, wynikającej z jego silnej legitymacji demokratycznej piszą J. Piórkowska-Flieger, S. Patyra, *Przestępstwo…*, s. 7–8. Zob. też R. Krajewski, *Prawnokarna…*, s. 13; S. Hoc, *Przestępstwa…*, s. 9; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 6 lipca 2011 r., P 12/09, cyt. wyżej. Przeciwko uznaniu Prezydenta RP za ustrojową emanację Rzeczypospolitej wypowiada się J. Kulesza, *Art. 135…*, s. 135.

31 M. Surkont, *Zniesławienie…*, s. 10.

32 Tak też zdecydowanie pisze S. Hoc, *Ochrona Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w nowym Kodeksie karnym*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2000, nr 1(213), s. 8: „Kto obraża Prezydenta obraża Naród”.

33 S. Hoc, *Przestępstwa…*, s. 131. Por. też A. Ramdan, *Controversy over the Offense of Insulting the President/Vicepresident in Draft of Criminal Code. An Analysis of Constitutional Court Decision Number 013-022/PUU-IV/2006*, „Jurnal Yudisial” 2020, nr 2(13), s. 257–258.

34 S. Hoc, *Przestępstwa…*, s. 131, 139.

35 M. Surkont, *Zniesławienie…*, s. 72.

36 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 6 lipca 2011 r., P 12/09, Lex nr 963599. Odmiennie, uznając, że nie jest uprawnione obejmowanie tego organu władzy wykonawczej odrębną w porównaniu do pozostałych ochroną, twierdzą J. Kulesza (*Komentarz…*, s. 138) czy L. Garlicki (*„Pov-con” przed Trybunałem w Strasburgu*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2014, nr 22, s. 572).

państwa przez osłabienie pozycji jego głowy na arenie międzynarodowej[37]. Jak każdy przepis, który chroni godność, a co za tym idzie autorytet konstytucyjnego organu, typ z art. 135 § 2 k.k. chroni również uboczne prawidłowe i efektywne funkcjonowanie urzędu Prezydenta RP[38]. Ingerencja w wolność słowa jest więc uzasadniona koniecznością ochrony bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego[39].

Wolność wypowiedzi nie może być w demokratycznym państwie prawa niczym nieograniczona. Należy bowiem pamiętać, że mowa nienawiści, której składnikiem jest zniewaga, napędza w wielu przypadkach falę hejtu. Ta zaś prowadzić może do dużo przemocy nie tyle werbalnej, co fizycznej, przejawiającej się chociażby czynną napaścią, czy nawet zamachem na życie. Nie można nigdy zapomnieć o zabójstwie Prezydenta II RP Gabriela Narutowicza. Od tego zdarzenia minęło już prawie sto lat, lecz upływ czasu nie spowodował dużej zmiany polskiej kultury politycznej. Trafnie wskazuje Rafał Krajewski, że przypadek ten pokazuje, do czego prowadzi nienawiść polityczna, skierowana przeciwko Prezydentowi RP[40].

Za uboczny przedmiot ochrony typu z art. 135 § 2 k.k. może więc zostać uznane bezpieczeństwo wewnętrzne i zewnętrzne Rzeczypospolitej, ponieważ każdy atak na głowę państwa godzi w większym bądź mniejszym stopniu w cały kraj[41]. Świadczy o tym umieszczenie omawianego typu w rozdziale grupującym przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej[42].

4.2. Problemy z zakresem prawnokarnej ochrony Prezydenta RP

Mając na względzie szczególny charakter dóbr prawnych, chronionych przez art. 135 § 2 k.k., warto podzielić zarzut stawiany przez Teresę Dukiet-Nagórską, dotyczący pomieszczenia przez ustawodawcę we wska-

37 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 6 lipca 2011 r., P 12/09, cyt. wyżej. Trybunał zwrócił bowiem uwagę, że „[…] poczucie własnej godności i posiadanie autorytetu jest jednym z niezbędnych warunków efektywnego wykonywania funkcji konstytucyjnie przypisanych głowie państwa". Warto też zwrócić uwagę na słowa M. Surkonta (*Zniesławienie…*, s. 9), zgodnie z którymi ochrona godności ludzkiej m.in. przed zniewagą służy utrzymaniu ładu społecznego i zapewnienia zgodnego oraz spokojnego współżycia.

38 Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 21 września 2015 r., K 28/13, cyt. wyżej. Takiej interpretacji sprzeciwia się J. Kulesza (*Art. 135…*, s. 141), pisząc, że jeśli zniewaga miałaby wpływać na prawidłowe funkcjonowanie organu, to należałoby go ocenić jako słaby element w systemie. J. Kulesza (tamże) dodaje ponadto, że autorytet i szacunek wobec konstytucyjnych organów nie może być w demokratycznym państwie prawa wymuszony za pomocą „bagnetu" prawa karnego. Krytycznie odnośnie do tej argumentacji Trybunału Konstytucyjnego wypowiada się również A. Krzywoń, *Prawnokarna…*, s. 24. Zaś W. Mojski (*Prawnokarne ograniczenia wolności wypowiedzi w polskim porządku prawnym. Analiza wybranych przepisów*, „Studia Iuridica Lublinensia" 2009, nr 12, s. 185) uważa, że szczególna prawnokarna ochrona głowy państwa ma jedynie wymiar symboliczny.

39 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 6 lipca 2011 r., P 12/09, cyt. wyżej. Ponadto według Trybunału: „[…] dobra zidentyfikowane jako podlegające ochronie w art. 135 § 2 k.k. mieszczą się w katalogu «celów prawowitych» zawartym w art. 10 ust. 2 Konwencji, a doniosłość tych dóbr oraz możliwość miarkowania kary wymierzanej za przestępstwo zniewagi Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej […], wspierana dodatkowo sposobem stosowania tych przepisów w orzecznictwie polskich sądów karnych, dowodzi spełnienia konwencyjnych wymogów dopuszczalności ograniczeń swobody wypowiedzi".

40 R. Krajewski, *Prawnokarna…*, s. 112.

41 K. Wiak, *Ochrona Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w Kodeksie karnym*, „Teka Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie" 2019, t. 12, s. 332, 335; G. Górka, *Prawnokarna…*, s. 34; R. Krajewski, *Prawnokarna…*, s. 114 czy dawniej W. Makowski, *Zbrodnie stanu*, Warszawa 1923, s. 29. Poglądowi temu sprzeciwiają się J. Kulesza (*Art. 135…*, s. 137) oraz K. Pachnik (*Glosa…*, s. 299). Również Europejski Trybunał Praw Człowieka (wyrok z 22 lutego 2005 r. w sprawie Pakdemirli przeciwko Turcji, 35839/97, Lex nr 272279) opowiedział się przeciwko temu argumentowi.

42 Na taki argument z wykładni systemowej powołują się także J. Piórkowska-Flieger, S. Patyra, *Przestępstwo…*, s. 6. Zdaniem W. Makowskiego (*Zbrodnie…*, s. 9) w przypadku jakiegokolwiek ataku na Prezydenta RP, przedmiotem przestępstwa jest również i sama Rzeczypospolita, „[…] dotknięta w osobie człowieka, powołanego do jej symbolizowania". Można oczywiście znaleźć głosy przeciwne, wskazujące, że w republice interesy państwa nie mogą być łączone z osobą jego głowy, jak może dziać się w monarchii. (zob. A. Ramdan, *Controversy…*, s. 257).

zanym przepisie znamienia modalnego „publicznie”[43]. Autorka słusznie zwraca uwagę, że Prezydent RP reprezentuje swoją osobą państwo polskie przez cały czas, niezależnie od tego, czy występuje publicznie i czy w ogóle podejmuje jakiekolwiek działania związane z wykonywaniem swojego urzędu[44]. Fakt ten uwypuklił także Trybunał Konstytucyjny, uznając, że Prezydent RP jest najwyższym przedstawicielem Rzeczypospolitej – uosobieniem jej majestatu – niezależnie od okoliczności, miejsca i czasu[45]. Należy zatem stwierdzić, że okoliczność modalna zawarta w art. 135 § 2 k.k. w sposób niekorespondujący z charakterem dobra prawnego, podlegającego ochronie w tym typie, ogranicza jego prawnokarną ochronę[46]. Szerszą prawnokarną ochronę godności głowy państwa zapewniał w tym zakresie typ z art. 125 § 2 Kodeksu karnego z 1932 r.[47], który penalizował uwłaczanie czci i powadze Prezydenta RP, niezależnie od okoliczności modalnych[48].

Biorąc jednak uwagę powyższy fakt, że Prezydent RP nieustannie reprezentuje sobą państwo polskie, można zaryzykować tezę, iż niepubliczne go znieważenie może być kwalifikowane z art. 226 § 1 k.k., ponieważ przez całą kadencję swoim jestestwem pełni obowiązki służbowe. Kwalifikacja taka będzie jednak możliwa tylko wówczas, gdy zniewaga dokonana zostanie w związku z pełnieniem urzędu – przykładowo sprawca znieważy Prezydenta RP tylko dlatego, że jest on Prezydentem RP bądź też ze względu na podjęte przez niego w ramach obowiązków służbowych niewłaściwe decyzje[49].

Każdy atak na głowę państwa godzi w większym bądź mniejszym stopniu w cały kraj.

Warto również zwrócić uwagę na pewną systemową niespójność w związku z wzajemną relacją typów z art. 135 § 2 k.k. oraz z art. 226 § 3 k.k. Oceniając tę relację, Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że typ z art. 226 § 3 k.k. chroni „[…] autorytet należny takim organom, a tym samym zapewnia prawidłowe funkcjonowanie powyższych instytucji”[50], typ z art. 135 § 2 k.k. dodatkowo obejmuje zaś ochroną porządek publiczny i bezpieczeństwo państwa, ponieważ Prezydent RP pełni w tym zakresie szczególną rolę pośród innych organów konstytucyjnych. Akceptując taką wykładnię dotyczącą przedmiotu ochrony[51], należy zastanowić się, czy rzeczywiście ochrona Prezydenta RP na gruncie typu z art. 135 § 2 k.k. jest szersza niż gwarantowana przez typ z art. 226 § 3 k.k., a ponadto, czy spełnia

43 T. Dukiet-Nagórska, *Prawnokarna ochrona Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej* (w:) P. Hofmański, K. Zgryzek (red.), *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Kazimierza Marszała*, Katowice 2003, s. 56 i nast.

44 Tamże, s. 57–58. Również R. Krajewski (*Prawnokarna…*, s. 96) podnosi, że każda zniewaga godzi w autorytet urzędu Prezydenta RP.

45 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20 maja 2009 r., Kpt 2/08, Lex nr 493282.

46 Można wprawdzie poszukiwać uzasadnienia takiej decyzji ustawodawcy, jak czynią to J. Piórkowska-Flieger i S. Patyra (*Przestępstwo…*, s. 10), pisząc, że dopiero publiczne znieważenie Prezydenta RP niesie ze sobą ryzyko osłabienia jego autorytetu.

47 Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny, Dz. U. nr 60, poz. 571.

48 Pominąć należy tutaj oczywisty fakt generalnie szerszej prawnokarnej ochrony czci Prezydenta RP w Kodeksie Makarewicza ze względu na posłużenie się przez ustawodawcę znamieniem czasownikowym „uwłacza czci i powadze” zamiast „znieważa”. Uwłaczanie czci i powadze obejmuje zachowanie lekceważące, a nawet tylko nieprzyzwoite. Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 7 października 1935 r., II K 1703/35, Lex nr 373136.

49 Tak też J. Piórkowska-Flieger, S. Patyra, *Przestępstwo…*, s. 9.

50 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 6 lipca 2011 r., P 12/09, cyt. wyżej.

51 Należy być świadomym zdań odrębnych – np. J. Kulesza, *Komentarz…*, s. 137.

przesłankę konieczności ingerencji, płynącą z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Analizie tej poświęcony jest następny podpunkt niniejszego artykułu.

4.3. Relacja między typem z art. 135 § 2 k.k. a typem z art. 226 § 3 k.k. ze szczególnym uwzględnieniem przesłanki konieczności ingerencji

Zgodnie z wypływającą z pomieszczonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP zasady proporcjonalności przesłanką konieczności ingerencji, określone środki prawnokarne mogą zostać użyte w celu ochrony danego dobra prawnego tylko wówczas, gdy cel ten nie może zostać osiągnięty przy zastosowaniu innej, mniej dolegliwej ingerencji w prawa i wolności obywatelskie[52]. Ową mniej dotkliwą ingerencją może być instrumentarium innej gałęzi prawa bądź też rozwiązanie oferowane przez daną gałąź prawa, na której głębsza ingerencja ma dopiero nastąpić[53]. Należy rozważyć, czy w odniesieniu do typu z art. 135 § 2 k.k. instrumentu takiego nie stanowi typ z art. 226 § 3 k.k. Taka jest też konkluzja Jana Kuleszy, zdaniem którego art. 135 § 2 k.k. nie powinien być stosowany, jako niemożliwy do pogodzenia z konstytucyjną zasadą poszanowania wolności jednostki, znieważenie Prezydenta RP winno zaś zostać kwalifikowane z art. 226 § 3 k.k.[54] Jego zdaniem bowiem brak jest podstaw do traktowania głowy państwa inaczej niż jako elementu systemu organów władzy wykonawczej[55].

Aby rozstrzygnąć zarysowaną powyżej wątpliwość, należy przyjrzeć się bliżej dobrom prawnym chronionym przez oba typy. Przyjmując, że przedmiotem ochrony typu z art. 226 § 3 k.k. jest powaga, godność, autorytet, jak również prawidłowe funkcjonowanie organów konstytucyjnych, można dojść do wniosku, iż obejmuje on również te same dobra prawne, co typ z art. 135 § 2 k.k. Konkluzję tę można uzyskać tak samo uznając, że typ z art. 135 § 2 k.k. chroni bezpieczeństwo wewnętrzne i zewnętrzne państwa. Owo bezpieczeństwo może być bowiem potraktowane jako uboczny przedmiot ochrony typu z art. 226 § 3 k.k., jeśli przyjmie się forsowaną przy analizie typu z art. 135 § 2 k.k. tezę, zgodnie z którą naruszenie godności i autorytetu organu konstytucyjnego Rzeczypospolitej powodować może osłabienie pozycji kraju na arenie międzynarodowej.

Warto też zwrócić uwagę, że typ z art. 226 § 3 k.k. zapewnia szerszą ochronę wszystkim konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej (w tym głowie państwa) niż typ z art. 135 § 2 k.k. samemu Prezydentowi RP, ponieważ zakazuje on nie tylko ich znieważania, ale i poniżania. Poniżenie organu w doktrynie prawa karnego interpretowane jest jako szczególny rodzaj pomówienia, a więc działania zmierzającego do obniżenia autorytetu tegoż organu w odbiorze społecznym (stworzenia niekorzystnego wizerunku) za pomocą zwrotów o większym ładunku emocjonalnym – upokarzających, poniewierających[56]. Jest to, na co zwraca uwagę R. Krajewski, swego rodzaju niespójność legislacyjna[57].

4.4. Argumenty przeciw szczególnej prawnokarnej ochronie Prezydenta RP przed znieważeniem

W piśmiennictwie i orzecznictwie można spotkać się nie tylko z argumentami przemawiającymi za pozostawieniem wzmocnionej prawnokarnej ochrony Prezydenta RP przed znieważeniem. Niektórzy reprezentanci doktryny przyjmują, że ochrona dobrego imienia osób pełniących funkcje publiczne winna być słabsza niż w przypadku tych, którzy nie muszą działać na rzecz społeczeństwa i tym samym podlegać ocenie przez jego członków[58]. Ich zdaniem głowy państwa nie powinny cieszyć się wzmocnioną prawnokarną ochroną przed zniewagą, ponieważ stanowi to relikt z czasów występowania *crimen laesae maiestatis*, ograniczający swobodę debaty publicznej, w której dopuszczalne jest

52 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 25 lutego 1999 r., K 23/98, Lex nr 36178; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 22 września 2005 r., Kp 1/05, Lex nr 165333.

53 J. Kulesza, *Art. 135…*, s. 139.

54 Tamże.

55 Tamże.

56 J. Lachowski, *Art. 226 [Znieważenie funkcjonariusza]* (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Art. 222–316*, t. 2, Warszawa 2017, s. 80; R. Krajewski, *Przestępstwo znieważenia lub poniżenia konstytucyjnego organu Rzeczypospolitej Polskiej*, „Studia z Zakresu Prawa, Administracji i Zarządzania" 2016, t. 9(24), s. 11.

57 R. Krajewski, *Przestępstwo…*, s. 115.

58 S. Hoc, *Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*, Opole 2002, s. 133; A. Krzywoń, *Prawnokarna…*, s. 20.

posłużenie się inwektywami[59]. Jak zauważa S. Hoc, granice dopuszczalnej krytyki wobec polityków są szersze niż w stosunku do osób prywatnych – muszą więc oni posiadać większy zakres tolerancji odnośnie do ingerencji w ich godność oraz cześć, „[…] zwłaszcza, jeśli sami wypowiadają się w sposób dający powody do krytyki"[60]. Przede wszystkim politycy wybierani w wyborach powszechnych na eksponowane stanowiska państwowe powinni cechować się „grubą skórą", gdyż świadomie wkraczają w sferę życia publicznego, godząc się z faktem, że są od tego momentu wystawieni pod ostrze krytyki, stanowiącej immanentny element państw demokratycznych[61]. Podnosi się jednocześnie, że funkcjonariusz publiczny ze względu na jego rolę społeczną, nie może pozostać pozbawiony prawnej ochrony swej godności w sytuacji „jałowej zniewagi", czyli obiektywnie znieważających adresata obraźliwych zwrotów[62].

Funkcjonariusz publiczny ze względu na jego rolę społeczną nie może być pozbawiony prawnej ochrony swej godności w sytuacji „jałowej zniewagi".

Warto w tym miejscu szerzej nawiązać do wspomnianego już wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 1 lipca 1997 r. w sprawie Oberschlick przeciwko Austrii[63]. Zdaniem Trybunału politycy, zwłaszcza wypowiadający publicznie kontrowersyjne tezy, muszą liczyć się z możliwością szerszej krytyki niż osoby prywatne. Nazwanie polityka obraźliwym określeniem (w przedmiotowej sprawie było nim niemieckie słowo *trottel*, które można przetłumaczyć jako dureń/idiota) nie stanowi nieuzasadnionego ataku osobistego wówczas, jeżeli zostało dokonane w ramach politycznej dyskusji wywołanej zachowaniem tegoż polityka, który chwalił niemieckich żołnierzy w czasie II wojny światowej, twierdząc, że walczyli oni o wolność i pokój. Europejski Trybunał Praw Człowieka w omawianym wyroku skonkludował, że publiczne określenie polityka idiotą może go znieważyć, aczkolwiek nie jest to reakcja nieproporcjonalna w stosunku do oburzenia wywołanego przez słowa pokrzywdzonego.

Europejski Trybunał Praw Człowieka podążył linią orzeczniczą zaprezentowaną powyżej w wyroku z 14 marca 2013 r. w sprawie EON przeciwko Francji[64]. Trybunał stwierdził, że „[…] wykorzystując na własny rachunek ostre sformułowanie [chodziło o zwrot «Casse toi pov'con», który można przetłumaczyć «Spieprzaj, ty żałosny fiucie» – MG], wypowiedziane wcześniej przez samego prezydenta pozwanego Państwa, powszechnie zrelacjonowanego w mediach, a następnie skrytykowanego i skomentowanego przez szeroką publiczność w sposób humorystyczny, skarżący zdecydował się na wyrażenie swej krytyki za pomocą środka stanowiącego rodzaj satyrycznej impertynencji"[65]. Powtórzona została też argumentacja dotycząca konieczności wykazywania się przez polityków większą tolerancją na krytykę oraz ocenę każdego wypowiadanego przez nich słowa. W tym

59 Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 28 września 2000 r., 37698/97, Legalis nr 134992; Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 25 czerwca 2002 r., 51279/99, Legalis nr 109116.

60 S. Hoc, *Przestępstwa*…, s. 133. Jak wskazuje I.C. Kamiński (*Ochrona*…, s. 31), otwartość życia publicznego powinna powodować uodpornienie osób pełniących funkcje publiczne, a tym samym wystawiających się na komentarze i krytykę bardziej niż zwykli obywatele.

61 A. Krzywoń, *Prawnokarna*…, s. 20.

62 A. Krzywoń, *Prawnokarna*…, s. 20; L. Garlicki, „*Pov-con*"…, s. 567.

63 Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 1 lipca 1997 r., 20834/92, Lex nr 79634, cyt. wyżej.

64 Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 14 marca 2013 r., 26118/10, Lex nr 1288048, cyt. wyżej.

65 Tamże.

stanie faktycznym Trybunał ostatecznie skonkludował, że „[…] zastosowanie sankcji karnej przez właściwe władze było nieproporcjonalne do realizowanego celu, a tym samym nie było niezbędne w demokratycznym społeczeństwie”[66].

5. Szczególna ochrona godności Prezydenta RP vs wolność wypowiedzi – stanowisko własne

Faktem jest postępująca brutalizacja języka potocznego oraz języka debaty publicznej[67]. Od dość dawna stawiane są tezy, iż „[…] życie publiczne dostarcza argumentów na to, że nastąpiła wyraźna zmiana w normach obyczajowych, poprzez złagodzenie ongiś dość ostro zarysowanych w tej dziedzinie zakazów”[68]. Pomimo tego mocno argumentowane są również stanowiska, w myśl których użycie wyrażeń wulgarnych wobec czynnych polityków przekracza granice społecznego przyzwolenia[69]. Tym bardziej granice te przekracza posłużenie się tego typu słownictwem wobec Prezydenta RP. Wynika to z faktu, że chociaż zmianom ulega język, którym posługujemy się na co dzień, i jednocześnie przekształcają się normy obyczajowe w tym zakresie, to charakter dobra prawnego chronionego przez typ z art. 135 § 2 k.k. uniemożliwia przeobrażenie reguł postępowania z nim tak, aby zezwalać na jego nawet niewielkie naruszenie. O ile można zastanawiać się, czy w dzisiejszych czasach nazwanie oponenta – osoby prywatnej – w dyskusji „dupą”, przekraczać będzie panujące w społeczeństwie reguły postępowania z dobrem w postaci godności, o tyle ze względu na charakter sprawowanego urzędu określenie, konkluzja ta jest jednoznaczna względem Prezydenta RP[70]. Warto też na marginesie rozważyć słowa T. Dukiet-Nagórskiej, czy rzeczywiście powszechne naruszanie granic powoduje, że przestają one obowiązywać[71].

Nie można też zgodzić się z tezą, że wyrażenia pogardliwe i poniżające stanowić mogą dopuszczalną w demokratycznym państwie prawa krytykę. Nie niosą one ze sobą żadnej merytorycznej wartości, lecz prowadzą do dalszej degrengolady dyskursu publicznego. Krytyka może być dobitna, ale tylko wtedy, gdy jest rzeczowa, podjęta w celu ochrony społecznie uzasadnionego interesu oraz nienaruszająca godności krytykowanego[72]. Uznanie legalności znieważania – choćby w sposób nieznaczny, za pomocą słów o niewielkim

66 Tamże.

67 Każdy, kto śledzi życie polityczne w ostatnich latach w Polsce zna przypadki, w których z ust polityków padały określenia tak samo pejoratywne jak „dupa” (czy nawet bardziej): zdradziecka morda, kanalia, kurdupel, ciul, dzban, cham. Por. I. Kacprzak, *Mowa nienawiści w Sejmie: Radny ciul, premier dzban*, https://www.rp.pl/Spoleczenstwo/302069899-Mowa-nienawisci-w-Sejmie-Radny-ciul-premier-dzban.html, (dostęp 09.12.2020).

68 Wyrok Sądu Najwyższego z 28 lipca 1993 r., WRN 91/93, Lex nr 20627. Podobnie pisze W. Kulesza (*Prawnokarna ochrona dobrego imienia osób uczestniczących w życiu publicznym* (w:) S. Waltoś (red.), *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, Kraków 1993, s. 278): „[…] zmiana zasad ustrojowych państwa, jaka dokonała się w ostatnich latach w Polsce, spowodowała – jako skutek uboczny w sferze obyczajowości politycznej – wzrost agresywności i sprymitywizowanie języka, jako środka komunikowania się uczestników życia publicznego w kraju”.

69 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 6 czerwca 2011 r., II AKa 91/11, Lex nr 895936.

70 Nieznany Autorowi z nazwiska ze względu na zasadę „ślepej recenzji” recenzent twierdzi, że „[…] niektóre treści dotyczące polityków oparte są na wyolbrzymieniach i nie mogą być odczytywane zbyt dosłownie. Zwalczanie takich praktyk za pomocą prawa karnego może wzbudzać przekonanie o tłumieniu przez państwo debaty publicznej”. Z tak postawioną tezą można się zgodzić, aczkolwiek nie w omawianej sprawie. Trudno nie odczytywać dosłownie określenia głowy państwa słowem opisującym miejsce, w którym plecy tracą swoją szlachetną nazwę.

71 T. Dukiet-Nagórska, *Prawnokarna…*, s. 58. Zob. bardzo podobnie J. Piórkowska-Flieger, S. Patyra, *Przestępstwo…*, s. 27.

72 Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 29 lutego 2016 r., I ACa 735/15, Lex nr 2044271. Również Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 21 września 2015 r., K 28/13, cyt. wyżej, przypomniał, że „[…] prawo powinno przeciwdziałać upowszechnianiu się w języku publicznej komunikacji zwrotów obraźliwych, agresywnych, poniżających, naruszających godność człowieka, zastępujących autentyczną debatę publiczną argumentami *ad personam*, językiem marginesu społecznego, obniżających autorytet instytucji państwowych i osób piastujących funkcje publiczne”. Patrz też L. Gardocki, *Europejskie standardy wolności wypowiedzi a prawo karne*, „Państwo i Prawo” 1993, z. 3(565), s. 19.

ładunku pejoratywności – Prezydenta RP daje do ręki oręż przeciwnikom politycznym osoby, która w danym momencie sprawuje ten najważniejszy urząd, jednocześnie obniżając jego autorytet.

imię, a ono chronione jest przez typizacje zakazujące zniesławienia czy poniżenia (nie znieważenia), które – w przypadku zniesławienia – umożliwiają sprawcy naruszenia tego dobra obronę za pomocą

Nie można zgodzić się z tezą, że wyrażenia pogardliwe i poniżające stanowią dopuszczalną w demokratycznym państwie prawa krytykę.

Trudno nie zgodzić się z R. Krajewskim, który wskazuje na potrzebę ochrony autorytetów w czasach, w których cierpimy na ich deficyt, dodając ponadto, że skoro każdy człowiek ma przywary, to tak samo będzie posiadał je każdorazowy Prezydent, co nie powinno dawać asumptu do ich nadmiernego eksponowania, zwłaszcza w sposób uwłaczający[73]. Można Prezydenta RP lubić bądź nie, wszak do pozytywnych uczuć nie sposób nikogo przymusić, lecz zawsze należy go szanować jako reprezentanta Narodu – łącznika między przeszłością, teraźniejszością, a przyszłością[74]. Zakres kryminalizacji typu z art. 135 § 2 k.k. nie uległ zatem żadnej zmianie oraz takiej zmianie ulegać nie powinien.

Wzmocniona ochrona godności Prezydenta RP nie stanowi nieproporcjonalnego ograniczenia prawa do wolności wypowiedzi, ani prawa do krytyki, gwarantowanych przez art. 54 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 10 EKPCz[75]. Nadmierna krytyka godzi w dobre tzw. dowodu prawdy[76]. Co istotne dla poszanowania wolności słowa i płynącego z niej prawa do krytyki, w polskim systemie prawnym brakuje wzmocnionej prawnokarnej ochrony Prezydenta RP czy funkcjonariusza publicznego przed zniesławieniem[77], poza typizacją z art. 226 § 3 k.k., zakazującą kwalifikowanej formy zniesławienia w postaci poniżenia. Ustawodawca, kreując typ z art. 135 § 2 k.k. nie wzorował się zatem na typie z art. 125 § 2 Kodeksu karnego z 1932 r., który to kryminalizował uwłaczanie czci lub powadze Prezydenta RP, a więc obejmował swoim zakresem także zachowania zniesławiające[78].

73 R. Krajewski, *Karnoprawna*…, s. 112. Por. też bardzo podobnie S. Hoc, *Ochrona*…, s. 8.

74 Tak podobnie R. Krajewski, *Karnoprawna*…, s. 115.

75 Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.). Jak zauważają J. Piórkowska-Flieger i S. Patyra (*Przestępstwo*…, s. 25), przepis kryminalizujący znieważenie Prezydenta RP nie ogranicza wolności słowa, lecz tylko formę jej realizacji. Odmiennie uznał Europejski Trybunał Praw Człowieka (wyrok z 26 czerwca 2006 r. w sprawie Artun i Güvener przeciwko Turcji, 75510/01, Lex nr 290457), wskazując, że z punktu widzenia ingerencji prawa karnego w wolność wypowiedzi, rozróżnienie na zniesławienie i zniewagę nie ma znaczenia.

76 Zob. np. G. Górka, *Prawnokarna*…, s. 46. Choć P. Tuleja w zdaniu odrębnym do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 6 lipca 2011 r., P 12/09, cyt. wyżej, uważa, że nie wypracowano kryteriów umożliwiających w wielu przypadkach jednoznaczne wyodrębnienie wypowiedzi znieważających od zniesławiających. Odmiennie – trafnie – twierdzi M. Surkont (*Zniesławienie*…, s. 221), pisząc, że „znieważenie cechuje nieracjonalność. Nie polega ono na pomawianiu". Zob. też J. Kluza, *Znieważenie w polskim prawie karnym. Przestępstwo z art. 216 k.k. w perspektywie funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości ze szczególnym uwzględnieniem orzecznictwa*, „Studenckie Zeszyty Naukowe" 2017, vol. XX(35), s. 60.

77 Zauważają to również J. Piórkowska-Flieger, S. Patyra, *Przestępstwo*…, s. 25.

78 Jak wskazuje S. Hoc (*Ochrona*…, s. 6), uwłaczanie czci „[…] to pomawianie Prezydenta RP o postępowanie lub właściwości, które mogą go poniżyć w opinii publicznej lub narazić na utratę zaufania". Było to więc klasyczne zniesławienie.

Warto też zwrócić uwagę, jak uczynił to Trybunał Konstytucyjny, że „okazywanie pogardy za pomocą obraźliwych lub poniżających sformułowań (ewentualnie gestów), które nie podlegają kwalifikacji w kategoriach prawdy i fałszu, nie służy prezentowaniu wspomnianych ocen funkcjonowania instytucji publicznych”[79], dlatego też kryminalizacja publicznego znieważenia Prezydenta RP nie stanowi w żaden sposób ograniczenia prawa do krytyki działalności organów państwa[80]. Zniewaga – i tu trzeba podzielić stanowisko Trybunału[81] – nie jest bowiem wypowiedzią merytoryczną, która, będąc opartą na faktach istniejących lub domniemywanych, ocenia właściwości czy postępowanie danej osoby, a wyłącznie złośliwym atakiem, zmierzającym do wyrządzenia krzywdy w zakresie godności osobistej pokrzywdzonego[82]. Złośliwy atak osobisty nie mieści się zaś nigdy w ramach dopuszczalnej krytyki[83].

Wszystkie typy penalizujące znieważenie – w tym ten z art. 135 § 2 k.k. – mają na celu ochronę godności. Prezydent RP jest uosobieniem państwa polskiego[84], a ochrona jego przekonania o własnej wartości oraz

79 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 6 lipca 2011 r., P 12/09, cyt. wyżej. Zdaniem Trybunału, „zniewaga nie zmierza do skrytykowania działalności lub cech jakiegoś podmiotu, ale bezpośrednio do wyrządzenia krzywdy w zakresie jego godności osobistej. […] penalizacja publicznego znieważenia Prezydenta Rzeczypospolitej nie wpływa hamująco na ewentualną krytykę działalności tego organu i na prowadzenie debaty publicznej w tym zakresie. W państwie demokratycznym, będącym dobrem wspólnym wszystkich obywateli, debata ta może toczyć się w sposób cywilizowany i kulturalny, bez jakiejkolwiek szkody dla praw i wolności człowieka i obywatela oraz prawidłowości funkcjonowania instytucji publicznych”.

80 Tak też J. Kulesza, *Art. 135…*, s. 136. Inaczej – w moim odczuciu niesłusznie – stwierdził cytowany już wcześniej Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 30 stycznia 2002 r., II AKa 577/01, cyt. wyżej, zdaniem którego krytyka może uzasadniać użycie słownictwa mocnego i wyrazistego, w innych okolicznościach uznawanego za obraźliwe. Swoje stanowisko sąd złagodził, dodając, iż „nie odbierając więc nikomu prawa do krytyki, przyjąć trzeba, że prawo to napotyka na ograniczenia zakreślone między innymi, przez ochronę dobrego imienia innych osób, która jest składową konstytucyjnej zasady ochrony godności człowieka”.

81 Trybunał Konstytucyjny (wyrok z 6 lipca 2011 r., P 12/09, cyt. wyżej) podkreślił, że prawo do krytyki Prezydenta RP obejmuje wypowiedź swobodną co do treści, a nie co do formy, argumentów merytorycznych zaś nie można zastępować zniewagami. Ta linia orzecznicza została utrzymana w wyroku z 21 września 2015 r., K 28/13, cyt. wyżej. Sąd Najwyższy w postanowieniu z 9 czerwca 1995 r., III KRN 172/94, Lex nr 24558 stwierdził, że „każdy obywatel ma niezaprzeczalne prawo do wypowiadania wysoce nawet krytycznych poglądów, dotyczących decyzji podejmowanych przez organy władzy, w tym również i organy naczelne. Każdemu przysługuje prawo wyrażania równie krytycznych ocen dotyczących panującego ustroju, byle oceny te w swej formie nie przybierały postaci obelżywej, obraźliwej, świadczącej właśnie o tym, iż zamiarem autora nie jest dokonanie krytyki organu władzy (odpowiednio: ustroju), ale jego zelżenie, wyszydzenie, czy poniżenie”.

82 Jak wskazuje J. Kulesza (*Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. akt II AKa 273/12*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 1, s. 189), „«znieważenie» i «krytyka» są pojęciami, które wzajemnie się wykluczają […]”.

83 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 30 stycznia 2002 r., II AKa 577/01, cyt. wyżej. Jak trafnie zauważają J. Piórkowska-Flieger i S. Patyra (*Przestępstwo…*, s. 27), „działalność osób pełniących funkcje publiczne wystawiona jest w większym stopniu pod osąd publiczny niż jakakolwiek działalność innych ludzi. Ważne jest, aby ten osąd przybierał formę rzeczowej oceny, a nie obraźliwej wypowiedzi czy innego mającego taki charakter zachowania”. Zob. też A. Ramdan, *Controversy…*, s. 260.

84 Zob. W. Makowski, *Zbrodnie…*, s. 7 oraz S. Hoc, *Ochrona…*, s. 17. Zdaniem W. Makowskiego (tamże, s. 9) godzenie w Prezydenta RP jest godzeniem w Rzeczpospolitą, którą on uosabia. Inaczej – o czym była już mowa – uważa K. Pachnik (*Glosa…*, s. 300), według którego szczególne traktowanie Prezydenta RP narusza konstytucyjną zasadę równości. Pogląd ten nie przekonuje, zwłaszcza w zestawieniu z art. 126 ust. 1 Konstytucji RP i funkcjami reprezentacyjną oraz równoważącą, które on wypełnia, a także przy uwzględnieniu istniejącej tradycji ustrojowej. Tak też uważa S. Hoc (*O czynnej napaści i znieważeniu Prezydenta RP*, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne” 2004, nr II, s. 85), pisząc, że „Prezydent RP jest organem wykonawczym o szczególnym charakterze i znaczeniu, stąd też jego ochrona powinna pójść dalej niż w przypadku ogółu obywateli”. Na argument, zgodnie z którym status głowy państwa różni się od statusu zwykłego obywatela wskazuje także A. Ramdan, *Controversy…*, s. 258.

autorytetu to w pewien sposób ochrona naszego kraju i narodu – nas samych[85], a więc dóbr stojących dużo wyżej w hierarchii niż wolność słowa. Zaprzestanie odwoływania się do norm prawnokarnych w celu ochrony autorytetu Prezydenta RP może świadczyć o utracie pragnienia otaczania tego urzędu oraz jego piastuna należytym szacunkiem, a tym samym deprecjacji godności jako takiej[86]. Trafnie zauważa S. Hoc, że „strażnik godności narodowej nie może być sam narażony na pomiatanie, zniewagi, lżenie, poniżenie, akty agresji"[87]. Typ z art. 135 § 2 k.k. pełni zatem istotne zadania w zakresie funkcji gwarancyjnej[88] oraz prewencyjnej.

> **Złośliwy atak osobisty nie mieści się nigdy w ramach dopuszczalnej krytyki.**

Warto więc zaaprobować mocno brzmiącą tezę J. Kuleszy, zgodnie z którą „tam, gdzie dochodzi do znieważenia, kończy się wolność wypowiedzi […]"[89]. Nadużycie jakiejś wolności, jak słusznie wskazuje Wojciech Mojski, nie może podlegać ochronie ze strony prawa[90]. Stąd też dziwić może konkluzja tego autora, zgodnie z którą wzmożona prawnokarna ochrona przed znieważeniem konstytucyjnych organów państwa prowadzi do zakłócenia standardów debaty publicznej w państwie demokratycznym[91]. Pozytywnie należy ocenić fakt, że polski ustawodawca nie podąża za współczesnymi standardami wolności wypowiedzi[92], przydając dalej idącą ochronę funkcjonariuszom publicznym oraz piastunom najważniejszych organów w państwie i zapobiegając tym samym pogorszeniu jakości tej wypowiedzi oraz podeptaniu godności symboli czy autorytetów. Demokracja nie może być przecież utożsamiania z anarchią, wolność słowa wraz z prawem do krytyki z możliwością bezkarnego wyzywania, a debata publiczna z wojnami flejmingowymi[93]. Należy też zwrócić uwagę, że Prezydent RP ze względu na eksponowany w niniejszym artykule szczególny status ustrojowy[94], jak również uwarunkowania historyczne, zajmuje wyjątkowe pośród konstytucyjnych organów Rzeczypospolitej. Typ z art. 135 § 2 k.k. jest koniecznym narzędziem w zapewnieniu ochrony tak istotnym, jak wskazane powyżej, dobrom prawnym związanym z urzędem Prezydenta RP, pełniąc niezwykle istotną rolę w sprawowaniu funkcji prewencyjnej prawa karnego. Prezydent RP jest uosobieniem majestatu Rzeczypospolitej, a jednocześnie ze względu na tak eksponowaną publicznie rolę, bardzo często podlega atakom werbalnym. Omawiany typ stanowi jednoznaczny sygnał dla sprawców tego typu ataków, że ich zachowanie jest niedopuszczalne w demokratycznym państwie prawa i podlegać może stosunkowo surowej karze.

Oczywiście takiej argumentacji, kładącej nacisk na konieczność zachowania szczególnej prawnokarnej

85 Jak wskazuje S. Biernat w zdaniu odrębnym do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 6 lipca 2011 r., P 12/09, cyt. wyżej, znieważenie Prezydenta RP w wielu przypadkach może osłabiać autorytet Rzeczypospolitej.

86 Por. W. Kulesza, *Zniesławienie*…, s. 5.

87 S. Hoc, *Ochrona*…, s. 8.

88 Tak S. Hoc, *O czynnej*…, s. 85.

89 J. Kulesza, *Art. 135*…, s. 137.

90 W. Mojski, *Prawnokarne*…, s. 180.

91 Tamże, s. 186.

92 Krytycznie ocenia to A. Krzywoń, *Prawnokarna*…, s. 23.

93 O wojnach flejmingowych zob. M. Grudecki, R. Fic, *Prawnokarna ocena bezprawności zachowań znieważających w Internecie*, „Zeszyty Prawnicze" 2021, nr 3 (przyjęte do druku). Trafnie podkreśla J. Kulesza (*Glosa*…, s. 189), że „nie bardzo wiadomo, w jaki sposób wyrażenie pogardy, obrzucenie epitetami i wulgaryzmami miałoby stanowić przejaw «kontroli społecznej sprawujących władzę», «krytyki» oraz wnosić wkład do «nieskrępowanej debaty publicznej»".

94 Jak zauważa S. Hoc (*Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 30 stycznia 2002 r., sygn. II AKa 577/01*, „Prokuratura i Prawo" 2006, nr 9, s. 156), „[…] Prezydentowi RP należna jest właściwa ochrona godności najwyższego urzędu Rzeczypospolitej […]".

ochrony godności Prezydenta RP, można zarzucić, że prowadzi do reglamentacji swobody debaty publicznej oraz tym samym deprecjonuje powagę urzędu głowy państwa[95]. Bynajmniej tak nie jest, gdyż polskie prawo karne posiada skuteczne narzędzie pozwalające na uznanie braku przestępności czynu w konkretnych przypadkach, w których skorzystanie z tak daleko ingerującej w prawa i wolności człowieka odpowiedzialności karnej byłoby nieprzydatne lub niekonieczne. Tym narzędziem jest klauzula braku karygodności z art. 1 § 2 k.k. Dlatego też jednoznacznie pozytywnie należy ocenić wyrok, stanowiący podstawę prowadzonych w artykule rozważań. W danym stanie faktycznym zarówno okoliczności przedmiotowe, zwłaszcza rodzaj użytego sformułowania, miejsce i sposób jego prezentacji, świadczący o niewielkim stopniu naruszenia reguł postępowania z dobrem, jak również okoliczności podmiotowe – motywacja w postaci kierowania się troską o dobro ojczyzny oraz należyte sprawowanie urzędu Prezydenta RP, przemawiały za przyjęciem braku karygodności czynu sprawcy. Nie bez znaczenia dla przyjęcia znikomego stopnia społecznej szkodliwości jest również forma, za pomocą której oskarżony znieważył Prezydenta RP – zabawnego wierszyka, będącego rodzajem satyry. Można też w tym miejscu, biorąc pod uwagę stan faktyczny omawianej sprawy, przytoczyć odpowiednio słowa wyjęte ze zdania odrębnego sędziego G. Bonello do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 21 stycznia 1999 r. w sprawie Janowski przeciwko Polsce: „Pytam się, czy koniecznym jest w społeczeństwie demokratycznym utrzymywanie parasola prawnego nad urzędnikami rządowymi, w sytuacji gdy przekraczają oni swoje uprawnienia. […] Ustrój, który uznaje impertynencje słowne za bardziej karygodny niż bezprawne ekscesy funkcjonariuszy publicznych jest takim, który, w moim przekonaniu, skalę wartości wywrócił do góry nogami”[96].

Regulacja z art. 1 § 2 k.k. stanowi płynący z zasady proporcjonalności „wentyl bezpieczeństwa”, który pozwala uniknąć nieprzydatnej lub koniecznej prawnokarnej ingerencji w prawa i wolności człowieka w konkretnej sprawie. Pozwala on *ad casum* złożyć ów „parasol prawny”, o którym wspomina sędzia Giovanni Bonello, jednocześnie nie pozbawiając całkowicie ochrony danego dobra prawnego. Nie zmienia bowiem ujemnej oceny samego jego czynu, który jako naruszający reguły postępowania z dobrem prawnym, musi być traktowany jako bezprawny. Oczywiście w związku z tym sądy muszą pamiętać, by w swoich orzeczeniach nie dokonywać dekonstrukcji struktury przestępstwa, wskazując na brak karygodności w tych stanach faktycznych, w których stopień społecznej szkodliwości czynu jest wyższy niż znikomy[97]. Może to mieć miejsce wówczas, gdy sądy będą chciały, na co zwraca uwagę J. Kulesza, uratować błędnie rozumianą wolność słowa poprzez wydanie swoistego „salomonowego wyroku”[98].

Bibliografia

Chorążewska A., *Status Prezydenta RP na tle modeli ustrojowych głowy państwa w systemie parlamentarnym*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2014, t. 21, s. 263–279.

Dąbrowska-Kardas M., *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012.

Dukiet-Nagórska T., *Prawnokarna ochrona Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej* (w:) P. Hofmański, K. Zgryzek (red.), *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Kazimierza Marszała*, Katowice 2003.

Filipczak M., *Odpowiedzialność karna a brak zagrożenia dla dobra prawnego przy przestępstwach abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica” 2017, nr 77, s. 49–71.

Gardocki L., *Europejskie standardy wolności wypowiedzi a prawo karne*, „Państwo i Prawo” 1993, z. 3(565).

Garlicki L., *„Pov-con” przed Trybunałem w Strasburgu*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2014, nr 22, s. 565–572.

Górka G., *Prawnokarna ochrona Prezydenta Rzeczypospolitej*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2014, nr 3.

95 Tak twierdzi recenzent niniejszego artykułu, nieznany Autorowi z nazwiska ze względu na zasadę „ślepej recenzji”.

96 Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 21 stycznia 1999 r., 25716/94, Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

97 Jak wskazuje Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 14 grudnia 2000 r., II AKa 214/00, Lex nr 46057, „społeczna szkodliwość czynu nie jest ogólnikiem nadającym się do naciągania, by nadać pozór uzasadnienia żądaniu strony”.

98 Zob. J. Kulesza, *Glosa…*, s. 181–191.

Grudecki M., Fic R., *Prawnokarna ocena bezprawności zachowań znieważających w Internecie*, „Zeszyty Prawnicze" 2021, nr 3, s. 213–243.

Grudecki M., *Zgoda dzierżyciela dobra na nietypowe zachowania seksualne*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2019, z. 3(XXI), s. 85–103.

Hoc S., *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 30 stycznia 2002 r., sygn. II AKa 577/01*, „Prokuratura i Prawo" 2006, nr 9, s. 145–157.

Hoc S., *O czynnej napaści i znieważeniu Prezydenta RP*, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne" 2004, nr II, s. 85.

Hoc S., *Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*, Opole 2002.

Kacprzak I., *Mowa nienawiści w Sejmie: Radny ciul, premier dzban*, https://www.rp.pl/Spoleczenstwo/302069899-Mowa-nienawisci-w-Sejmie-Radny-ciul-premier-dzban.html, (dostęp 09.12.2020).

Kamiński C., *Ochrona dobrego imienia głów państw obcych a swoboda wypowiedzi. Orzeczenie Trybunału w Strasburgu w sprawie Colombani i inni przeciwko Francji*, „Przegląd Prawa Europejskiego" 2003, nr 2(13).

Kluza J., *Znieważenie w polskim prawie karnym. Przestępstwo z art. 216 k.k. w perspektywie funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości ze szczególnym uwzględnieniem orzecznictwa*, „Studenckie Zeszyty Naukowe" 2017, vol. XX(35), s. 59–70.

Krajewski R., *Prawnokarna ochrona Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej*, Bydgoszcz 2015.

Krajewski R., *Przestępstwo znieważenia lub poniżenia konstytucyjnego organu Rzeczypospolitej Polskiej*, „Studia z Zakresu Prawa, Administracji i Zarządzania" 2016, t. 9(24), s. 109–118.

Krzywoń A., *Prawnokarna ochrona głów państw i innych organów konstytucyjnych versus wolność wypowiedzi – polskie rozwiązania na tle europejskich*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2013, nr 5, s. 19–25.

Kulesza J., *Art. 135 [Czynna napaść, znieważenie Prezydenta]* (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Art. 117–221*, t. 1, Warszawa 2017.

Kulesza J., *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. akt II AKa 273/12*, „Prokuratura i Prawo" 2014, nr 1.

Kulesza W. (*Prawnokarna ochrona dobrego imienia osób uczestniczących w życiu publicznym* (w:) S. Waltoś (red.), *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, Kraków 1993.

Kulesza W., *Zniesławienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984.

Lachowski J., *Art. 226 [Znieważenie funkcjonariusza]* (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Art. 222–316*, t. 2, Warszawa 2017.

Makowski W., *Zbrodnie stanu*, Warszawa 1923.

Mojski W., *Prawnokarne ograniczenia wolności wypowiedzi w polskim porządku prawnym. Analiza wybranych przepisów*, „Studia Iuridica Lublinensia" 2009, nr 12, s. 177–196.

Pachnik K., *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 6 lipca 2011 r. sygn. akt P 12/09 wydanego w pełnym składzie*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2012, nr 3

Piórkowska-Flieger J., Patyra S., *Przestępstwo zniewagi Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej*, „Prokuratura i Prawo" 2012, nr 3.

Płowiec W., *Wolność wypowiedzi a znieważenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z perspektywy Konstytucji RP i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* (w:) M. Urbańczyk, Ł.D. Bartosik, N. Zagórska (red.), *In Search of the Euro-Atlantic Doctrine of Freedom of Speech*, Poznań–Łódź 2019.

Ramdan A., *Controversy over the Offense of Insulting the President/Vicepresident in Draft of Criminal Code. An Analysis of Constitutional Court Decision Number 013-022/PUU-IV/2006*, „Jurnal Yudisial" 2020, nr 2(13).

Sitarz O., *Dobrowolna sterylizacja – czy czas na zmianę prawa?* (w:) W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka (red.), *Między stabilnością a zmiennością prawa karnego. Dylematy ustawodawcy*, Olsztyn 2017.

Sitarz O., J. Hanc, *Zabieg Kristellera w świetle przepisów prawa karnego*, „Prawo i Medycyna" 2017, nr 2(67), s. 56–73.

Surkont M., *Zniesławienie i znieważenie w polskim prawie karnym*, Gdańsk 1982.

Wiak K., *Ochrona Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w Kodeksie karnym*, „Teka Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie" 2019, t. 12, s. 323–337.

Wolski M., *Na śmierć Prezydenta Kaczyńskiego*, https://www.salon24.pl/u/autorzygazetypolskiej/170038,na-smierc-prezydenta-kaczynskiego (dostęp 10.12.2020).

Wójcik L., *„Nie prezydent, tylko d…". Sprawa umorzona*, https://24kurier.pl/aktualnosci/wiadomosci/nie-prezydent-tylko-d-sprawa-umorzona/ (dostęp 07.12.2020).

Zawiejski P., *Pojęcie przestępstwa i podziały czynów zabronionych* (w:) T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2020.

Zoll A., *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988.

Grzegorz M. Tracz

Tradycja prawa rzymskiego a obowiązek przyjęcia świadczenia częściowego

Grzegorz M. Tracz

Asystent w Katedrze Prawa Rzymskiego Uniwersytetu Jagiellońskiego

grzegorz.m.tracz@uj.edu.pl

https://orcid.org/0000-0001-9110-7871

Roman Law Tradition and the Obligation to Accept Partial Performance of a Contract

Is it possible to compel a creditor to accept partial performance of a contract, even if parties of a contract have not agreed on such a method of performance? A comparison of the contemporary regulations with the view developed and finally expressed in Justinian's Digest – D. 12.1.21 (Julian, book 48 of his Digest) supports the view that in the sixth century AD a solution was found which is still in force in practically all civil codes. According to it, the compelling of a creditor to accept a partial performance is generally not allowed, apart from clearly defined exceptions. Meanwhile, the 1964 Polish Civil Code departed from the solution adopted in the "mainstream of European legal orders" and, although this is not a sufficient basis for its evaluation, nonetheless this decides about its uniqueness.

Słowa kluczowe: prawo cywilne, prawo rzymskie, prawo kontraktów, świadczenie częściowe, obowiązek przyjęcia świadczenia częściowego

Key words: civil law, Roman law, contracts, partial performance of a contract, obligation to accept partial performance

https://doi.org/10.32082/fp.4(72).2022.1047

1. Wprowadzenie

Gaius, rzymski prawnik okresu klasycznego twierdził, że – G. 3,168: *tollitur autem obligatio praecipue solutione eius quod debeatur* – „umarza się zaś zobowiązanie przede wszystkim przez świadczenie tego co było dłużne". Można stąd wnosić, że treść zobowiązania określa sposób jego wykonania[1].

Czterysta lat później justyniańscy kompilatorzy uzupełnili Gaiusowe stanowisko, dodając – I. 3,29 pr.: *vel si quis consentiente creditore aliud pro alio* – „oraz jeśli ktoś za zgodą wierzyciela świadczy co innego". Przesądzono w ten sposób, że wykonanie zobowiązania może polegać nie tylko na postępowaniu dłużnika zgodnym z tym, na co się umówiono, ale również na postępowaniu w inny, lecz akceptowany przez wierzyciela sposób. U podstaw przyjętego

1 Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, wyd. 12, Warszawa 2016, s. 333, nb. 784.

przez Justyniańskich kompilatorów zapatrywania zdaje się leżeć założenie, że wykonanie zobowiązania służy zaspokojeniu interesu wierzyciela[2], co jest ostatecznym celem powstania każdego stosunku obligacyjnego[3]. Treść zobowiązania ma zaś to znaczenie, że określa granice skuteczności formułowanych przez strony żądań.

Inaczej sprawa przedstawia się w świetle treści art. 450 k.c., który znajdując zastosowanie zasadniczo do prawa umów[4], stanowi, że: „Wierzyciel nie może odmówić przyjęcia świadczenia częściowego, chociażby cała wierzytelność była już wymagalna, chyba że przyjęcie takiego świadczenia narusza jego uzasadniony interes". Treść tego przepisu pozwala dłużnikowi świadczyć inaczej niż się umówiono, odmiennie od utrwalonych w treści stosunku zobowiązaniowego oczekiwań wierzyciela.

Odosobnione pozostaje zapatrywanie, że: „[w] przyszłości polski ustawodawca powinien jednak rozważyć, czy względy, dla których art. 450 k.c. zawiera rozstrzygnięcie odmienne od dominującego nurtu europejskich porządków prawnych, nie są na tyle nieaktualne, że należałoby powrócić do rozwiązań przyjętych na gruncie Kodeksu zobowiązań"[5]. Uzasadnione z perspektywy cytowanego twierdzenia jest ustalenie jak doszło do ukształtowania się zarówno „dominującego nurtu europejskich porządków prawnych", jak i treści art. 450 k.c.

2. Obowiązek przyjęcia świadczenia częściowego w najdawniejszym prawie rzymskim

W starożytnym Rzymie pierwotnie obowiązywało prawo zwyczajowe. Na skutek sporu między plebejuszami a patrycjuszami, którzy nadużywali niespisanego „prawa przodków", doszło do uchwalenia ustawy XII Tablic. Treść ustawy nie miała charakteru reformatorskiego[6]. Jedynie wyjątkowo dokonano za jej pomocą zmian w obowiązującym wcześniej prawie.

Komilatorzy justyniańscy zakładali, że wykonanie zobowiązania służy zaspokojeniu interesu wierzyciela, co jest ostatecznym celem powstania każdego stosunku obligacyjnego.

2 Tamże, s. 312, nb. 732; zob. G. Tracz, *Pojęcie wykonania i niewykonania zobowiązania w prawie polskim*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2009, z. 1, s. 175; W. Holewiński, *O zobowiązaniach podług Kodeksu Napoleona. Wykład tytułu III i IV księgi trzeciej*, Warszawa 1875, s. 8.

3 Na temat zobowiązania jako instrumentu warunkowania zachowania stron zob. A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, t. 1. *Dzieła wybrane*, Kraków 2021, s. 77; F. Longchamps de Bérier, *Ocena pracy doktorskiej Alfred Kleina „Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego"*, Archiwum UWr 270/106 (teczka doktorska), s. 4–5.

4 Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania*…, s. 312, nb. 732.

5 F. Zoll, *Wykonanie i skutki niewykonania zobowiązania lub nienależytego wykonania zobowiązań* (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 6, A. Olejniczak (red.), wyd. 3, Warszawa 2018, s. 1151, nb. 141; pozytywnie ocenia skutki obowiązywania art. 450 k.c.: W. Czachórski i in., *Zobowiązania. Zarys wykładu,* wyd. 11, Warszawa 2009, s. 310, nb. 718 i A. Brzozowski, *Wykonanie zobowiązań* (w:) A. Brzozowski i in., *Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2016, s. 286, nb. 517–518; brak uwagi na temat zasadności obowiązywania art. 450 k.c. w Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania*…, s. 324, nb. 757–758.

6 J.A. Pokrowskij, *Historja prawa rzymskiego*, t. 1, Lublin 1927, s. 133; R. Sohm, *Instytucje, historia i system rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1925, s. 50–51; I. Koschembar-Łyskowski, *Prawo rzymskie*, t. 1. *Dzieje*, Warszawa 1931, s. 50; R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa 1955, s. 32.

Wyrażone za jej pośrednictwem podejście do możliwości przymuszenia wierzyciela do przyjęcia świadczenia częściowego, w braku innych źródeł, stanowi wyraz wcześniejszego sposobu postępowania[7].

wydania osoby dłużnika w swe ręce[10]. Gdy dłużnik został wydany, to wierzyciel mógł przetrzymywać go przez 60 dni, aż do chwili, gdy osoby trzecie, mające w tym interes, zaspokoją jego wierzytelność[11]. W czasie owych dni dłużnik powinien być prowadzany w miejsce publiczne[12], aby tam obwieszczano postronnym kwotę, którą winien zapłacić wierzycielowi. Dawało to szansę, że ktoś zdecyduje się wykupić dłużnika z „niewoli"[13], i zaspokoić w ten sposób interes wierzyciela. Trzeciego dnia, jeżeli nikt tego nie uczynił, to wierzyciel zyskiwał nad dłużnikiem prawo życia i śmierci[14]. Mógł sprzedać go w niewolę *trans Tiberim*, a nawet zabić, dzieląc części jego ciała między pozostałych wierzycieli[15].

W czasach ustawy XII Tablic nie przewidywano możliwości zmuszenia wierzyciela do przyjęcia świadczenia częściowego.

Ponieważ ustawa XII Tablic nie odnosi się wprost do kwestii zniewolenia wierzyciela do przyjęcia świadczenia częściowego, to wnioski w tej mierze można wyprowadzać z ówcześnie przyjętego sposobu egzekucji wierzytelności. Zgodnie z treścią ustawy XII tablic, dłużnik, po zasądzeniu zapłaty na rzecz wierzyciela, miał 30 dni na jej dokonanie[8]. Jeżeli tego nie uczynił, to wierzyciel mógł rozpocząć względem niego egzekucję[9]. Na podstawie wniesionej przed pretora *legis actio per manus iniectionem* wierzyciel mógł żądać

Z kształtu procedury dochodzenia wierzytelności można wnosić, że w czasach ustawy XII Tablic nie przewidywano możliwości zmuszenia wierzyciela do przyjęcia świadczenia częściowego[16]. Dłużnik samym sobą gwarantował możliwie najpełniejsze zaspokoje-

7 B. Łapicki, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1948, s. 170, widział w procedurze przewidzianej *legis actio per manus iniectionem* koncesję na rzecz dłużnika wcześniej zrównywanego ze złodziejem; tak też S. Łoś, *Sylwetki rzymskie*, Warszawa 1958, s. 241; F. Engels, *Pochodzenie rodziny, własności prywatnej i państwa. W związku z badaniami Lewisa H. Morgana*, Warszawa 1911, s. 193, twierdzi: „Żadne prawodawstwo późniejszych czasów nie oddawało dłużnika tak bezlitośnie i tak beznadziejnie w ręce lichwiarskiego wierzyciela, jak staroateńskie i starorzymskie prawodawstwo; a oba te prawodawstwa powstały samorzutnie, jako prawa obyczajowe i tylko pod naciskiem ekonomicznego przymusu".

8 T. 3,5; zob. S. Riccobono, *Fontes iuris Romani antejustiniani*, cz. 1, Florentiae 1968, s. 33; M. Kaser, *Das römische Zivilprozeßrecht*, München 1966, s. 97, nt. 4; R. Knütel, *Particularis enim solutio rarum est ut incommoda sit. Zur Fragwürdigkeit des Teilleistungsverbots* (w:) *Iurisprudentia universalis*, M.J. Schermaier, J.M. Rainer, L.C. Winkel (red.), Köln–Weimar–Wien 2002, s. 338–339.

9 T. 3,2; zob. S. Riccobono, *Fontes…*, s. 32; R. Knütel, *Particularis…*, s. 338–339.

10 Tamże.

11 T. 3,5; zob. S. Riccobono, *Fontes…*, s. 33; M. Kaser, *Das römische Zivilprozeßrecht*, s. 101, nt. 1; R. Knütel, *Particularis…*, s. 339.

12 W. Osuchowski, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1962, s. 148; M. Kaser, R. Knütel, S. Lohsse, *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*, wyd. 21, München 2017, s. 451, nb. 12.

13 T. 3,5; zob. S. Riccobono, *Fontes…*, s. 33; M. Kaser, *Das römische Zivilprozeßrecht...*, s. 101, nt. 1; R. Knütel, *Particularis…*, s. 339.

14 T. 3,6; zob. S. Riccobono, *Fontes…*, s. 33.

15 M. Kaser, *Das römische Zivilprozeßrecht...*, s. 102, nt. 1.

16 P. Gröschler, *Teilleistungsverbot, Drittleistung, Ablösungsrecht* (w:) *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, t. 2, cz. 1. *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, R. Zimmermann (red.), Tübingen 2007, s. 790, nb. 11.

nie interesu wierzyciela[17]. W razie niewywiązania się ze zobowiązania wierzyciel zyskiwał fizyczną władzę nad „całą osobą dłużnika", co stanowiło gwarancję zaspokojenia jego interesu. Poza przypadkiem szczodrobliwości, jedynie pełne świadczenie zwalniało dłużnika z „niewoli" wierzyciela[18].

jedynie część zobowiązania, to początkowo nie było to możliwe. Przemawia za tym świadectwo Gaiusa[22], który traktując formalny akt umorzenia jako *imaginaria solutio* (G. 3,171) wyrażał powątpiewanie, obce justyniańskim kompilatorom (I. 3,29,1 *in fine*), czy dopuszczalna jest częściowa *acceptilatio* (G. 3,172)[23]. W tym świetle

Dopiero wykształcenie się *solutio* zrodziło kontrowersję dotyczącą tego, czy możliwe jest świadczenie częściowe wbrew woli wierzyciela.

Pierwszym krokiem prowadzącym do otwarcia dyskusji na temat dopuszczalności zmuszenia wierzyciela do przyjęcia świadczenia częściowego było wprowadzenie w 326 r. przed Chr. ustawy *lex Poetelia Papiria de nexis*[19]. Dzięki niej doszło do wyłączenia odpowiedzialności osobistej dłużnika i poprzestania jedynie na odpowiedzialności majątkowej[20]. Choć dzięki tej ustawie podzielnym stał się obiekt odpowiedzialności, to do III w. po Chr. umorzenie zobowiązania następowało na podstawie aktu formalnego[21]. Z jednej strony oddawał on usługi pewności obrotu: nie pozostawiał wątpliwości, że wierzyciel jest usatysfakcjonowany uzyskanym świadczeniem. Z drugiej strony, skoro dla umorzenia zobowiązania konieczne było dokonanie aktu wielostronnego, to niemożliwym było umorzenie zobowiązania wbrew woli wierzyciela. Nawet jeśli wierzyciel chciał wykorzystując akt formalny umorzyć zasadnym zdaje się twierdzenie, że dopiero wykształcenie się *solutio* – nieformalnego sposobu umorzenia zobowiązania polegającego na świadczeniu tego co było dłużne, zrodziło kontrowersję dotyczącą tego, czy możliwe jest świadczenie częściowe wbrew woli wierzyciela.

3. Świadczenie częściowe w świetle uwagi Juliana

Spośród tekstów źródłowych do kwestii możliwości przymuszenia wierzyciela do przyjęcia świadczenia częściowego odnosi się fragment autorstwa Juliana, którego działalność przypada na II w. po Chr.

D. 12,1,21 (Julian, ks. 48 „Digestów"):

Quidam existimaverunt neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat iudicio persequi: sed in utraque causa humanius facturus videtur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cum ad officium eius pertineat lites deminuere.

„Niektórzy uważali, że ani tego, który żądałby dziesięciu, nie można przymusić do przyjęcia pięciu i dochodzenia reszty, ani tego, który twierdzi, że grunt jest jego, nie można zmusić do przyjęcia części i dochodzenia pozostałości, ale w obydwu przypad-

17 R. Sohm, *Instytucje*…, s. 346.

18 R. Knütel, *Particularis*…, s. 339.

19 Tamże.

20 P. Gröschler, *Teilleistungsverbot*…, s. 790, nb. 11; choć zob. W. Litewski, *Prawo rzymskie prywatne*, wyd. 4, Warszawa 1999, s. 366.

21 R. Knütel, *Particularis*…, s. 339; R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, s. 755; W. Dajczak, *Zobowiązania* (w:) W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, wyd. 3, Warszawa 2018, s. 485; J.D. Harke, *Römisches Recht. Vor der klassischen Zeiten bis zu den modernen Kodifikationen*, wyd. 2, München 2016, s. 93, nb. 1.

22 R. Knütel, *Particularis*…, s. 340.

23 H.L.W. Nelsen, U. Manthe, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktsobligationen. Text und Kommentar*, Berlin 1999, s. 402–403.

kach wydaje się, że postąpiłby pretor w sposób bardziej ludzki, gdyby zmusił żądającego do przyjęcia tego, co mu się oferuje, ponieważ do jego obowiązków należy zmniejszanie zakresu sporu".

Tradycyjnie stawiane pytanie dotyczy tego, czy cytowany fragment w całości pochodzi od Juliana, czy znana dziś jego forma jest wynikiem później dokonanych zmian[24]. Doniosłość odpowiedzi wynika z faktu, że fragment ten jest uważany za koronny dowód na obowiązywanie w prawie klasycznym zakazu świadczenia częściowego wbrew woli wierzyciela[25]. Tymczasem jego treść przemawia za tym jedynie, jeśli uznać, że część rozpoczynająca się od słów: *sed in utraque causa humanius* była interpolowana[26]. Zasadniczym argumentem, który podnosi się za interpolacyjnym charakterem tego fragmentu jest odwołanie się do kryterium *humanitas*, poczytywanego za jeden z motywów przewodnich kompilacji justyniańskiej[27].

Ostatnio jednak znów[28] sformułowano twierdzenie, że przypisywanie temu fragmentowi charakteru interpolacji jest nietrafne[29]. Wniosek ten wsparto następującymi argumentami. Po pierwsze, Julian miał dopuszczać świadczenie częściowe[30]. Po drugie, fragment rozpoczynający się od słów: *sed in utraque causa humanius*, stanowi, że pretor powinien zmniejszyć zakres sporu[31], co jest uważane za jeden z jego podstawowych obowiązków[32]. Po trzecie, gdyby podejrzewany o interpolację fragment dopisano w późniejszym czasie, to słowo *quidam* byłoby niejako „zawieszone w powietrzu"[33].

Nie odnosząc się do zasadności tych argumentów, zmiana znaczenia fragmentu może wynikać ze zmiany

24 Zob. E. Levy, E. Rabel, *Index interpolationum*, t. 1, Weimar 1929, s. 162, szp. 2; E. Levy, E. Rabel, *Index interpolationum*, t. 1. *Supplementum*, Weimar 1929, s. 179, szp. 1.

25 R. Zimmermann, *The Law of Obligations*…, s. 749.

26 Zwraca na to uwagę R. Knütel, *Particularis*…, s. 343 i P. Gröschler, *Teilleistungsverbot*…, s. 790, nb. 12; M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, t. 1. *Die vorklassischen entwicklungen*, München 1975, s. 647, przyp. 23; por. M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, t. 2. *Die nachklassischen entwicklungen*, München 1975, s. 441, przyp. 6; A.G. Citati, *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano*, „Annali Palermo" 1921, t. 9, s. 7; S. Riccobono, *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito del fr. 14 D. X, 3 Paulus III „Ad Plautium"*, „Annali Palermo" 1917, s. 590, przyp. 1; M. Wlassak, *Die klassische Prozeßformel. Mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit*, cz. 1, Wien–Leipzig 1924, s. 110, przyp. 10; C. Ferrini, *Manuale di Pandette*, wyd. 3, Milano 1908, s. 627, przyp. 2; H. Honsell, T. Mayer-Maly, W. Selb, *Römisches Recht*, wyd. 4, Berlin 1987, s. 263; A.G. Citati, *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano*, Roma 1972, s. 7; H. Lévy-Bruhl, *Prudent et préteur*, „Revue historique de droit français et étranger" 1926, t. 5, s. 25, przyp. 1; S. di Marzo, *Manuale elementare di dritto Romano*, Torino 1954, s. 216; A.G. Citati, *Contributi alla dottrina della mora*, „Annali Palermo" 1923, t. 11, s. 182, przyp. 1.

27 H. Krüger, *Die humanitas und die pietas nach den Quellen des römischen Rechtes*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung" 1898, t. 19, s. 36; F. Pringsheim, *Jus aequum und jus strictum*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung" 1921, t. 42, s. 663; zob. M. Wlassak, *Die klassische Prozeßformel*…, s. 109, przyp. 10; W. Rechnitz, *Studien zu Salvius Julianus*, Weimar 1925, s. 69; S. Solazzi, *L'estinzione dell' obbligazione nel diritto Romano*, t. 1, wyd. 2, Napoli 1935, s. 94; za autentycznością odwołania się do tego kryterium L. Lombardi, *Aperçus sur la compensation chez les juristes classiques*, „Bullettino dell'instituto di diritto Romano" 1963, t. 66, s. 74, przy. 78.

28 Wcześniej za jego autentycznością H. Lévy-Bruhl, *La denegatio actionis sous la procédure formulaire*, Lile 1924, s. 30; L. Lombardi, *Aperçus*…, s. 74, przyp. 78; T. Giaro, *«De ponte» oder «De monte»? Banalitäten in der römschen Jurisprudenz*, Labeo 1990, t. 36, s. 207, twierdzi, że odwołanie do pretora jako „mediatora" jest typowe dla Juliana; P. Voci, *La obbligazioni romane. Il contenuto dell'obligatio*, t. 1, cz. 1, Milano 1969, s. 304, przyp. 23, widzi w D. 12,1,21 wyjątek od zasady. Zastrzeżeń co do autentyczności nie podnosi M. Brutti, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, t. 2, Milano 1973, s. 459, przyp. 158.

29 R. Knütel, *Particularis*…, s. 343.

30 Tamże.

31 A nie liczbę procesów, na co zwrócił uwagę L. Lombardi, *Aperçus*…, s. 75, przy. 78.

32 D. 4,8,3,1 (Ulpian, ks. 13 „Komentarza do edyktu"); R. Knütel, *Particularis*…, s. 343.

33 R. Knütel, *Particularis*…, s. 343, dlatego A.G. Citati, *Studi*…, s. 7 i A.G. Citati, *Studi*…, „Annali Palermo" 1921, t. 9, s. 7 za interpolację poczytuje oprócz zwrotu zaczynającego się do *sed* również zwrot *quidem existimaverunt*. Za autentycznością tego zwrotu argumentował L. Lombardi, *Aperçus*…, s. 74, przy. 78.

kontekstu, w którym jest on przywoływany. Zgodnie z inskrypcją, fragment D. 12,1,21 jest wyimkiem z ks. 48 „Digestów" Juliana, która dotyczyła prawa spadkowego[34]. Poczynione w literaturze ustalenia przekonują, że omawiany fragment był poprzedzony przez – D. 5,4,8 (Julian, ks. 48 „Digestów")[35]: *Permittendum erit possessori hereditatis partem quidem hereditatis defendere, parte vero cedere, nec enim prohibet aliquem totam hereditatem possidere et partem scire dimidiam ad se pertinere, de altera parte controversiam non facere* – „Pozwala się posiadaczowi spadku na obronę jego części, a odstąpienie od niej w części. Nic nie zabrania, aby kto posiada cały spadek i wie, że należy mu się jedynie część, odnośnie do drugiej nie wdawał się w spór". Zestawienie tych fragmentów przekonuje, że o ile nie budziło wątpliwości, iż posiadacz spadku można odstąpić od obrony niespornej jego części, o tyle rozbieżności budziło, czy można zmusić powoda do przyjęcia części konkretnego składnika majątku spadkowego[36].

W świetle tych ustaleń zasadnym zdaje się twierdzenie, że D. 12,1,21 nie dotyczył prawa zobowiązań wcześniej niż w VI w. po Chr.[37]. Z tego też względu dla oceny zakresu dopuszczalności zniewolenia wierzyciela do przyjęcia świadczenia częściowego bez znaczenia – zarówno w prawie klasycznym, jak i w prawie justyniańskim – pozostaje to, jakich zmian w obrębie tego fragmentu dokonali justyniańscy kompilatorzy.

Oddając się analizie treści fragmentu D. 12,1,21 należy zwrócić uwagę, że rozpoczyna się on od słowa *quidam*, które wykłada się na język polski jako „niektórzy"[38]. Jego użycie przemawia za tym, że Julian nie należał do grupy, której stanowisko referował[39]. Użycie tego słowa stanowi poszlakę, że również w VI w. po Chr. nie było jednomyślności, w kwestii dopuszczalności przymuszenia wierzyciela do przyjęcia świadczenia częściowego. Niektórzy ciągle musieli opowiadać się za jego niedopuszczalnością[40], podczas gdy inni twierdzili, że istnieją jednak wyjątkowe okoliczności, w których należy zmusić wierzyciela do przyjęcia świadczenia częściowego. Choć ze znaczenia słowa „niektórzy" można wnioskować, że grupa prawników, niedopuszczających świadczenia częściowego wbrew woli wierzyciela, była w mniejszości, to jego użycie wcale nie implikuje małej lub mniejszej liczby jurystów popierających jeden z poglądów. Przemawia ono jedynie za tym, że był to ograniczony zbiór, który cechował się tym, że nie należeli do niego wszyscy[41].

Na podstawie przypisywanego Julianowi fragmentu można nadto wnioskować, że kontrowersje nie dotyczyły kwestii uznania świadczenia częściowego wbrew woli wierzyciela za niepożądane – w tym zakresie nie było sporu[42]. Sporne było jedynie czy istniały wyjątkowe sytuacje, usprawiedliwiające wymuszenie na wierzycielu przyjęcia świadczenia częściowego. Za takim rozumieniem tego fragmentu przemawia posłużenie się spójnikiem *sed*[43], którego użycie przesądza, że mimo wszystko, w pewnych okolicznościach niektórzy usprawiedliwiali przymuszenie wierzyciela do przyjęcia świadczenia częściowego.

W czasach Justyniana urząd pretora, do którego nawiązano w tym fragmencie, należał raczej do historii. Wówczas instytucjonalnie musiało chodzić o sędziego, sprawującego wymiar sprawiedliwości w postępowaniu jednofazowym[44]. Tym niemniej sposób sprawowania urzędu przez pretora może być wskazówką, jaki udział

34 O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, t. 1, Lipsiae 1889, szp. 444.

35 Tamże; M. Wlassak, *Die klassische Prozeßformel…*, s. 109, przyp. 10.

36 Inne znaczenie przypisuje fragmentowi D. 12,1,21 R. Knütel, *Particularis…*, s. 344.

37 M. Wlassak, *Die klassische Prozeßformel…*, s. 109, przyp. 10.

38 J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2005, *s.v. quidam – queadam – quiddam*, s. 815, szp. 1; T. Dydyński, *Słownik łacińsko-polski do źródeł prawa rzymskiego*, Warszawa 1883, *s.v. quidam*, s. 570, szp. 2.

39 We fragmencie D. 46,3,36 (Julian, ks. 1 „Komentarz do pism *Urseiusa Feroxa*") wyrażenie *quidam existimant* służy Julianowi określeniu tych, którzy prezentują pogląd przeciwny do jego własnego; Ch. Baldus, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen im klassischen römischen Recht und in der modernen Völkerrechtswissenschaft*, cz. 2. Zur *Rezeptionsfähigkeit römischen Rechtsdenkens*, Frankfurt a.M.–Berlin–Bern–New York–Paris–Wien 1998, s. 664; R. Knütel, *Particularis…*, s. 343.

40 Zwraca na to uwagę P. Gröschler, *Teilleistungsverbot…*, s. 790, nb. 12.

41 https://sjp.pwn.pl/sjp/niektory;2488894.html [dostęp: 30 maja 2022 r.].

42 Tak też Ch. Baldus, *Regelhafte…*, s. 666.

43 J. Sondel, *Słownik…*, *s.v. sed*, s. 869, szp. 1.

44 F. Longchamps de Bérier, *Ochrona praw prywatnych* (w:) W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzym-*

w zniewoleniu wierzyciela do przyjęcia świadczenia częściowego przypisywano sędziemu. Pretor jako rzymski urzędnik był dysponentem ochrony sądowej[45]. W procesie formularnym sprawował nadzór nad wskazanymi przez siebie sędziami prywatnymi, którzy rozstrzygali spór w sposób merytoryczny. Od jego decyzji zależało, czy żądającemu zostanie przyznana ochrona sądowa, co dawało pretorowi możliwość faktycznego określania co jest prawem. Choć trudno z całą pewnością ustalić, w jaki sposób „pretor" mógł wymusić na wierzycielu przyjęcie świadczenia częściowego, to w każdym razie nie było to możliwe bez jego udziału[46].

Wiadomo natomiast, że jak przekazuje fragment D. 46,3,30 (Ulpian, ks. 51 „Komentarza do edyktu"): *Si debitor offerret pecuniam, quae peteretur, creditor nollet accipere, praetor ei denegat actiones.* – „Jeśli dłużnik zaoferuje pieniądze, które są żądane, a wierzyciel ich nie przyjmie, to pretor nie przyzna wierzycielowi skargi". Stąd niektórzy wnioskują, że możliwe było zastosowanie częściowej *denegatio actionis*[47]. Inni zaś w groźbie jej zastosowania widzieli sposób wymuszenia na wierzycielu obniżenia wysokości roszczenia[48].

4. Obowiązek przyjęcia świadczenia częściowego w innych źródłach

Choć fragment D. 12,1,21 nie dotyczy prawa zobowiązań wcześniej niż w VI w. po Chr., to na temat dopuszczalności zmuszenia wierzyciela do przyjęcia świadczenia częściowego – w prawie klasycznym – można wnioskować na podstawie innych tekstów źródłowych. Jednym z nich jest fragment autorstwa Paulusa.

D. 40,7,4,6 (Paulus, ks. 5 „Komentarza do Sabinusa"): *Item si decem heredi dare iussus fuerit, heres etiam per partes accipere favore libertatis cogendus est.* „Także jeżeli nakazano niewolnikowi dać spadkobiercy dziesięć, to ze względu na zasadę sprzyjania wolności spadkobierca zostanie przymuszony do przyjęcia tej kwoty w częściach".

Jurysta udzielił odpowiedzi, że jeśli właściciel przyobiecał niewolnikowi wolność pod warunkiem wykupienia się z niewoli, to ten ostatni był uprawniony do zapłaty częściami. Przekonuje to, że na przełomie II i III w. po Chr. wyżej ceniono wolność niewolnika aniżeli interes wierzyciela w otrzymaniu świadczenia w całości – nie mógł on stać na przeszkodzie opuszczenia stanu niewolniczego. Przedmiotowy fragment dostarcza także argumentu za tym, że musiał podówczas obowiązywać generalny zakaz świadczenia częściowego, skoro niezbędne okazało się określenie sytuacji, w której wierzyciel musi przyjąć świadczenie częściowe[49].

Kolejnym fragmentem, który pozwala wnioskować na temat tego, jak w prawie klasycznym przedstawiała się kwestia dopuszczalności zmuszenia wierzyciela do przyjęcia świadczenia częściowego, jest stanowisko Ulpiana.

D. 19,1,13,8 (Ulpian, ks. 32 „Komentarza do edyktu"): *Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio: venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit.* „Cena powinna zostać zaoferowana przez kupującego, gdy wnosi powództwo ze względu na kupno, i choćby nawet oferował część ceny, nie przysługuje mu jeszcze skarga z tytułu kupna; sprzedawca może bowiem zatrzymać rzecz, którą sprzedał jako rodzaj zastawu".

W tym fragmencie na pytanie, czy kupującemu przysługuje *actio empti* odpowiedziano, że jak długo kupujący nie wykona swoich obowiązków w całości, tak długo nie ma prawa do wzajemności[50]. Pozornie

skie. U podstaw prawa prywatnego, wyd. 3, Warszawa 2018, s. 167.

45 F. Longchamps de Bérier, *Ochrona praw prywatnych…*, s. 159–160.

46 Zob. S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, t. 2. *Obbligazioni ed azioni. Diritto ereditario. Donazioni*, wyd. 2, Roma 1929, s. 407.

47 Ch. Baldus, *Regelhafte…*, s. 664–665.

48 H.-P. Benöhr, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg 1965, s. 36; A. Bürge, *Zum Edikt De edendo*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung" 1995, z. 11, s. 9; tak zdaje się również R. Düll, *Der Gütegedanke im römischen Zivilprozeßrecht*, München 1931, s. 52.

49 R. Knütel, *Particularis…*, s. 344–345, choć zwraca także uwagę na inną możliwą interpretację tego fragementu; P. Gröschler, *Teilleistungsverbot…*, s. 791, nb. 12.

50 M. Kaser, *Das Römische Privatrecht…*, cz. 1, s. 530, przyp. 20.

nie jest jasne uzasadnienie prezentowanego stanowiska. Zgodnie z jego treścią, rzecz która została sprzedana (*quam vendidit*) znajduje się w „jakby" zastawie (*quasi pignus*) sprzedawcy[51]. Ponieważ wraz z wykształceniem się konsensualnego kontraktu kupna-sprzedaży dla przeniesienia własności rzeczy sprzedanej wymagano dokonania czynności rozporządzającej[52], to wątpliwości może budzić status rzeczy „którą sprzedał". Kwestię tę wyjaśnia jednak fragment D. 50,16,67 pr. (Ulpian, ks. 76 „Komentarza do edyktu"): *'Alienatum' non proprie dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet: 'venditum' tamen recte dicetur.* – „Niepoprawnie »alienowane« mówi się o tym, co ciągle pozostaje własnością sprzedawcy: jednakże »sprzedanym« poprawnie się nazywa"[53]. W tym świetle zasadne zdaje się twierdzenie, że przez sformułowanie *quasi pignus* chciano nazwać uprawnienia przysługujące sprzedawcy przez pryzmat rzeczy jeszcze nie alienowanej[54]. Jednym z nich było to, że dopóki kupujący nie zapłaci całości ceny, dopóty nie aktualizuje się obowiązek wydania mu rzeczy[55].

Ponad powyżej przedstawione fragmenty, można przywołać twierdzenie Ulpiana, które pozornie świadczy przeciw temu, że w prawie klasycznym musiał obowiązywać zasadniczy zakaz świadczenia częściowego.

D. 46,3,9,1 (Ulpian, ks. 24 „Komentarza do Sabinusa"):

> *Qui decem debet, partem solvendo in parte obligationis liberatur et reliqua quinque sola in obligatione remanent* […]
>
> „Kto dziesięć jest winien, świadcząc część w tej części z zobowiązania zostanie zwolniony i tylko w wysokości pozostałych pięciu dalej jest zobowiązany […]".

Z treści tego fragmentu wynika, że do częściowego umorzenia długu dochodzi, jeśli: „kto dziesięć jest winien *partem solvendo*". Za odrzuceniem zapatrywania jakoby wynikało stąd dozwolenie na świadczenie częściowe wbrew woli wierzyciela przemawia znaczenie słów *partem solvendo*[56], które nie oznaczają wręczenia wierzycielowi części dłużnej sumy, ale dosłownie „częściowe uwolnienie się". Jest ono możliwe jedynie wówczas, gdy częściowe wykonanie zobowiązania odpowiada jego treści. Oznacza to, że przywołany fragment jest jedynie podstawą twierdzenia, iż jeśli dłużnik świadczy częściowo, lecz zgodnie z tym na co się umówiono, to nie jest już zobowiązany w zakresie tego co świadczył[57].

Rozważania dotyczące możliwości zmuszenia wierzyciela do przyjęcia świadczenia częściowego prowadził także Modestyn. Przyznając, że możliwa jest umowa, na podstawie której, to co dłużne, można spłacać częściami, próbował odpowiedzieć na pytanie, czy częściowa spłata kapitału prowadzi do zmniejszenia podstawy do obliczania odsetek.

D. 22,1,41,1 (Modestyn, ks. 3 „Odpowiedzi"):

> *Lucius Titius cum centum et usuras aliquanti temporis deberet, minorem pecuniam quam debebat obsignavit: quaero, an Titius pecuniae quam obsignavit usuras praestare non debeat. Modestinus respondit, si non hac lege mutua pecunia data est, uti liceret et particulatim quod acceptum est exsolvere, non retardari totius debiti usurarum praestationem, si, cum creditor paratus esset totum suscipere, debitor, qui in exsolutione totius cessabat, solam partem deposuit.*
>
> „Lucjusz Tycjusz który był dłużny sto i odsetki za pewien czas, mniejszą kwotę niż był dłużny poświadczył pieczęcią: pytam, czy Tycjusz nie powinien świadczyć odsetek, od pieniędzy które opieczętował? Modestyn odpowiedział, że jeśli pożyczonych pieniędzy nie dano pod tym warunkiem, że to co przyjęto można było spłacać częściami, to nie wstrzymuje płatności odsetek od całego długu, jeśli wierzyciel gotów jest przyjąć całość, a dłużnik zwlekający z zapłatą całej sumy jedynie część składa do depozytu".

51 Tak samo zob. D. 21,1,31,8 (Ulpian, ks. 1 „Komentarza do edyktu edylów kurulnych").

52 Zob. T. Giaro, *Kształtowanie praw prywatnych – czynności prawne* (w:) W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, wyd. 3, Warszawa 2018, s. 130.

53 W innym znaczeniu zwrotu *quam vendidit* użyto w D. 38,5,1,13 (Ulpian, ks. 44 „Komentarza do edyktu").

54 D. 50,17,45 pr. (Ulpian, ks. 30 „Komentarza do edyktu").

55 Na temat możliwości skorzystania przez pretora z *denegatio actionis* zob. H.-P. Benöhr, *Das sogenannte Synallagma…*, s. 36; odnośnie do możliwości sprzedania rzeczy zastawionej w razie świadczenia częściowego zob. D. 13,7,8,2 (Pomponiusz, ks. 35 „Komentarza do pism Sabinusa").

56 Zob. J. Sondel, *Słownik…*, *s.v. solvendo esse* [3], s. 890, szp. 2.

57 S. Perozzi, *Instituzioni…*, s. 407 i przyp. 2; tak np. w D. 13,4,2,4 (Ulpian, ks. 27 „Komentarza do edyktu").

W przedstawionym stanie faktycznym po upływie ustalonego czasu dłużnik zobowiązany do zwrotu kapitału oraz zapłaty odsetek za korzystanie z niego zwrócił zaledwie część kapitału. Modestyn odpowiedział, że jeśli nie umówiono się w ten sposób, że można to, co dłużne zwracać częściami, to częściowy zwrot kapitału nie zatrzymuje obliczania odsetek od całej kwoty. Wszak jeśli dłużnik nie płaci w terminie, to częściowe oddanie tego co było dłużne należy raczej postrzegać jako złożenie określonej kwoty – do chwili zapłaty całości – w depozyt wierzyciela.

Choć przywołany jako ostatni, to właśnie D. 22,1,41,1, a nie D 12,1,21 jest często traktowany jako podstawa do formułowania zapatrywania, o zasadniczej niedopuszczalności zmuszenia wierzyciela do przyjęcia świadczenia częściowego w klasycznym prawie rzymskim[58]. Rozumowanie prowadzące do tego wniosku przebiega następująco. Jeśli dłużnik, który zwraca część kapitału, ma płacić odsetki, jak gdyby nic nie świadczył, to świadczoną część należy postrzegać jako niebyłą[59].

Zasadniczym argument przeciwko przypisywaniu temu fragmentowi znaczenia z perspektywy obowiązywania ogólnego zakazu świadczenia częściowego jest twierdzenie, że stanowisko Modestyna należy odnosić bardziej do interpretacji stypulacyjnej klauzuli odsetkowej i jej charakteru, aniżeli do obowiązywania generalnego zakazu świadczenia częściowego[60]. Pozostawiając na boku podejrzenia interpolacyjne[61], wydaje się, że zwrot *si non hac lege mutua pecunia data est* należy odnosić nie do stypulacyjnej klauzuli odsetkowej, ale do treści zawartego kontraktu[62]. Wydaje się, że rozstrzygnięcie dotyczące odsetek jest w istocie konsekwencją określonego zapatrywania na możliwość częściowego zwrotu kapitału.

Po to, aby utrzymać zapatrywanie, że przedmiotowy fragment odnosi się do wykładni stypulacyjnej klauzuli odsetkowej twierdzi się, że użycie przez Modestyna przywołanego zwrotu wynika z braku precyzji[63]. I nawet jeśli jego użycie jest zamierzone, to dodatkowe porozumienie dodane do kontraktu pożyczki, któremu towarzyszy stypulacyjna klauzula odsetkowa na mocy zasady wyrażonej przez Paulus – D. 12,1,40: *pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur* – „*pacta* zawarte razem ze stypulacją uznaje się za wchodzące w jej treść", tworzy także treść stypulacji[64].

5. Obowiązek przyjęcia świadczenia częściowego po śmierci Justyniana

Przyjęte w kompilacji Justyniańskiej zapatrywanie na kwestię świadczenia częściowego wbrew wierzycielowi stanowiło podstawę późniejszych rozważań dotyczących tej kwestii. W Bazylikach (23,1,21), będących zbiorem prawa wydanym pod koniec IX w. po Chr. twierdzono, że: *Benigne compellitur actor, partem rei interim accipere, sive pecunia, sive fundus debeatur*[65] – „Łagodnie nakłania się powoda do czasowego przyjęcia części przedmiotu sporu, będącego czy to pieniędzmi, czy to nieruchomością dłużną". Cyryl w odniesieniu do zwrotu *partem rei interim accipere* wyjaśnia – B. 23,1,21 schol. 2: *Officium iudicis est, compellere actorem, ut partem dimidiam debiti a reo accipiat, si eam offerat* […] *et reliqua persequantur*[66] – „Do obowiązków sędziego należy, nakłonienie powoda, aby część długu przyjął od pozwanego, […] i tylko pozostałości dochodził".

Przedstawiony fragment Bazylik wyraża wąskie rozumienie reguły przewidzianej w D. 12,1,21[67]. Nie

58 C.F. Mühlenbruch, *Lehrbuch der Institutionen des römischen Recht*, wyd. 2, Halle 1847, s. 352, przyp. 8; F. Zoll, *Pandekta czyli nauka rzymskiego prawa prywatnego*, t. 3. *Zobowiązania*, Kraków 1910, s. 290 i przyp. h; O. Wendt, *Lehrbuch der Pandekten*, Jena 1888, s. 571; C. Ferrini, *Manuale di Pandette*, wyd. 3, Milano 1908, s. 627, przyp. 2; A.G. Citati, *Studi…*, „Annali Palermo" 1921, t. 9, s. 7; zob. R.J. Pothier, *Traité des obligations*, Paris–Orleans 1769, cz. 3, rozd. 1, art. 3, § 2, nt. 498, s. 36. H. Grotius, *The Introduction to Dutch Jurisprudence*, London 1845, s. 456, sect. IX.

59 R. Knütel, *Particularis…*, s. 340.

60 W kontekście stypulacyjnego przyrzeczenia posagu zob. D. 20,4,1 pr. (Papinian, ks. 8 „Problemów prawnych"); R. Knütel, *Particularis…*, s. 340–341; P. Gröschler, *Teilleistungsverbot…*, s. 790, nb. 12.

61 G. Grosso, *Il sistema romano dei contratti*, wyd. 3, Torino 1963, s. 176; M. Kaser, *Mutuum und stipulatio* (w:) *Eranion in honorem Georgii S. Maridakis*, t. 1. *Historia iuris*, Athenis 1963, s. 178; R. Knütel, *Particularis…*, s. 341.

62 R. Knütel, *Particularis…*, s. 341.

63 Tamże.

64 Tamże.

65 D.C.G.B. Heimbach, *Basilicorum. Libri LX*, t. 2, Lipsiae 1840.

66 Tamże.

67 S. Solazzi, *L'estinzione…*, s. 94–95.

wynika z niej możliwość zniewolenia wierzyciela do przyjęcia świadczenia częściowego, lecz jedynie przesądza ona, że jeśli dłużnik kwestionuje wysokość swojego świadczenia, to wierzyciel może zostać przymuszony do przyjęcia niespornej części[68]. Interpretacja ta powracała w argumentacji prawniczej aż do XIX w. i wyraża się w twierdzeniu, że wierzyciel musi przyjąć świadczenie częściowe, jeśli dłużnik nie kwestionuje powinności spełnia świadczenia, kwestionuje jego wysokość[69].

Azo (1190–1225) twierdził: *in omni autem debito regulare est, ut plene, et in totum debeat fieri solutio*[70] – „natomiast w każdym długu regułą jest, że w pełni i w całości powinno być dokonywane świadczenie". Wyrażał w ten sposób ogólnie przyjęte w średniowieczu zapatrywanie o niedopuszczalności świadczenia częściowego wbrew woli wierzyciela[71]. Późniejszy od niego Hugo Donellus (1527–1591) obowiązywanie takiego zakazu uzasadniał naturą zobowiązania[72], a jako przeciwnika tej powszechnie przyjętej opinii wymieniał Alciatusa – *Sententia* […] *vulgo recepta ab omnibus, uno fere excepto Alciato*[73].

Wcześniej niż Alciatus wątpliwości wobec przyjmowanego stanowiska o niedopuszczalności przymuszenia wierzyciela do przyjęcia świadczenia częściowego podnosił Philippus Decius (1454–1536)[74]. Wśród kilku argumentów, powołując się na wyjątek, zgodnie z którym wierzyciel musi przyjąć świadczenie częściowe, jeśli dłużnik kwestionuje wysokość długu[75], twierdził, że nie powinno się stawiać takiego dłużnika w lepszej sytuacji od dłużnika, który nie kwestionując wysokości długu, na razie płaci jedynie jego część[76]. Poza tym podnosił, że świadczenie częściowe zazwyczaj najmniej w pewnym stopniu odpowiada interesowi wierzyciela[77].

Andreas Alciatus (1492–1550), będący jednym z prekursorów humanizmu[78], nie tylko wyraził wątpliwość, w kwestii zasadności zakazu świadczenia częściowego wbrew wierzycielowi, ale twierdził: *constituendam generaliter regulam, ut particularis solutio invito creditore admittatur*[79] – „należy ustalić ogólną zasadę, że wierzyciel wbrew swej woli przyjmuje świadczenie częściowe". Wśród argumentów, które podnosił był ten, że rzadko zdarza się, aby świadczenie częściowe było dla wierzyciela niedogodnością, a prawdziwa trudność leży nie w świadczeniu częściowym, ale w tym, iż pozostała część nie zostanie świadczona[80]. Podobnie, znacznie później, argumentował Friedrich Carl von Savigny (1779–1861)[81]. Twierdził, że nie ma wątpliwości, iż jeżeli strony tak się umówią, to dłużnik może świadczyć częściowo, umarzając dług w świadczonej części[82]. Podnosił jednak, że zostało zakwestionowane (*von Menschen bezweifelt*), czy dłużnik może samowolnie podzielić zobowiązanie w ten sposób, że będzie wykonywał je częściami – mogło to być uciążliwe i niekorzystne dla wierzyciela[83]. Mimo to Savigny przyjmował, że należy dłużnikowi przyznać takie uprawnienie[84]. Po pierwsze, dlatego że wierzyciel może żądać świadczenia w całości[85]. Po wtóre, ponieważ przepisy szczególne zapobiegają poważnym niedogodnościom wynikającym z takiego świadcze-

68 S. Solazzi, *L'estinzione*…, s. 94, przyp. 4.

69 Zob. R. Knütel, *Particularis*…, s. 347 i 345–349; P. Gröschler, *Teilleistungsverbot*…, s. 792, nb. 13.

70 Azo, *Iurisconsultissimi in ius civile*, Lugduni 1564, s. 231, szp. 1, nt. 11 (uwagi do *lib.* 8, *de solutionibus & liberationibus*); zob. P. Gröschler, *Teilleistungsverbot*…, s. 790, przyp. 34.

71 R. Knütel, *Particularis*…, s. 345; P. Gröschler, *Teilleistungsverbot*…, s. 791, nb. 13, przyp. 34 i 35.

72 H. Donellus, *Commentariorum de jure civili*, t. 4. *Opera omnia*, Maceratae 1830, ks. XVI, rozdz. XI, § 16; P. Gröschler, *Teilleistungsverbot*…, s. 791, nb. 13.

73 H. Donellus, *Commentariorum*…, ks. XVI, rozdz. XI, § 16; P. Gröschler, *Teilleistungsverbot*…, s. 791, nb. 13.

74 R. Knütel, *Particularis*…, s. 347; P. Gröschler, *Teilleistungsverbot*…, s. 791, przyp. 37.

75 R. Knütel, *Particularis*…, s. 345.

76 Tamże, s. 347.

77 Tamże, s. 347.

78 T. Giaro, *Historia i tradycja prawa rzymskiego* (w:) W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, wyd. 3, Warszawa 2018, s. 105.

79 A. Alciatus, *Opera omnia*, t. 1, Francofurti 1617, uwagi do D. 12,1,21, s. 290, szp. 2 nb. 18.

80 R. Knütel, *Particularis*…, s. 347–348; P. Gröschler, *Teilleistungsverbot*…, s. 791, nb. 13.

81 P. Gröschler, *Teilleistungsverbot*…, s. 792, nb. 13; zob. R. Knütel, *Particularis*…, s. 348–349.

82 F.C. von Savigny, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Berlin 1851, s 322.

83 Tamże.

84 Tamże.

85 Tamże, s. 323.

nia[86]. Jako przykład podawał regulację, zgodnie z którą w wyniku częściowego świadczenia nie dochodzi do umniejszenia podstawy do obliczania odsetek[87].

Twórca „prawa rozumu"[88] Hugo Grotius (1583–1645) twierdził, że świadczenie polega na dostarczeniu tego, co jest dłużne, i niczego innego[89]. Należało dlatego świadczyć w całości, a czego innego wierzyciel nie musiał przyjmować[90]. Zaliczany do przedstawicieli jurysprudencji rzymsko-holenderskiej[91] Johannis Voet (1647–1713), komentując fragment D. 12,1,21 twierdził: *Restituenda ex mutuo simul et semel totas quantitas: non enim particularem solutionem*[92] – „zwrot pożyczki następuje jednocześnie i za jednym razem w całej kwocie, a nie świadczeniem częściowym".

Podsumowujący swą twórczością okres prawa natury Christian Wolff (1679–1754) pisał, że zjawisko, które polega na świadczeniu części nazywane jest: *solutio particularis*. Dochodziło do niego wtedy, gdy spłata części świadczenia następowała w późniejszym czasie[93]. Zaraz potem dodawał: *Res, quae debetur, tota solvi debet, nec solutionem particularem acceptare tenetur creditor, nisi aliter fuertit conventionum.* – „Rzecz, która jest dłużna, powinna być w całości świadczona, nie musi świadczenia częściowego akceptować wierzyciel, jeżeli nic innego nie ustalono"[94].

Kładący podwaliny pod francuski kodeks cywilny Robert Pothier (1699–1772)[95] twierdził, że nawet jeżeli dług jest podzielny, to wierzyciel nie jest zobowiązany do przyjmowania tego, co mu się należy, w częściach[96]. Ponieważ: *on a intérêt de recevoir tout à la fois une grosse somme avec laquelle on fait ses affaires plutôt que plusieurs petites sommes en différents temps qui se dépensent imperceptiblement à mesure qu'on les reçoit*[97] – „ma się interes w otrzymaniu za jednym razem kwoty, za pomocą której załatwia się swoje sprawy zamiast kilku małych sum w różnym czasie, które są wydawane niepostrzeżenie, w miarę ich otrzymywania". Ponadto twierdził, że kłopotliwe jest dla wierzyciela, aby prowadził rejestr małych sum, które otrzymuje od dłużnika[98].

Jeden z nauczycieli Savigniego i ostatni przedstawiciel *usus modernus Pandectarum* Ludwik Höpfner[99] (1743–1797) twierdził, że: *Der Glaubiger ist der Regel nach nicht schuldig, Stückzahlung anzunehmen, sondern der Schuldner müß die ganze Schuld auf Einmal abtragen* – „co do zasady, wierzyciel nie jest zobowiązany do przyjęcia spłaty w ratach, ale dłużnik musi spłacić cały dług jednorazowo"[100]. Twierdzenie to wyraża panujące w XIX wieku przeświadczenie o zasadniczej niedopuszczalności świadczenia częściowego wbrew woli wierzyciela[101], które ukształtowało treść uchwalanych podówczas kodyfikacji[102].

86 Tamże.

87 Tamże; inspirację widać w D. 22,1,41,1.

88 T. Giaro, *Historia…*, s. 108.

89 H. Grotius, *The Introduction…*, s. 456, sect. VII.

90 Tamże, sect. IX.

91 T. Giaro, *Historia…*, s. 107.

92 J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, t. 3, Halae 1778, ks. 12, tytuł 1, s. 25.

93 Ch. Wolff, *Ius naturae methodo scientifica pertractatum*, Halae Magdeburgicae 1745, s. 463, § 668.

94 Tamże, § 669.

95 T. Giaro, *Historia…*, s. 109.

96 R.J. Pothier, *Traité…*, cz. 3, rozdz. 1, art. 3, § 2, nt. 498, s. 36.

97 Tamże, s. 37

98 Tamże.

99 J.M. Rainer, *Das Römische Recht in Europa*, wyd. 2, Wien 2020, s. 403.

100 L.J.F. Höpfner, *Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen nach deren neuesten Ausgabe*, wyd. 8, Frankfurt a.M. 1818, s. 724

101 H. Coing, *Europäisches Privatrecht. Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985, s. 431; J.A. Seuffert, *Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts*, t. 2, Würzburg 1825, s. 25; P. Gröschler, *Teilleistungsverbot…*, s. 791, nb. 13; C.L. Mühlenbruch, *Lehre des Pandekten-Recht*, t. 2, Halle 1836, s. 473; G.F. Puchta, *Vorlesungen über heutige römische Recht*, t. 2, wyd. 4, Leipzig 1855, s. 49; B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandekten*, t. 2, cz. 1, Düsseldorf 1865, s. 261; A. Brinz, *Lehrbuch des Pandekten*, t. 2, cz. 1, wyd. 2, Erlangen 1879, s. 446–447; J. Baron, *Pandekten*, wyd. 5, Lepizig 1885, s. 369; H. Dernburg, *Pandekten*, t. 2, Berlin 1886, s. 146; O. Wendt, *Lehrbuch…*, s. 571, twierdzi, że to, czy wierzyciela może odesłać świadczenie częściowe jest *questio de bono et aequo*, z której wynika, iż wierzyciel musi takie świadczenie przyjąć; zob. F. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht. Die Lehre von der Mora, nebst Beiträge zur Lehre von der Culpa*, cz. 3, Braunschweig 1855, s. 146–150.

102 *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* z 1756 r. w cz. IV rozd. 14 § 8; *Allgemeines Landrecht für die Prußischen Sta-*

6. Kształtowanie się regulacji przyjętej w k.c.

Współcześnie obowiązujące ustawy cywilne nie dozwalają na zmuszenie wierzyciela do przyjęcia świadczenia częściowego. Nie jest to dopuszczalne w świetle: art. 1342–4 k.c.fr.[103], § 1415 k.c.a., § 266 k.c.n., art. 69 ust. 1 szw.pr.obl. oraz art. 1181 k.c.wł. W systemach *common law* sytuacja przedstawia się podobnie[104], o czym zdecydowało rozstrzygnięcie sprawy *Cutter v Powell*. W stanie faktycznym marynarz zatrudniony, aby odbyć podróż statkiem z Jamajki do Liverpoolu, zmarł u jej końca. Jego żona żądała zapłaty za pracę męża w wysokości, która odpowiadała wykonanej części zobowiązania[105]. Jej żądanie zostało oddalone z uzasadnieniem, że jeśli zobowiązanie jest traktowane jako całość, to nie ma podstaw do żądania zapłaty wynagrodzenia w jakimkolwiek zakresie, jeśli zobowiązanie nie zostało wykonane w całości[106].

Podobną do wyżej przywołanych regulację przewidywał Kodeks zobowiązań z 1934 r., który w art. 206 § 1 stanowił, że: „Wierzyciel może odmówić przyjęcia świadczenia częściowego, jeżeli cały dług jest już wymagalny". Uzasadnienie § 1 zastąpiło twierdzenie, że przepisy o analogicznej treści obowiązywały wcześniej na ziemiach polskich[107]. Kierunek przyjętej ostatecznie w k.z. regulacji wyznaczył już art. 130 proj. Tilla, który stanowił: „Wierzyciel może odmówić przyjęcia świadczenia częściowego, jeśli dług cały jest już zapadły". Jego treść poczytywano jedynie za konkretyzację, i to raczej o charakterze dydaktycznym, treści art. 129 ust. 1 proj. Tilla[108], który stanowił: „Ani wierzyciel nie może być zniewolony do przyjęcia, ani dłużnik do świadczenia czego innego, aniżeli to wynika z treści zobowiązania"[109]. W uzasadnieniu do tych przepisów twierdzono: „Wszelkie odchylenie się od tej reguły, pomijając wymagania logiki i konsekwencji z pojęcia zobowiązania, musiałoby wprowadzić niepewność do aktu spełnienia"[110].

Odejście od treści przewidzianej w art. 206 § 1 k.z. nastąpiło ostatecznie w 1964 r. wraz z wejściem w życie art. 450 k.c. Proces kształtowania się treści tego przepisu przebiegał następująco. Z końcem 1947 r. został uchwalony I projekt k.c.[111]. Artykuł 476 umieszczony wśród przepisów prawa zobowiązań, których referentem był Aleksander Wolter[112], a koreferentem Marian Lisiewski stanowił: „Wierzyciel może nie przyjąć świadczenia częściowego, jeżeli wierzytelność jest wymagalna w całości"[113]. „Ta próba kodyfikacji nie została uwieńczona powodzeniem. Już wkrótce stało się bowiem rzeczą oczywistą, że obowiązujące prawo cywilne wymaga […] zasadniczej rewizji założeń ogólnych"[114].

W 1954 r. ogłoszono II projekt k.c.[115]. Przewidywał on odmienną regulację dla obrotu powszechnego i dla obrotu uspołecznionego. Artykuł 387 stanowił: „§ 1. Wierzyciel może nie przyjąć świadczenia częściowego, jeżeli wierzytelność jest wymagalna w całości.

aten z 1798 r. w cz. I rozd. 16 § 57; *Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch* z 1865 r. w § 695.

103 Który po reformie z 2016 r. zastąpił bez istotnej zmiany merytorycznej art. 1244 k.c.fr. ; zob. O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme de droit des contratas, du regime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Paris 2016, s. 715; N. Dussaux, C. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du regime général et de la preuve des obligations. Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Paris 2016, s. 208.

104 R. Knütel, *Particularis…*, s. 350.

105 J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, *Anson's Law of contract*, wyd. 30, Oxford 2016, s. 477.

106 Tamże, zob. S.M. Waddams, *Restitution for the part performer*, (w:) *Studies in Contract Law*, B.J. Reiter, J. Swan (red.), Toronto–Butterworth 1980, s. 152–179.

107 R. Longchamps de Berier, *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań*, t. 1, Komisja kodyfikacyjna. Podkomisja prawa o zobowiązaniach, z. 4–6, Warszawa 1936, s. 302.

108 E. Till, *Polskie prawo zobowiązań. Część ogólna. Projekt wstępny z motywami*, Lwów 1923, s. 27.

109 Przepis ten poczytywano zaś za konkretyzację treści art. 128 ust. 1, który stanowił: „Dłużnik winien spełnić świadczenie wedle treści zobowiązania w sposób odpowiadający wymogom dobrej wiary i zwyczajom uczciwego obrotu" – E. Till, *Polskie prawo zobowiązań…*, s. 27.

110 E. Till, *Polskie prawo zobowiązań…*, s. 146.

111 *Projekt części ogólnej projektu cywilnego*, „Demokratyczny Przegląd Prawniczy" 1947, nr 12, s. 19, szp. 2.

112 Tamże, s. 19, szp. 1.

113 *Projekt księgi trzeciej kodeksu cywilnego*, „Demokratyczny Przegląd Prawniczy" 1948, nr 10, s. 40.

114 J. Wasilkowski, *Zagadnienia kodyfikacji polskiego prawa cywilnego*, „Nowe Drogi" 1960, nr 11, s. 29.

115 W. Czachórski, *Przebieg prac nad kodyfikacją prawa cywilnego PRL*, „Studia Prawnicze" 1970, z. 26–27, s. 12.

§ 2. W stosunkach między jednostkami gospodarki uspołecznionej wierzyciel nie może odmówić przyjęcia świadczenia częściowego, chyba że świadczenie takie ze względu na cel zobowiązania jest dla wierzyciela nieprzydatne”[116]. Drugą redakcję tego projektu ogłoszono drukiem w 1955 r.[117], a różnica względem pierwszej polegała na tym, że § 1, a nie jak dotąd § 2, regulował kwestię świadczenia częściowego w obrocie uspołecznionym.

„Ani wierzyciel nie może być zniewolony do przyjęcia, ani dłużnik do świadczenia czego innego, aniżeli to wynika z treści zobowiązania”.

W dyskusji nad treścią II projektu k.c. referent – Adam Chełmoński zaproponował skreślenie § 1[118] jako źródła niepożądanego osłabienia dyscypliny umownej w obrocie uspołecznionym[119]. Dodał, że gdy obowiązek przyjęcia świadczenia częściowego jest pożądany, to można go nałożyć ogólnymi warunkami umów lub wzorcami umownymi[120]. Wniosek ten poparł koreferent Jerzy Meyzel twierdząc, że treść § 1 „sugeruje błędne przypuszczenie, jakoby jednostki gospodarki uspołecznionej działały złośliwie we wzajemnych stosunkach, uchylając się bezpodstawnie od przyjęcia świadczenia częściowego”[121]. Do przedstawionych argumentów przychylił się Jan Wasilkowski, który zaproponował, aby nadać art. 354 treść, która osłabiałaby zasadę obowiązującą w art. 206 § 1 k.z., przewidując „elastyczne sformułowanie” jednolite dla obrotu uspołecznionego i powszechnego[122]. Propozycja ta wpisywała się w twierdzenie Chełmońskiego, że art. 206 § 1 k.z. może być poczytywany za przepis zbyt surowy[123]. Ostatecznie referent zaproponował, zastąpienie art. 387 przepisem o treści: „Jeżeli wierzytelność jest wymagalna w całości, wierzyciel może odmówić przyjęcia świadczenia częściowego, chyba, że przyjęcie takiego świadczenia nie narusza jego uzasadnionego interesu” – wniosek przyjęto[124].

Uchwalenie przepisu o podobnej treści proponowano w dyskusji poprzedzającej uchwalenie § 266 k.c.n. Jej podstawą był § 288, o treści odpowiadającej obowiązującemu dziś § 266 k.c.n.: *Der Schuldner ist zu Teilleistungen nicht berechtigt*[125] – „Dłużnik nie jest uprawniony

116 *Projekt kodeksu cywilnego Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, J. Wasilkowski (red.), Warszawa 1954.

117 *Projekt kodeksu cywilnego Polskie Rzeczypospolitej Ludowej. Tekst ustalony w wyniku dyskusji ogólnokrajowej*, Warszawa 1955.

118 *Protokoły z sesji zespołu prawa cywilnego materialnego komisji kodyfikacyjnej*. 1957–1958, t. 2, Archiwum Akt Nowych, Ministerstwo Sprawiedliwości, nr zespołu 285, sygn. 54/9-10, k. 4; *Protokół posiedzenia Zespołu Prawa Cywilnego Materialnego Komisji Kodyfikacyjnej w dniu 21 października 1957 r.*, Biblioteka Naukowa PAU i PAN w Krakowie, Rkps. Akc. 18/2020, s. 3.

119 Protokoły z sesji zespołu prawa cywilnego materialnego komisji kodyfikacyjnej. 1957–1958, t. 2, AAN, MS, sygn. 54/9-10, k. 4; A. Chełmoński, *Koreferat dotyczący art. 353–349 i 354–403 projektu Kodeksu Cywilnego PRL*, Biblioteka Naukowa PAU i PAN w Krakowie, Rękopisy, Akc. 48/2020, s. 5.

120 A. Chełmoński, *Koreferat…*, s. 5.

121 *Protokoły z sesji zespołu prawa cywilnego materialnego komisji kodyfikacyjnej. 1957–1958*, t. 2, AAN, MS, sygn. 54/9-10, k. 4; A. Chełmoński, *Koreferat…*, s. 5.

122 *Protokoły z sesji zespołu prawa cywilnego materialnego komisji kodyfikacyjnej*. 1957–1958, t. 2, AAN, MS, sygn. 54/9-10, k. 5.

123 A. Chełmoński, *Koreferat…*, s. 5.

124 Protokoły z sesji zespołu prawa cywilnego materialnego komisji kodyfikacyjnej. 1957–1958, t. 2, AAN, MS, sygn. 54/9-10, k. 5.

125 *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gestzbuchs*, t. 1. *Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin 1897, s. 305; R. Knütel, *Particularis…*, s. 351.

do częściowego spełnienia świadczenia". Jedną z formułowanych wówczas propozycji było, aby nadać temu paragrafowi treść: *Zur Annahme einer Teilzahlung ist der Gläubiger verpflichtet, wenn dieselbe seinem Interesse nicht widerstreitet*[126] – „Wierzyciel jest zobowiązany do przyjęcia częściowej zapłaty, jeśli nie narusza to jego interesów". Częścią wspólną między tą propozycją, a propozycją Chełmońskiego było to, że oba przepisy przewidywały, iż wierzyciel musi przyjąć świadczenie częściowe, jeśli nie narusza ono jego interesu.

Proponowanej regulacji ostatecznie nie przyjęto w k.c.n., twierdząc, że mogłaby ona być źródłem niewspółmiernie dużych szykan ze strony dłużnika pod adresem wierzyciela – w stosunku do szykan, których wobec dłużnika może dopuszczać się wierzyciel, jeśli obowiązywałby przepis o treści proponowanej w § 288[127]. Twierdzono dodatkowo, że wierzyciel zazwyczaj nie przyjmuje świadczenia częściowego tylko wówczas, gdy obawia się, że nie uzyska brakującej części bez podejmowanie nieproporcjonalnie kosztownych działań. Z tego względu odmowa przyjęcia świadczenia częściowego jest jedynym środkiem *gegen willkürliche Verkürzung seines Rechtes*[128] – „przed samowolnym ograniczeniem jego praw". Na korzyść propozycji wyrażonej w § 288 przemawiało również to, że odpowiadała treści obowiązującego wcześniej prawa oraz stwarzała jasne i proste zasady[129]

Proponowaną przez Chełmońskiego treść przepisu umieszczono w art. 366 III proj. k.c. z 1960 r.[130]. Odmienną treść przyjęto w projekcie ogłoszonym w 1962 r. Będąc wynikiem uzgodnień międzyresortowych art. 389 tego projektu stanowił: „Wierzyciel nie może odmówić przyjęcia świadczenia częściowego, chociażby cała wierzytelność była już wymagalna, chyba że przyjęcie takiego świadczenia narusza jego uzasadniony interes"[131]. Przepis o tej treści został przyjęty ostatecznie w art. 450 k.c.

Różnica między treścią przepisu przewidzianą w art. 366 III proj. k.c. z 1960 r., a treścią obowiązującego dziś art. 450 k.c. jest taka, że ten ostatni zmienia wyjątek w zasadę. O ile w świetle art. 366 III proj. k.c. z 1960 r., wierzyciel zasadniczo nie musiał przyjmować świadczenia częściowego, o tyle w świetle art. 450 k.c. sytuacja jest odwrotna i wierzyciel zasadniczo musi je przyjąć. Elementem wspólnym obu przepisów jest klauzula „naruszenia uzasadnionego interesu wierzyciela", z tym, że między przepisami dochodzi do zmiany ciężaru dowodu. O ile w świetle art. 366 III proj. k.c., to dłużnik musi udowodnić, że świadczenie częściowe nie narusza uzasadnionego interesu wierzyciela, o tyle zgodnie z art. 450 k.c. to wierzyciel musi udowodnić, że świadczenie częściowe narusza jego uzasadniony interes, by mógł odmówić jego przyjęcia.

Choć jasne jest, że świadczenie częściowe stanowi niedogodność dla wierzyciela, to jednak próbuje się określić sytuacje wyjątkowe, w których mimo to, wierzyciel musi przyjąć zaofiarowane mu świadczenie częściowe.

126 *Protokolle*..., s. 305; R. Knütel, *Particularis*..., s. 351.

127 *Protokolle*..., s. 305–306; R. Knütel, *Particularis*..., s. 351.

128 *Protokolle*..., s. 305–306; R. Knütel, *Particularis*..., s. 351.

129 *Protokolle*..., s. 305.

130 A. Chełmoński i in., *Projekt kodeksu cywilnego Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, Warszawa 1960.

131 *Projekt kodeksu cywilnego oraz przepisów wprowadzających kodeksu cywilnego*, Warszawa 1962, s. 61.

7. Podsumowanie

Rozważania na temat dopuszczalności w prawie rzymskim zniewolenia wierzyciela do przyjęcia świadczenia częściowego pokazują element zmienny i stały. Elementem zmiennym jest ewolucja przebiegająca od całkowitej niedopuszczalności zmuszenia wierzyciela do przyjęcia świadczenia częściowego, przez enumeratywnie wyliczone od tego zakazu wyjątki, aż po sformułowanie w D. 12,1,21 ogólnej klauzuli nakazującej wierzycielowi postępować w ludzki sposób także wówczas, gdy dłużnik oferuje jedynie część tego co powinien świadczyć. Stałym elementem jest zapatrywanie, że choć jasne jest, iż świadczenie częściowe stanowi niedogodność dla wierzyciela[132], to jednak próbuje się określić sytuacje wyjątkowe, w których mimo to, wierzyciel musi przyjąć zaofiarowane mu świadczenie częściowe[133].

Zestawienie współcześnie obowiązujących regulacji z wypracowanym i wyrażonym ostatecznie w D. 12,1,21 stanowiskiem Juliana przemawia za tym, że w VI w. po Chr. doszło do wypracowania rozwiązania, które do dziś obowiązuje właściwie we wszystkich kodeksach cywilnych. Na ogół przewidują one, że zniewolenie wierzyciela do świadczenie częściowego jest co do zasady niedopuszczalne. Przykładowo na gruncie k.c.n. twierdzi się, że wierzyciel musi przyjąć świadczenie częściowe w czterech sytuacjach[134]. Po pierwsze, jeśli strony się na to umówiły; po drugie, w razie dokonania „częściowego" potrącenia; po trzecie, jeśli ustawa nakłada na wierzyciela obowiązek przyjęcia świadczenia częściowego; po czwarte, jeśli obowiązek przyjęcia świadczenia częściowego wynika z nakazu postępowania zgodnie z dobrą wiarą, wynikającego z treści § 242 k.c.n.[135].

Jeśli chodzi o polski k.c., to w 1964 r. ostatecznie zrezygnowano w nim z rozwiązania obowiązującego w „głównym nurcie europejskich porządków prawnych"[136]. Nie pozwala to jeszcze ocenić art. 450 k.c. z perspektywy zasadności jego dalszego obowiązywania, a przesądza jedynie o jego wyjątkowości.

132 Zob. D. 10,2,3 (Gaius, ks. 7 „Komentarza do edyktu prowincjonalnego"): *Plane ad officium iudicis nonnumquam pertinet, ut debita et credita singulis pro solido aliis alia adtribuat, quia saepe et solutio et exactio parium non minima incimmoda habet* […]

133 R. Knütel, *Particularis…*, s. 345–346.

134 St. Lorenz (w:) *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, t. 1, H.G. Bamberger i in., wyd. 4, München 2019, § 266, nb. 11–18.

135 Zob. art. 1343-5 k.c.fr.

136 M. Kaser, R. Knütel, S. Lohsse, *Römisches Privatrecht…*, s. 322, nb. 9 stwierdzenie: [*a*]*nders nur 450 polnZGB v. 1964.*

Bibliografia

Alciatus A., *Opera omnia*, t. 1, Francofurti 1617.

Azo, *Iurisconsultissimi in ius civile*, Lugduni 1564.

Baldus Ch., *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen im klassischen römischen Recht und in der modernen Völkerrechtswissenschaft*, cz. 2. Zur *Rezeptionsfähigkeit römischen Rechtsdenkens*, Frankfurt a.M.–Berlin–Bern–New York–Paris–Wien 1998.

Baron J., *Pandekten*, wyd. 5, Lepizig 1885

Beatson J., Burrows A., Cartwright J., *Anson's Law of contract*, wyd. 30, Oxford 2016.

Benöhr H.-P., *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg 1965.

Brinz A., *Lehrbuch des Pandekten*, t. 2, cz. 1, wyd. 2, Erlangen 1879.

Brutti M., *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, t. 2, Milano 1973.

Brzozowski A., *Wykonanie zobowiązań* (w:) A. Brzozowski i in., *Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2016.

Bürge A., *Zum Edikt De edendo. Ein Beitrag zur Struktur des römischen Zivilprozesses*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung" 1995, t. 112, s. 1–50.

Chełmoński A. i in., *Projekt kodeksu cywilnego Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, Warszawa 1960.

Chełmoński A., *Koreferat dotyczący art. 353–349 i 354–403 projektu Kodeksu Cywilnego PRL*, Biblioteka Naukowa PAU i PAN w Krakowie, Rękopisy, Akc. 48/2020, s. 5.

Citati A. G., *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano*, „Annali Palermo" 1921, t. 9, s. 5–263.

Citati A. G., *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto Romano*, Roma 1972.

Citati A.G., *Contributi alla dottrina della mora*, „Annali Palermo" 1923, t. 11, s. 161–328.

Coing H., *Europäisches Privatrecht. Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985.

Czachórski W., *Przebieg prac nad kodyfikacją prawa cywilnego PRL*, „Studia prawnicze" 1970, z. 26–27, s. 5–22.

Czachórski W. i in., *Zobowiązania. Zarys wykładu*, wyd. 11, Warszawa 2009.

Dajczak W., *Zobowiązania* (w:) W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, wyd. 3, Warszawa 2018.

Dernburg H., *Pandekten*, t. 2, Berlin 1886.

Deshayes O., Genicon T., Laithier Y.-M., *Réforme de droit des contratas, du regime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Paris 2016.

Donellus H., *Commentariorum de jure civili*, t. 4. *Opera omnia*, Macerate 1830.

Düll R., *Der Gütegedanke im römischen Zivilprozeßrecht*, München 1931.

Dussaux N., Jamin C., *Réforme du droit des contrats, du regime général et de la preuve des obligations. Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Paris 2016.

Dydyński T., *Słownik łacińsko-polski do źródeł prawa rzymskiego*, Warszawa 1883.

Engels F., *Pochodzenie rodziny, własności prywatnej i państwa. W związku z badaniami Lewisa H. Morgana*, Warszawa 1911.

Ferrini C., *Manuale di Pandette*, wyd. 3, Milano 1908.

Giaro T., *«De ponte» oder «De monte»? Banalitäten in der römschen Jurisprudenz*, Labeo 1990, t. 36, s. 177–217.

Giaro T., *Historia i tradycja prawa rzymskiego* (w:) W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, wyd. 3, Warszawa 2018.

Giaro T., *Kształtowanie praw prywatnych – czynności prawne* (w:) W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, wyd. 3, Warszawa 2018.

Gröschler P., *Teilleistungsverbot, Drittleistung, Ablösungsrecht* (w:) *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, t. 2, cz. 1. *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, R. Zimmermann (red.), Tübingen 2007, s. 784–807.

Grosso G., *Il sistema romano dei contratti*, wyd. 3, Torino 1963.

Grotius H., *The Introduction to Dutch Jurisprudence*, London 1845.

Harke J. D., *Römisches Recht. Vor der klassischen Zeiten bis zu den modernen Kodifikationen*, wyd. 2, München 2016.

Heimbach D.C.G.B., *Basilicorum. Libri LX*, t. 2, Lipsiae 1840.

Holewiński W., *O zobowiązaniach podług Kodeksu Napoleona. Wykład tytułu III i IV księgi trzeciej*, Warszawa 1875.

Honsell H., Mayer-Maly T., Selb W., *Römisches Recht*, wyd. 4, Berlin 1987.

Höpfner L.J.F., *Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen nach deren neuesten Ausgabe*, wyd. 8, Frankfurt a. M. 1818.

Kaser M., *Das Römische Privatrecht*, t. 1. *Die vorklassischen entwicklungen*, wyd. 2, München 1975.

Kaser M., *Das Römische Privatrecht*, t. 2. *Die nachklassischen entwicklungen*, wyd. 2, München 1975.

Kaser M., *Das römische Zivilprozeßrecht*, München 1966.

Kaser M., *Mutuum und stipulatio* (w:) *Eranion in honorem Georgii S. Maridakis*, t. 1. *Historia iuris*, Athenis 1963, s. 155–182.

Kaser M., Knütel R., Lohsse S., *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*, wyd. 21, München 2017.

Klein A., *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, t. 1. *Dzieła wybrane*, Kraków 2021.

Knütel R., *Particularis enim solutio rarum est ut incommoda sit. Zur Fragwürdigkeit des Teilleistungsverbots* (w:) *Iurisprudentia universalis*, M.J. Schermaier, J.M. Rainer, L.C. Winkel (red.), Köln–Weimar–Wien 2002, s. 337–355.

Koschembar-Łyskowski I., *Prawo rzymskie*, t. 1. *Dzieje*, Warszawa 1931.

Krüger H., *Die humanitas und die pietas nach den Quellen des römischen Rechtes*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung" 1898, t. 19, s. 6–57.

Lenel O., *Palingenesia iuris civilis*, t. 1, Lipsiae 1889.

Levy E., Rabel E., *Index interpolationum*, t. 1, Weimar 1929.

Levy E., Rabel E., *Index interpolationum*, t. 1. *Supplementum*, Weimar 1929.

Lévy-Bruhl H., *La denegatio actionis sous la procédure formulaire*, Lile 1924.

Lévy-Bruhl H., *Prudent et préteur*, „Revue historique de droit français et étranger" 1926, t. 5, s. 5–39.

Litewski W., *Prawo rzymskie prywatne*, wyd. 4, Warszawa 1999.

Lombardi L., *Aperçus sur la compensation chez les juristes classiques*, „Bullettino dell' instituto di diritto Romano" 1963, t. 66, s. 35–91.

Longchamps de Bérier F., *Ocena pracy doktorskiej Alfred Kleina „Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego"*, Archiwum UWr 270/106 (teczka doktorska).

Longchamps de Bérier F., *Ochrona praw prywatnych* (w:) W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, wyd. 3, Warszawa 2018.

Longchamps de Berier R., *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań*, t. 1, *Komisja kodyfikacyjna. Podkomisja prawa o zobowiązaniach*, z. 4–6, Warszawa 1936.

Lorenz St. (w:) *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, t. 1, H.G. Bamberger i in., wyd. 4, München 2019.

Łapicki B., *Prawo rzymskie*, Warszawa 1948.

Łoś S., *Sylwetki rzymskie*, Warszawa 1958.

Mommsen F., *Beiträge zum Obligationenrecht. Die Lehre von der Mora, nebst Beiträge zur Lehre von der Culpa*, cz. 3, Braunschweig 1855.

Mühlenbruch C. L., *Lehre des Pandekten-Recht*, t. 2, Halle 1836.

Mühlenbruch C.F., *Lehrbuch der Institutionen des römischen Recht*, wyd. 2, Halle 1847.

Nelsen H.L.W., Manthe U., *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktsobligationen. Text und Kommentar*, Berlin 1999.

Osuchowski W., *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1962.

Perozzi S., *Istituzioni di diritto romano*, t. 2. *Obbligazioni ed azioni. Diritto ereditario. Donazioni*, wyd. 2, Roma 1929.

Pokrowskij J.A., *Historja prawa rzymskiego*, t. 1, Lublin 1927.

Pothier R. J., *Traité des obligations*, Paris–Orleans 1769.

Pringsheim F., *Jus aequum und jus strictum*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung" 1921, t. 42, s. 643–668.

Projekt części ogólnej projektu cywilnego, „Demokratyczny Przegląd Prawniczy" 1947, nr 12, s. 19–24.

Projekt kodeksu cywilnego oraz przepisów wprowadzających kodeksu cywilnego, Warszawa 1962.

Projekt kodeksu cywilnego Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Tekst ustalony w wyniku dyskusji ogólnokrajowej, Warszawa 1955.

Projekt kodeksu cywilnego Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, J. Wasilkowski (red.), Warszawa 1954.

Projekt księgi trzeciej kodeksu cywilnego, „Demokratyczny Przegląd Prawniczy" 1948, nr 10, s. 39–48.

Protokolle der Kommission für di zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gestzbuchs, t. 1. *Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin 1897.

Protokoły z sesji zespołu prawa cywilnego materialnego komisji kodyfikacyjnej. 1957–1958, t. 2, Archiwum Akt Nowych, Ministerstwo Sprawiedliwości, nr zespołu 285, sygn. 54/9-10.

Protokoły z sesji zespołu prawa cywilnego materialnego komisji kodyfikacyjnej. 1957–1958, t. 2, AAN, MS, sygn. 54/9-10.

Protokół posiedzenia Zespołu Prawa Cywilnego Materialnego Komisji Kodyfikacyjnej w dniu 21 października 1957 r., Biblioteka Naukowa PAU i PAN w Krakowie, Rkps. Akc. 18/2020.

Puchta G. F., *Vorlesungen über heutige römische Recht*, t. 2, wyd. 4, Leipzig 1855.

Radwański Z., Olejniczak A., *Zobowiązania – część ogólna*, wyd. 12, Warszawa 2016.

Rainer J. M., *Das Römische Recht in Europa*, wyd. 2, Wien 2020.

Rechnitz W., *Studien zu Salvius Julianus*, Weimar 1925.

Riccobono S., *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito del fr. 14 D. X, 3 Paulus III „Ad Plautium"*, „Annali Palermo" 1917, s. 165–729.

Riccobono S., *Fontes iuris Romani antejustiniani*, cz. 1, Florentiae 1968.

Savigny F.C. von, *Das Obligationenrecht als theil des heutigen Römischen Rechts*, Berlin 1851.

Seuffert J. A., *Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts*, t. 2, Würzburg 1825.

Sohm R., *nstytucje, historia i system rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1925.

Solazzi S., *L'estinzione dell' obbligazione nel diritto romano*, t. 1, wyd. 2, Neapoli 1935.

Sondel J., *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2005.

Taubenschlag R., *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa 1955.

Till E., *Polskie prawo zobowiązań. Część ogólna. Projekt wstępny z motywami*, Lwów 1923.

Tracz G., *Pojęcie wykonania i niewykonania zobowiązania w prawie polskim*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2009, z. 1, s. 169–203.

Voci P., *La obbligazioni romane. Il contenuto dell'obligatio*, t. 1, cz. 1, Milano 1969.

Voet J., *Commentarius ad Pandectas*, t. 3, Halae 1778.

Waddams S. M., *Restitution for the part performer* (w:) *Studies in Contract Law*, B.J. Reiter, J. Swan (red.), Toronto–Butterworth 1980, s. 152–179.

Wasilkowski J., *Zagadnienia kodyfikacji polskiego prawa cywilnego*, „Nowe Drogi" 1960, nr 11, s. 27–38.

Wendt O., *Lehrbuch der Pandekten*, Jena 1888.

Windscheid B., *Lehrbuch des Pandekten*, t. 2, cz. 1, Düsseldorf 1865.

Wlassak M., *Die klassische Prozeßformel. Mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit*, cz. 1, Wien–Leipzig 1924.

Wolff Ch., *Ius naturae methodo scientifica pertractatum*, Halae Magdeburgicae 1745.

Zimmermann R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996.

Zoll F., *Pandekta czyli nauka rzymskiego prawa prywatnego*, t. 3. *Zobowiązania*, Kraków 1910.

Zoll F., *Wykonanie i skutki niewykonania zobowiązania lub nienależytego wykonania zobowiązań* (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 6, A. Olejniczak (red.), wyd. 3, Warszawa 2018.

Agata Pyrzyńska

Problematyka terminów w wyborach Prezydenta RP zarządzonych postanowieniem Marszałka Sejmu z 3 czerwca 2020 roku

Agata Pyrzyńska

Doktor nauk prawnych, adiunkt w Instytucie Nauk Prawnych Uniwersytetu Szczecińskiego.

agata.pyrzynska@usz.edu.pl

https://orcid.org/0000-0002-4573-4310

Deadlines in the Election of the President of the Republic of Poland Ordered by the Marshal of the Sejm on 3 June 2020

The aim of this study is to evaluate the solutions regarding the shape of the election calendar in the elections of the President of the Republic of Poland ordered by the decision of the Marshal of the Sejm of 3 June 2020. First, the study analyzes the legal nature of the decision of the Marshal of the Sejm and the special powers granted to this body under the episodic act of 2 June 2020 on the special rules for the organization of general elections for the President of the Republic of Poland ordered in 2020 with the possibility of voting by post. In this regard, the Marshal's right to set deadlines ignoring the regulations of the Electoral Code and the possibility of modifying the terms specified in the election calendar in connection with the epidemic situation were assessed. In the second part of the paper, the system of election terms resulting from the election calendar was analyzed in order to verify whether the adopted solutions favored the exercise of subjective election rights in the elections of the President in 2020. The research was based on the formal and dogmatic method.

Słowa kluczowe: wybory, Prezydent RP, terminy, kalendarz wyborczy
Key words: elections, President of the Republic of Poland, terms, election calendar

https://doi.org/10.32082/fp.4(72).2022.473

1. Uwagi wprowadzające

Problematyka wyborów Prezydenta RP w 2020 r. jest zagadnieniem wyjątkowo złożonym. Wynika to przede wszystkim z faktu, iż ich przeprowadzenie napotkało na szczególne okoliczności związane z rozprzestrzenia-

niem się wirusa SARS-CoV-2, co utrudniło planową finalizację procesu wyborczego, zainicjowanego postanowieniem Marszałka Sejmu z 5 lutego 2020 r. w sprawie zarządzenia wyborów Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej[1]. Ustawodawca oraz służby odpowiedzialne za przeprowadzenie wyborów, znaleźli się w wyjątkowo trudnej sytuacji, gdyż z jednej strony zadaniem priorytetowym, jak wiadomo, było zagwarantowanie bezpieczeństwa i zdrowia obywateli, z drugiej zaś przeprowadzenie wyborów, zgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym przepisami rangi konstytucyjnej. Decyzje, które zostały wówczas podjęte, bez wątpienia znacząco wpłynęły na charakter i przebieg wyborów, co uwidoczniło się w szczególności w terminach wykonania poszczególnych czynności wyborczych. Terminy te bowiem w znacznej mierze zostały wyznaczone na nowo, w konsekwencji determinując tok wyborów Prezydenta RP, nierzadko decydując także o faktycznej możliwości realizacji praw wyborczych przez wyborców oraz uczestników rywalizacji wyborczej.

W ramach uwag wprowadzających należy przypomnieć, że wobec nieprzeprowadzenia głosowania[2] w terminie wynikającym z postanowienia Marszałka Sejmu z 5 lutego 2020 r. oraz na skutek wydania na mocy art. 293 § 1 ustawy – Kodeks wyborczy[3] przez Państwową Komisję Wyborczą (PKW) uchwały z dnia 10 maja 2020 r. w sprawie stwierdzenia braku możliwości głosowania na kandydatów w wyborach Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej[4], w dniu 3 czerwca 2020 r. Marszałek Sejmu na podstawie art. 293 § 2 k.w. zarządził kolejne wybory, ustalając, iż głosowanie odbędzie w dniu 28 czerwca 2020 r.[5]. Zasady przeprowadzenia nowo zarządzonych wyborów w zasadniczej części wyznaczyły regulacje zawarte w ustawie z dnia 2 czerwca 2020 r. o szczególnych zasadach organiza-

> **Terminy w procesie wyborczym są jednym z najważniejszych czynników wpływających na możliwość realizacji podstawowych praw obywatelskich, jakimi są prawa wyborcze.**

1 Postanowienie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 5 lutego 2020 r. w sprawie zarządzenia wyborów Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2020 r. Poz. 184); dalej: postanowienie z 5 lutego 2020 r.

2 Zagadnienie przyczyn nieprzeprowadzenia głosowania w dniu 10 maja 2020 r. mogłoby się stać przedmiotem odrębnego, pogłębionego opracowania. Warto jednak na potrzeby uwag wprowadzających do niniejszego artykułu odnotować, że wśród przyczyn takiego stanu rzeczy było z jednej strony zagrożenie życia i zdrowia wyborców oraz trwające prace nad Ustawą z dnia 6 kwietnia 2020 r. o szczególnych zasadach przeprowadzania wyborów powszechnych na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych w 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 827), która – na skutek licznych kontrowersji – weszła w życie dopiero w dniu 9 maja 2020 r., a zatem na dzień przed pierwotnie zarządzonym terminem głosowania. Nie bez znaczenia dla całokształtu okoliczności było także pozbawienie PKW zasadniczych kompetencji w procesie wyborczym, co nastąpiło na mocy art. 102 Ustawy z 16 kwietna 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz.U. z 2020 r. poz. 695 ze zm.).

3 Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy (t.j. Dz.U. z 2020 r. Poz. 1319); dalej: k.w.

4 Uchwała Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 10 maja 2020 r. w sprawie stwierdzenia braku możliwości głosowania na kandydatów w wyborach Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2020 r. poz. 967); dalej: uchwała PKW z 10 maja 2020 r.

5 Postanowienie Marszałka Sejmu RP z dnia 3 czerwca 2020 r. w sprawie zarządzenia wyborów Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2020 r. poz. 988); dalej: postanowienie z 3 czerwca 2020 r.

cji wyborów powszechnych na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych w 2020 r. z możliwością głosowania korespondencyjnego[6], przy wyłącznie uzupełniającym stosowaniu Kodeksu wyborczego. W konsekwencji „nowy" proces wyborczy zainicjowany postanowieniem Marszałka Sejmu z 3 czerwca 2020 r., w myśl przyjętych regulacji a także „nowego" kalendarza wyborczego, musiał zamknąć się w okresie zaledwie trzech tygodni[7]. Takie rozwiązanie w dotychczasowej historii polskich procesów wyborczych określić należy mianem bezprecedensowego, gdyż wybory, rozumiane jako wieloetapowy proces inicjowany wydaniem stosownego aktu o zarządzeniu wyborów[8], trwa zwykle kilka miesięcy[9]. Nie ulega zatem wątpliwości, że standardowe rozwiązanie, pozwalające na w miarę harmonijne rozłożenie czynności wyborczych w dłuższym czasie, nie jest kwestią przypadku, lecz świadomym zabiegiem legislacyjnym. Terminy w procesie wyborczym są bowiem jednym z najważniejszych czynników wpływających na możliwość i sposób realizacji podstawowych praw obywatelskich, jakimi są prawa wyborcze. To właśnie faktyczna możliwość skorzystania przez uprawnionych z praw wyborczych powinna być punktem odniesienia najpierw dla ustawodawcy przy kształtowaniu struktury terminów na gruncie ustawowym (w szczególności w Kodeksie wyborczym), a następnie także dla organu zarządzającego konkretne wybory przy ustalaniu kalendarza wyborczego. W drugim przypadku nie bez przyczyny przepisy wskazują na konieczność zasięgnięcia opinii PKW, jako organu posiadającego największą wiedzę na temat procedur wyborczych, a zarazem sprawującego nadzór nad przestrzeganiem prawa wyborczego. Oczywiście poza wskazanymi aspektami, jako kwestię nadrzędną postrzegać należy regulację konstytucyjną, która zakreśla – w tym także w odniesieniu do wyborów Prezydenta RP – główne terminy, których kształt nie podlega modyfikacji.

Mając na względzie powyższe, celem niniejszej pracy jest scharakteryzowanie układu terminów wynikających z ustawy epizodycznej z 2 czerwca 2020 r. o szczególnych zasadach organizacji wyborów powszechnych na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych w 2020 r. z możliwością głosowania korespondencyjnego oraz z kalendarza wyborczego stanowiącego załącznik do postanowienia Marszałka Sejmu z 3 czerwca 2020 r. w kontekście rudymentarnych standardów demokratycznego państwa prawnego. Celem pracy jest w szczególności ustalenie, czy przyjęcie w ustawie z 2 czerwca 2020 r. ekstraordynaryjnych rozwiązań dotyczących terminów, w tym m.in. możliwości ich swobodnego, w większości nieograniczonego ustawowo, kształtowania przez Marszałka Sejmu a także modyfikacji już po ogłoszeniu postanowienia o zarządzeniu wyborów, mieści się w zakresie kompetencji Marszałka w procesie wyborczym. Jak się bowiem wydaje, nowe rozwiązania dotyczące terminów, przyjęte w wyborach Prezydenta RP w 2020 r., skłaniają do spojrzenia na ten element procesu wyborczego – dotychczas postrzegany jako jedna z najważniejszych gwarancji praw wyborczych – w sposób całkowicie odmienny. Obowiązujące w omawianych wyborach rozwiązania, dotyczące ustalania i ewentualnej zmiany terminów wykonania czynności wyborczych, mogą budzić wątpliwości, zarówno jeśli chodzi o ich zgodność ze standardami ochrony praw człowieka, jak również zasadami prawidłowej legislacji. Na koniec tej części pracy należy wskazać, że celem niniejszego opracowania nie jest ocena konieczności przyjęcia nowych regulacji w obliczu szczególnych okoliczności towarzyszących wyborom Prezydenta RP, a jedynie skutków prawnych, jakie te regulacje wywołały.

Badania przeprowadzone na potrzeby niniejszej pracy zostały oparte na metodzie formalno-dogmatycznej.

6 Ustawa z dnia 2 czerwca 2020 r. o szczególnych zasadach organizacji wyborów powszechnych na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych w 2020 r. z możliwością głosowania korespondencyjnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 979).

7 Misja OBWE obserwująca wybory Prezydenta RP w Polsce wskazała w raporcie podsumowującym obserwację, iż nastąpiło „drastyczne skrócenie ram czasowych" procesu wyborczego, zob. *Misja specjalna oceny wyborów ODIHR. Rzeczpospolita Polska – Wybory Prezydenckie, 28 czerwca 2020 r.*, https://www.osce.org/files/f/documents/a/9/455773_0.pdf (dostęp 28.08.2020).

8 A. Sokala (w:) A. Sokala, B. Michalak, P. Uziębło, *Leksykon prawa wyborczego i referendalnego oraz systemów wyborczych*, Warszawa 2013, s. 271, 285–286.

9 Wybory prezydenckie są zarządzane w okresie między 7 a 6 miesiącem przed upływem kadencji Prezydenta RP, termin głosowania powinien zaś przypaść w okresie pomiędzy 100 a 75 dniem przed dniem upływu kadencji głowy państwa; zob. art. 289 § 1 k.w.

2. Postanowienie Marszałka Sejmu z 3 czerwca 2020 r. w sprawie zarządzenia wyborów Prezydenta RP

2.1. Charakter prawny postanowienia Marszałka Sejmu w sprawie zarządzenia wyborów prezydenckich

Przed omówieniem problematyki odnoszącej się struktury terminów w wyborach Prezydenta RP zarządzonych postanowieniem Marszałka Sejmu z 3 czerwca 2020 r., w których termin głosowania przypadł na dzień 28 czerwca 2020 r., warto poddać analizie kilka problemów szczegółowych. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na charakter aktu wydawanego przez Marszałka, w drodze którego następuje zarządzenie wyborów prezydenckich. Kwestia ta ma bowiem zasadniczy wpływ na rolę tego aktu dla całego procesu wyborczego, a także powinna determinować kształt kalendarza wyborczego.

Zarządzenie wyborów Prezydenta RP, podobnie jak w przypadku pozostałych rodzajów elekcji uregulowanych na gruncie Kodeksu wyborczego, rozpoczyna wydanie szczególnego aktu przez właściwy organ. W przypadku wyborów prezydenckich organem tym jest Marszałek Sejmu, postrzegany jako druga osoba w państwie[10], a zarazem szczególna osoba zaufania publicznego[11]. Aktem Marszałka inicjującym proces wyborczy jest postanowienie w sprawie zarządzenia wyborów[12]. Przepisy w sposób ścisły określają, w jakim terminie winno nastąpić zarówno wydanie samego postanowienia, jak i wyznaczenie kluczowego dla całego procesu wyborczego – dnia głosowania. Zgodnie z art. 128 ust. 2 Konstytucji RP[13], co do zasady, wybory zarządza się na dzień przypadający nie wcześniej niż na 100 dni i nie później niż na 75 dni przed upływem kadencji urzędującej głowy państwa. Natomiast zgodnie z art. 289 § 1 k.w., moment zarządzenia wyborów musi nastąpić nie wcześniej niż na 7 i nie później niż na 6 miesięcy przed upływem kadencji urzędującej głowy państwa[14].

Tak zakreślone terminy korespondują z charakterem i znaczeniem czynności, jaką jest zarządzenie wyborów. Należy bowiem mieć na względzie, że czynność ta stanowi nie tylko etap inicjujący proces wyborczy a zarazem otwierający drogę do podejmowania dalszych czynności wyborczych przez uczestników rywalizacji wyborczej czy organizatorów wyborów. Zarządzenie wyborów powinno także pełnić rolę gwarancyjną w procesie wyborczym w tym znaczeniu, że Marszałek Sejmu w sposób precyzyjny i bezwarunkowy wskazuje w postanowieniu zarówno dzień głosowania, jak również określa terminy wykonania poszczególnych czynności wyborczych wynikających z Kodeksu wyborczego. Czyni to w kalendarzu wyborczym stanowiącym integralną część postanowienia w sprawie zarządzenia wyborów[15]. Nie bez przyczyny zatem zarządzenie wyborów powinno nastąpić z odpo-

10 L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2019, s. 233.

11 Tak R. Piotrowski, *Opinia o ustawie z dnia 6 kwietnia 2020 r. o szczególnych zasadach przeprowadzania wyborów powszechnych na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych w 2020 r. (druk senacki nr 99)*, s. 17, https://www.senat.gov.pl/prace/proces-legislacyjny-w-senacie/ustawy-uchwalone-przez-sejm/ustawy-uchwalone-przez-sejm/ustawa,964.html (dostęp 28.08.2020).

12 Art. 289 i 290 k.w.

13 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

14 Dodać jednak należy, że przepisy Konstytucji RP przewidują także ekstraordynaryjne sytuacje, w których wybory mogą odbyć się w zmodyfikowanych względem wskazanego terminu. Pierwszą z nich jest opróżnienie urzędu Prezydenta, co implikuje konieczność zarządzenia wyborów nie później niż w 14 dniu po tym fakcie, z głosowaniem w dniu wolnym od pracy przypadającym w ciągu 60 dni od dnia zarządzenia wyborów (zob. art. 128 ust. 2 *in fine* Konstytucji RP). W myśl art. 129 ust. 3 Konstytucji RP analogiczna procedura znajdzie zastosowanie w przypadku stwierdzenia przez Sąd Najwyższy nieważności wyboru Prezydenta RP. Należy także wspomnieć, że odrębności w zakresie terminów przeprowadzenia wyborów zostały przewidziane w przypadku wprowadzenia jednego z trzech stanów nadzwyczajnych statuowanych przez Konstytucję RP (art. 228 ust. 7 Konstytucji RP). Dodatkowo, w doktrynie polskiego prawa konstytucyjnego wymienia się tzw. pozakonstytucyjną przesłankę zarządzenia wyborów prezydenckich, którą statuuje art. 293 § 2 k.w. (zob. R. Piotrowski, *Opinia o konstytucyjnych podstawach zarządzenia wyborów Prezydenta RP po 23 maja 2020 r.*, s. 6, https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatekspertyzy/5526/plik/oe-299.pdf (dostęp 28.08.2020).

15 Na temat kalendarza wyborczego m.in. B. Banaszak, *Kodeks wyborczy. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 400.

wiednim horyzontem czasowym, zapewniającym niezbędny czas zarówno dla uczestników rywalizacji wyborczej na odpowiednie przygotowanie się do wyborów, jak chociażby ukonstytuowanie się komitetów wyborczych, zgłoszenie kandydatów, czy prowadzenie agitacji wyborczej, ale także dla organizatorów wyborów, którzy muszą mieć czas np. na weryfikację zawiadomień i wydanie postanowień w przedmiocie utworzenia komitetów wyborczych, wykonanie czynności związanych z rejestracją kandydatów, czy podjęcie innych działań składających się na przygotowanie procesu wyborczego. Zarządzenie wyborów z odpowiednim wyprzedzeniem ma także wymiar gwarancyjny względem samych wyborców, którzy w procesie wyborczym muszą mieć czas nie tylko na poznanie programów politycznych kandydatów, ale niekiedy także na podjęcie stosowanych działań umożliwiających im skorzystanie z praw wyborczych (mowa tu np. o pobraniu zaświadczenia o prawie do głosowania, zgłoszeniu chęci głosowania korespondencyjnego, dopisaniu się do spisu wyborców). Wiedza na temat rozkładu poszczególnych czynności wyborczych ustalonych kalendarzem wyborczym w praktyce jest zatem istotnym czynnikiem, który może oddziaływać na sposób korzystania przez wyborców z przysługujących im fundamentalnych praw politycznych, jakimi są właśnie prawa wyborcze. Po drugie, nie można tracić z pola widzenia, że postanowienie w sprawie zarządzenia wyborów ustala z odpowiednim horyzontem czasowym konkretny termin głosowania. Takie rozwiązanie z kolei ma zabezpieczyć proces wyborczy przed jego instrumentalizacją i ewentualnymi próbami zmian przez poszczególne siły polityczne, zależnie od aktualnych na dany moment nastrojów politycznych wśród wyborców[16]. Z tego też względu tak ważny jest gwarancyjny charakter postanowienia w sprawie zarządzenia wyborów, który należy postrzegać jako wydany z upoważnienia konstytucyjnego akt stosowania prawa, mający charakter jednorazowy[17]

> **Zarządzenie wyborów pełni rolę gwarancyjną w procesie wyborczym.**

(niepodlegający zmianie), indywidualny[18] (dotyczący konkretnego procesu wyborczego) i bezwarunkowy. Marszałek zobowiązany jest także do precyzyjnego (jasnego i dokładnego) wskazania w postanowieniu (kalendarzu wyborczym) zarówno dnia głosowania, jak i terminów wykonania pozostałych czynności wyborczych, które wynikają z ustawy. Postanowienie Marszałka musi zostać dla swej skuteczności ogłoszone w Dzienniku Ustaw[19]. Tak rozumiany akt w sprawie zarządzenia wyborów stanowi gwarancję poszanowania w toku procesu wyborczego zasad ochrony zaufania jednostki do państwa i stanowionego przez jego organy prawa, określanej także jako zasada lojal-

16 M. Rulka, *Termin wyborów na urząd Prezydenta RP*, „Państwo i Prawo" 2016, nr 8, s. 37; M. Matczak, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją RP rozwiązań zawartych w ustawie z dnia 12 maja 2020 r. w szczególnych zasadach organizacji wyborów powszechnych na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych w 2020 r. z możliwością głosowania korespondencyjnego (druk senacki nr 118)*, s. 20, https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatekspertyzy/5510/plik/oe-295.pdf (dostęp 24.08.2020).

17 M. Chmaj, *Opinia prawna w przedmiocie: odpowiedzi na pytania Komisji Ustawodawczej Senatu RP, powstałe w związku z pracami komisji nad uchwaloną przez Sejm RP dnia 12 maja 2020 r. ustawą o szczególnych zasadach organizacji wyborów powszechnych na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych w 2020 r. z możliwością głosowania korespondencyjnego*, s. 7, https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatekspertyzy/5527/plik/oe-300.pdf (dostęp 28.08.2020).

18 S.J. Jaworski, Art. 290 (w:) K.W. Czaplicki, B. Dauter, S.J. Jaworski, A. Kisielewicz, F. Rymarz, J. Zbieranek (red.), *Kodeks wyborczy. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 618.

19 Tamże, s. 618.

ności[20], jak również zasady ochrony praw słusznie nabytych. Kwestią oczywistą jest bowiem, że zasady te muszą być respektowane także w procesie wyborczym, kształtując tak istotne poczucie bezpieczeństwa prawnego obywateli.

Biorąc pod uwagę okoliczności oraz tryb, w jakich wydane zostało postanowienie Marszałka Sejmu z 3 czerwca 2020 r., można mieć wątpliwości, czy szczególna procedura zarządzenia „nowych" wyborów, uruchomiona w następstwie wydania przez PKW uchwały z 10 maja 2020 r. i oparta na zastosowaniu art. 293 § 2 k.w., skutkowała rozpoczęciem procesu wyborczego, w którym możliwe było poszanowanie wskazanych wyżej wartości. Uruchomienie „na nowo" procesu wyborczego wprowadziło poważny zamęt zarówno wśród samych wyborców, jak i uczestników rywalizacji wyborczej. W pierwszym przypadku wyborcy nierzadko mieli problem z ustaleniem, czy wybory z głosowaniem w dniu 28 czerwca 2020 r. stanowią *sui generis* kontynuację dotychczasowej procedury zainicjowanej postanowieniem Marszałka Sejmu z 5 lutego 2020 r., czy też jest to zupełnie odrębny proces. Tymczasem w wielu przypadkach miało to rudymentarne znaczenie w kontekście korzystania przez nich z praw wyborczych. Doskonałym przykładem może być chociażby dość powszechnie stosowane uprawnienie polegające na dopisaniu się przez wyborcę do spisu wyborców, o którym mowa w art. 28 § 1 k.w. Wielu wyborców po ogłoszeniu postanowienia z 3 czerwca 2020 r. i zmianie terminu głosowania działało w błędnym przekonaniu, że w przypadku dopisania się do spisu wyborców przed wyborami, które miały odbyć się 10 maja 2020 r., nie będą musieli podejmować żadnych dodatkowych czynności, aby móc skorzystać z prawa głosu w miejscu pobytu podczas głosowania w dniu 28 czerwca 2020 r.[21] W konsekwencji nowe okoliczności pozbawiły część wyborców – zupełnie nieświadomych obowiązywania nowego kalendarza – możliwości oddania głosu. Oczywiście – zgodnie z zasadą *ignorantia iuris nocet* – można uznać, że w tego rodzaju sytuacjach ryzyko obciąża wyborcę, skoro nie dołożył on należytej staranności, aby upewnić się, czy jego nazwisko znalazło się we właściwym spisie wyborców. Jednakże trzeba mieć na względzie specyfikę prawa wyborczego. Nie jest to obszar regulacji, który ma na celu egzekwowanie jakichkolwiek obowiązków od obywateli. Przeciwnie, regulacje z zakresu prawa wyborczego przyczyniają się do realizacji konstytucyjnej zasady suwerenności narodu, powszechny udział obywateli w wyborach należy zaś postrzegać – jak wskazywał Trybunał Konstytucyjny – jako „samoistną wartość konstytucyjną"[22]. Mając na względzie tak rozumiane znaczenie wyborów i prawa wyborczego, należy uznać, że wydanie „nowego" postanowienia w sprawie zarządzenia wyborów Prezydenta RP nie do końca spełniło omówioną wyżej rolę gwarancyjną. Podobnie niekorzystanie sytuacja przedstawiała się

Postanowienie w sprawie zarządzenia wyborów należy postrzegać jako wydany z upoważnienia konstytucyjnego akt stosowania prawa, mający charakter jednorazowy, indywidualny i bezwarunkowy (terminy nie są zależne od zdarzeń przyszłych).

20 J. Zaleśny, *Zasady prawidłowej legislacji*, „Studia Politologiczne" 2009, v. 13, s. 21.

21 Podobne problemy odnotowano w przypadku pobrania przez część wyborców zaświadczeń o prawie do głosowania na podstawie art. 32 k.w.

22 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 lipca 2011 r., K 9/11, OTK ZU 2011/6/A, poz. 61.

z perspektywy komitetów wyborczych. W tym zakresie trudno mówić o poczuciu bezpieczeństwa prawnego, w sytuacji, gdy podmioty te zostały zmuszone do podjęcia czynności wyborczych warunkujących ich udział w „nowym" procesie wyborczym praktycznie z dnia na dzień. Konkretyzując, należy wskazać, że czas, w którym komitety wyborcze zobowiązane były zawiadomić PKW o swoim utworzeniu obejmował zaledwie trzy dni[23].

2.2. Tryb określenia szczegółowych terminów kalendarza wyborczego w wyborach Prezydenta RP na gruncie ustawy z 2 czerwca 2020 r.

Istotną kwestią, która wymaga oceny prawnej w kontekście zarządzenia przez Marszałka Sejmu wyborów Prezydenta RP na mocy postanowienia z 3 czerwca 2020 r., jest określony przez art. 15 ust. 1 specustawy z 2 czerwca 2020 r. tryb, w którym organ ten został uprawniony do określenia kalendarza wyborczego. Zgodnie z przywołanym przepisem Marszałek Sejmu – po zasięgnięciu opinii PKW – określa dni, w których upływają terminy wykonania czynności wyborczych przewidzianych w Kodeksie wyborczym oraz w ustawie z 2 czerwca 2020 r., mając na względzie termin głosowania ustalony w postanowieniu. Jednakże należy zwrócić uwagę, że przepis ten zawiera jeszcze jeden, szczególnie istotny w kontekście analizowanej sytuacji *passus*, zgodnie z którym: „terminów wykonania czynności wyborczych wskazanych w ustawie z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy nie stosuje się". I to właśnie ta część art. 15 ust. 1 ustawy z 2 czerwca 2020 r. budzi zastrzeżenia. W istocie bowiem ustawodawca we wskazanej regulacji przyznał Marszałkowi Sejmu kompetencję, której nie da się pogodzić z rolą tego organu w procesie wyborczym, jak również z określoną przez Konstytucję RP hierarchią aktów prawnych.

Kompetencja do ustalenia kalendarza wyborczego przez Marszałka Sejmu – jak ustalono wcześniej – ma umocowanie konstytucyjne, a sam akt, który organ ten wydaje stanowi akt stosowania prawa. Kwestią zasadniczą jest jednak to, że terminy ustalenia czynności wyborczych, jako mieszczące się w pojęciu „zasad i trybu przeprowadzenia wyborów", zgodnie z art. 127 ust. 7 Konstytucji RP, stanowią materię ustawową. Innymi słowy – Marszałek winien określić kalendarz wyborczy, działając w granicach określonych przez ustawę. Tą ustawą, co do zasady, jest Kodeks wyborczy. W omawianej sytuacji – wobec brzmienia art. 15 ust. 1 ustawy z 2 czerwca 2020 r. – pojawia się jednak poważna wątpliwość natury formalnoprawnej. Przepis ten bowiem uprawnia Marszałka do określenia kształtu kalendarza wyborczego, przy jednoczesnym braku regulacji ustawowych wyznaczających jakiekolwiek granice dla wskazania terminów wykonania poszczególnych czynności wyborczych. Ustawodawca, wyłączając w tych szczególnych okolicznościach stosowanie przepisów Kodeksu wyborczego dotyczących terminów, nie wprowadził ich jednocześnie do ustawy z 2 czerwca 2020 r. W konsekwencji Marszałek zyskał niczym nieograniczoną kompetencję do swobodnego określenia kształtu kalendarza wyborczego. O ile – choć niebezkrytycznie – można byłoby przyjąć, iż w szczególnych okolicznościach omawianej sprawy ustawodawca musiał zdecydować o wyłączeniu stosowania przepisów Kodeksu regulujących dotychczas obowiązujące terminy, z uwagi na obiektywną niemożność ich zastosowania, to jednak nie mógł w żaden sposób pominąć przepisu konstytucyjnego (art. 127 ust. 7 *in fine* Konstytucji RP), który zagadnienie terminów zalicza do materii ustawowej. Oznacza to tym samym, że w kontekście analizowanej sprawy jedynym dopuszczalnym rozwiązaniem mogłoby być wyłączenie stosowania przepisów Kodeksu dotyczących terminów, gdyby ustawodawca jednocześnie umocował je na gruncie specustawy z 2 czerwca 2020 r., co jednak w odniesieniu do większości czynności wyborczych nie nastąpiło. Biorąc pod uwagę powyższe, należy skonstatować, że w stanie prawnym, który obowiązywał w dacie wydania przez Marszałka Sejmu postanowienia z 3 czerwca 2020 r., w świetle art. 127 ust. 7 Konstytucji RP niedopuszczalne było dyskrecjonalne określenie terminów przez Marszałka, przy całkowitym pominięciu materii ustawowej. Postanowienie Marszałka nie jest bowiem aktem prawa powszechnie obowiązującego (ustawą), ustawa z 2 czerwca 2020 r. nie może zaś swymi zapisami zmienić regulacji kon-

23 Zob. załącznik do postanowienia Marszałka Sejmu z 3 czerwca 2020 r. – Kalendarz wyborczy dla wyborów Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 28 czerwca 2020 r.

stytucyjnej, przekształcając postanowienie Marszałka z aktu stosowania prawa w akt prawotwórczy[24].

Podsumowując tę część rozważań, należy stwierdzić, że ustawowe upoważnienie Marszałka Sejmu do swobodnego określenia terminów kalendarza wyborczego (z pominięciem regulacji zawartych w Kodeksie wyborczym), podważa gwarancyjny charakter aktu o zarządzeniu wyborów, przyjęta praktyka zaś naraża proces wyborczy na jego instrumentalne traktowanie. Rozwiązanie przyjęte w art. 15 ust. 1 *in fine* ustawy z 2 czerwca 2020 r. należy zatem określić jako naruszające zasady prawidłowej legislacji, w tym zasadę zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa.

2.3. Kompetencja Marszałka Sejmu polegająca na zmianie terminów określonych w kalendarzu wyborczym

Wreszcie, analizując kwestię wydania przez Marszałka Sejmu postanowienia z 3 czerwca 2020 r., nie sposób nie opatrzyć chociażby krótkim komentarzem brzmienia art. 15 ust. 4 ustawy z 2 czerwca 2020 r., który uprawniał Marszałka do zmiany terminów wykonania czynności wyborczych określonych w wydanym przez niego postanowieniu (kalendarzu wyborczym). Ustawodawca w przywołanym przepisie wskazał, iż kompetencja ta może zaktualizować się z uwagi na „sytuację epidemiczną na obszarze kraju bądź jego części", przy czym przy zmianie terminów Marszałek jest zobowiązany do uprzedniego zasięgnięcia opinii ministra właściwego do spraw zdrowia oraz PKW. Zmiana ta nie może dotyczyć jedynie terminu przewidzianego na zgłoszenie kandydata na Prezydenta RP.

Omawianą regulację należy ocenić jako dyskusyjną z kilku względów. Po pierwsze, decydujące znaczenie w tym przypadku ma wielokrotnie podkreślany charakter oraz rola postanowienia o zarządzeniu wyborów w procesie wyborczym, po drugie, nie bez znaczenia pozostają zasada demokratycznego państwa prawnego i dekodowane z niej zasady szczegółowe. Jak wielokrotnie akcentowano wcześniej, akt zarządzenia wyborów Prezydenta RP ma charakter aktu jednorazowego, co wywodzi się z brzmienia art. 128 ust. 2 Konstytucji RP, a co za tym idzie – nie powinien podlegać modyfikacji w sytuacji, gdy uprawniony organ już z tej kompetencji skorzystał. Dodatkowo, należy zwrócić uwagę, że ustawodawca w sposób bardzo lakoniczny określił przyczyny, które mogłyby powodować podjęcie przez Marszałka tego rodzaju decyzji, wskazując jedynie na „sytuację epidemiczną na obszarze całego kraju bądź jego części". Tak zakreślona przesłanka wydaje się być całkowicie nieproporcjonalna do znaczenia postanowienia o zarządzeniu wyborów dla procesu wyborczego i realizacji konstytucyjnych praw wyborczych przez kandydatów i wyborców. Dodatkowo „arbitralność" decyzji Marszałka nie jest w tym przypadku w żaden sposób tonowana przez wymóg zasięgnięcia opinii ministra właściwego do spraw zdrowia ani PKW. Pamiętać bowiem należy, że „zasięgnięcie opinii" jest najsłabszą z form współuczestnictwa w wydaniu aktu[25], co oznacza, że wyłącznie niedopełnienie tego obowiązku może skutkować niewydaniem aktu. Odnosząc te uwagi do omawianego przypadku – w żaden sposób negatywna opinia nie może zablokować dokonania przez Marszałka zmian w kształcie kalendarza wyborczego. Co więcej, na marginesie warto odnotować, że wskazana regulacja prowadzi do włączenia do procesu wyborczego organu władzy wykonawczej, czego nie sposób przyjąć z aprobatą.

Wreszcie – mając na względzie konstrukcję art. 15 ust. 4 ustawy z 2 czerwca 2020 r. – należy wskazać, że aktualne pozostają w tym kontekście także przytaczane wcześniej uwagi dotyczące zagrożenia bezpieczeństwa prawnego obywateli. Zmianę kształtu kalendarza wyborczego przez Marszałka Sejmu należy bowiem postrzegać jako zmianę reguł w trakcie trwania procesu wyborczego, co w demokratycznym państwie prawnym nie powinno mieć miejsca. Nie może umknąć

24 Tak też Prezes Naczelnego Sądu Administracyjnego w opinii z dnia 17 maja 2020 r. dotyczącej ustawy o szczególnych zasadach organizacji wyborów powszechnych na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych w 2020 r. z możliwością głosowania korespondencyjnego, s. 22, https://www.senat.gov.pl/prace/proces-legislacyjny-w-senacie/ustawy-uchwalone-przez-sejm/ustawy-uchwalone-przez-sejm/ustawa,989.html (dostęp 28.08.2020).

25 G. Wierczyński, *Komentarz do § 74 Załącznika do rozporządzenia w sprawie „Zasad techniki prawodawczej"* (w:) G. Wierczyński, *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz*, Warszawa 2016, LEX.

uwadze także okoliczność, że tego rodzaju działania mogą narażać proces wyborczy na niepożądany wpływ konkretnych sił politycznych.

3. Terminy wykonania wybranych czynności wyborczych w wyborach Prezydenta RP zarządzonych postanowieniem Marszałka Sejmu z 3 czerwca 2020 r.

Poza szeregiem zastrzeżeń o charakterze formalnoprawnym, odnoszących się do trybu wydania przez Marszałka Sejmu postanowienia z 3 czerwca 2020 r., analizie warto poddać także kształt kalendarza wyborczego stanowiącego załącznik do tego aktu. Pierwszą z ogólnych uwag nasuwających się po lekturze kalendarza jest znaczące skumulowanie czynności wyborczych w okresie od 3 do 28 czerwca 2020 r. Oznacza to tym samym, że czynności, które w zwykłych warunkach rozłożone są w okresie obejmującym od 3 do 4 miesięcy, w wyborach zarządzonych postanowieniem z 3 czerwca 2020 r., musiały zostać zrealizowane w przedziale czasowym obejmującym nieco ponad 3 tygodnie. Taki stan rzeczy wymagał szczególnej mobilizacji zarówno wśród uczestników rywalizacji wyborczej, jak i organizatorów wyborów. Nie może także umknąć uwadze, iż w postanowieniu tym – zapewne na skutek pośpiechu – pojawiły się rozwiązania niespójne i niewykonalne w procesie wyborczym. Mowa tu o omyłkowo ujętym układzie terminów związanych ze zmianą siedzib obwodowych komisji wyborczych. Zgodnie z kalendarzem wyborczym dokonanie tego rodzaju zmian było bowiem możliwe do 5 czerwca 2020 r., podczas gdy jeszcze do 9 czerwca 2020 r. podmioty zainteresowane mogły przedkładać komisarzom wyborczym, jako podmiotom właściwym, propozycje tego rodzaju zmian. Rozwiązanie to – jak można sądzić – wyniknęło z zauważalnego pośpiechu związanego z ogłoszeniem ustawy z 2 czerwca 2020 r., która w zasadniczej części wyznaczyła reżim prawny dla wyborów z głosowaniem zaplanowanym na 28 czerwca 2020 r.

Jeśli chodzi o kwestię pozostałych terminów, warto zwrócić uwagę na termin przewidziany na zawiadomienie przez komitet wyborczy PKW o zamiarze jego uczestnictwa w wyborach. W tym zakresie bowiem zarówno ustawodawca w ustawie z 2 czerwca 2020 r., jak i Marszałek Sejmu w postanowieniu z 3 czerwca 2020 r., wprowadzili podwójny standard, różnicując komitety wyborcze, które zawiadomiły PKW o swoim utworzeniu na potrzeby wyborów zarządzonych postanowieniem z 5 lutego 2020 r., oraz te, które nie zgłosiły swego akcesu w wyborach 10 maja 2020 r., lecz zdecydowałyby się na ukonstytuowanie dopiero w związku z procesem wyborczym zainicjowanym postanowieniem z 3 czerwca 2020 r. Choć pozornie w obu przypadkach Marszałek potraktował komitety jednakowo, wyznaczając w kalendarzu wyborczym dla wszystkich ten sam termin odpowiednio na „zawiadomienie PKW o uczestnictwie w wyborach" oraz na „utworzenie komitetu", wskazując datę graniczną 5 czerwca 2020 r., to należy mieć na względzie, że czynności te nie są sobie równe. O ile bowiem zawiadomienie o uczestnictwie w wyborach wymagało wyłącznie złożenia wymaganej przez art. 14 ustawy z 2 czerwca 2020 r. dokumentacji[26], o tyle przypadku komitetów, które nie uczestniczyły w wyborach 10 maja 2020 r., a chciałyby to uczynić w głosowaniu 28 czerwca 2020 r., konieczne było wdrożenie całej procedury notyfikacji

> **Uwagą nasuwającą się po lekturze kalendarza wyborczego w wyborach Prezydenta RP w 2020 r. jest znaczące skumulowanie czynności wyborczych.**

26 Szczegółowo procedurę tę PKW wyjaśniła w Informacji z dnia 3 czerwca 2020 r. w sprawie składania zawiadomień o uczestnictwie w wyborach Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych na dzień 28 czerwca 2020 r. przez komitety wyborcze, ZPOW-600-16/20.

PKW faktu utworzenia komitetu wraz z koniecznością zebrania co najmniej 1 000 podpisów obywateli popierających kandydata na Prezydenta RP, które w dalszej perspektywie stanowić miało część 100 000 podpisów, które taki komitet musiałby przedłożyć przy zgłoszeniu kandydata[27]. Trudno w tym przypadku zatem mówić o równości szans uczestników rywalizacji wyborczej, stanowiącej przecież jedną z podstawowych zasad prawa wyborczego, skoro w okresie pomiędzy 3 czerwca 2020 r., a 5 czerwca 2020 r., całkowicie nieporównywalny wysiłek obu rodzajów komitetów został potraktowany jednakowo. Tymczasem warto wskazać, że zasada równości szans wyborczych akcentowana jest nie tylko przez doktrynę polskiego prawa wyborczego[28], ale także stanowi ważną zasadę wysłowioną w Kodeksie dobrej praktyki w sprawach wyborczych, przyjętym przez Komisję Wenecką[29]. Na marginesie warto także wskazać, iż kwestia ustawowego umocowania instytucji złożenia zawiadomienia o uczestnictwie komitetu w „nowych" wyborach doprowadziła także do całkowicie niezrozumiałego postrzegania wyborów zarządzonych postanowieniem z 3 czerwca 2020 r. jako *sui generis* „kontynuacji" wyborów zarządzonych postanowieniem z 5 lutego 2020 r.[30], z czym nie sposób się zgodzić. Należy mieć na względzie, że o ile zebranie przez komitet 1 000 podpisów poparcia w krótkim, niespełna trzydniowym okresie w normalnych warunkach można byłoby postrzegać jako możliwe do wykonania, tak w sytuacji zagrożenia epidemicznego i ograniczonych kontaktów międzyludzkich na początku czerwca 2020 r., wymóg ten mógł stać się barierą nie do pokonania. W efekcie przyjęcie przez Marszałka Sejmu, działającego na mocy art. 15 ust. 1 ustawy, tak krótkiego terminu na zawiadomienie PKW o utworzeniu komitetu wyborczego, w praktyce znacząco ograniczało szanse potencjalnych „nowych" komitetów w wyborach z głosowaniem w dniu 28 czerwca 2020 r.

Z problematyką terminu na zawiadomienie przez komitet wyborczy PKW o „uczestnictwie w wyborach", względnie – o utworzeniu komitetu, powiązana jest kwestia terminu zgłaszania kandydatów na Prezydenta RP. W postanowieniu z 3 czerwca 2020 r. Marszałek wskazał, iż czynność tę komitet powinien był wykonać do 10 czerwca 2020 r., co oznacza, że organ – korzystając z przypisanego mu uprawnienia – zdecydował, iż w ciągu maksymalnie niespełna sześciu dni komitety będą musiały dopełnić wymaganych przez przepisy formalności. Również i w tym zakresie podkreślić należy nierówną sytuację wszystkich komitetów, potencjalnie zainteresowanych zgłoszeniem kandydata. Mianowicie okres sześciodniowy zapewne nie stanowił większego problemu dla komitetów korzystających z uprawnienia przewidzianego w art. 14 ust. 5 ustawy z 2 czerwca 2020 r., które – po zawiadomieniu PKW o uczestnictwie w wyborach – mogły ponownie zgłosić swojego kandydata, o ile ten został zarejestrowany w wyborach 10 maja 2020 r., bez zbierania „na nowo" podpisów poparcia. Inaczej kształtowała się natomiast sytuacja tych kandydatów, którzy mogliby zostać zgłoszeni przez komitety zarejestrowane dopiero w związku z wyborami 28 czerwca 2020 r., bądź kandydatów komitetów notyfikowanych, którzy wcześniej jednak nie zostali zarejestrowani. W tym przypadku zebranie ok. 99 000 podpisów poparcia wymagało nadzwyczajnego zaangażowania i wysiłku komitetu. Również i w tym kontekście rodzi się pytanie o celowość przyjęcia tak krótkiego terminu na wykonanie, skądinąd kluczowej z punktu widzenia procesu wyborczego, czynności oraz skutków tak ukształtowanego kalendarza wyborczego w kontekście praktycznej

27 Zob. Informację PKW z dnia 3 czerwca 2020 r. w sprawie składania zawiadomień o uczestnictwie w wyborach Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych na dzień 28 czerwca 2020 r. przez komitety wyborcze, których zawiadomienia o utworzeniu zostały przyjęte przez Państwową Komisję Wyborczą w związku z wyborami zarządzonymi na dzień 10 maja 2020 r., ZPOW-600-16/20.

28 A. Rakowska-Trela, *Kampania wyborcza w regulacji prawnej i w praktyce*, Łódź 2015, s. 80–81, A. Sokala (w:) A. Sokala, B. Michalak, P. Uziębło, *Leksykon…*, Warszawa 2013, s. 209.

29 Zob. pkt 2.3. Wytycznych dla wyborów oraz pkt 2.3. Raportu Wyjaśniającego, *Code of Good Practice in Electoral Matters. Guidelines and Explanatory Report* przyjęty przez Komisję Wenecką na 51 i 52 sesji (Wenecja, 5–6 lipca oraz 18–19 października 2002), https://rm.coe.int/090000168092af01 (dostęp 30.08.2020).

30 Tak Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 12 czerwca 2020 r., I NSW 61/20, LEX nr 3017804 oraz w uchwale z dnia 3 sierpnia 2020 r. w sprawie ważności wyborów Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej przeprowadzonych 28 czerwca 2020 r. i 12 lipca 2020 r., I NSW 5890/20, LEX nr 3039800.

realizacji praw wyborczych. Takie rozwiązanie potęguje wrażenie powstania niepożądanego, podwójnego standardu w traktowaniu komitetów wyborczych, co w praktyce mogło sprzyjać konkretnym kandydatom.

Omawiając kwestię terminów dotyczących zarówno składania zawiadomień o uczestnictwie w wyborach, bądź o utworzeniu komitetów, jak również zgłaszania PKW kandydatów na Prezydenta, określonych w postanowieniu z 3 czerwca 2020 r., warto także przeanalizować tę kwestię z perspektywy organizatorów wyborów. Krótkie terminy zakreślone przez Marszałka oddziałują nie tylko na działalność komitetów i faktyczną możliwość realizacji praw wyborczych kandydatów, ale także nie pozostają bez znaczenia w kontekście efektywności i jakości pracy podmiotów administrujących wyborami. W tym zakresie należy zaakcentować, że podobnie jak komitety, tak również PKW oraz Krajowe Biuro Wyborcze zostali niejako zmuszeni – w granicach czasowych określonych postanowieniem Marszałka Sejmu z 3 czerwca 2020 r. – do wyjątkowo intensywnej pracy, w tym praktycznie niezwłocznego rozpatrywania składanych przez komitety zawiadomień, a następnie zgłoszeń kandydatów. Ma to o tyle istotne znaczenie, że czynności wyborcze w procesie wyborczym stanowią swego rodzaju system naczyń połączonych, co oznacza, że wykonanie jednego z nich warunkuje możliwość podjęcia kolejnych. Dobrym przykładem w tym zakresie jest chociażby fakt, że dopiero wydanie przez PKW postanowienia w sprawie przyjęcia zawiadomienia o utworzeniu komitetu wyborczego umożliwia podjęcie przez komitet działań związanych z rejestracją kandydata, w tym zbieranie podpisów poparcia. Jak wskazano wcześniej na czynność tę komitet – zgodnie z postanowieniem Marszałka – miał niespełna 6 dni, przy założeniu, że PKW wydałaby rozstrzygnięcie jeszcze w dniu wpływu zawiadomienia. Kształt kalendarza wyborczego *volens nolens* wpłynął zatem także na konieczności wyraźnego zintensyfikowania prac PKW, której na wydanie postanowienia w sprawie przyjęcia zawiadomienia o utworzeniu komitetu – zgodnie z wciąż obowiązującym w tej procedurze art. 97 § 1 k.w. – przysługiwały trzy dni. W tym kontekście należy zatem wskazać, iż kształt kalendarza nie uwzględniał rzeczywistych potrzeb i możliwości administracji wyborczej, której zadania zwykle wymagają skupienia i rzetelnego podejścia, gdyż nierzadko to właśnie one decydują o dalszym udziale komitetu w wyborach i możliwości faktycznej realizacji podmiotowych praw wyborczych przez konkretnych kandydatów na dalszych etapach procesu wyborczego.

Krótkie terminy zakreślone przez Marszałka oddziałują nie tylko na działalność komitetów i faktyczną możliwość realizacji praw wyborczych kandydatów, ale także nie pozostają bez znaczenia w kontekście efektywności i jakości pracy podmiotów administrujących wyborami.

Na komentarz zasługuje także układ kalendarza w kontekście procedury powołania obwodowych komisji wyborczych. Zgłaszanie kandydatów na członków tych organów możliwe było do 12 czerwca 2020 r., przy czym faktycznie pełnomocnicy komitetów mogli to czynić dopiero po przyjęciu zawiadomienia o utworzeniu komitetu wyborczego (względnie zawiadomienia o jego uczestnictwie w wyborach). Wyjątkiem określonym ustawowo (art. 20 ust. 2 ustawy) byli kandy-

daci na członków obwodowych komisji wyborczych zgłoszeni przez komitety, które zostały utworzone na potrzeby wyborów 10 maja 2020 r., a następnie złożyły PKW zawiadomienie o uczestnictwie w wyborach 28 czerwca 2020 r. W tym przypadku wcześniej zgłoszone kandydatury nadal traktowane były jako skuteczne. Warto jednak zaakcentować, że czas na powołanie ostatecznych składów komisji okazał się bardzo krótki. Komisarze wyborczy musieli to bowiem uczynić do 15 czerwca 2020 r., co oznacza, że w praktyce zaledwie trzydniowy okres objął także sobotę i niedzielę. Taki układ terminów spowodował, że procedura ta w wielu przypadkach wymagała ponadprzeciętnego zaangażowania, a przede wszystkim pracy w godzinach ponadwymiarowych. Pamiętać przy tym należy, że powołanie obwodowych komisji wyborczych nie jest zadaniem prostym także z tego względu, że angażuje szereg podmiotów, zarówno związanych ze strukturą administracji wyborczej, ale także pracowników samorządowych[31], w stosunku do których administracja wyborcza nie posiada narzędzi władczego oddziaływania. Choć same zgłoszenia kandydatów – za pośrednictwem urzędów gmin – przyjmowane są przez urzędników wyborczych, w praktyce największy ciężar weryfikacji zgłoszeń spoczywa właśnie na pracownikach urzędów gmin. Ci bowiem muszą zweryfikować, w odniesieniu do każdej osoby, takie dane jak chociażby wiek czy fakt wpisu do rejestru wyborców na terenie województwa, w którym powoływana jest komisja[32]. Są to czynności czasochłonne, liczba kandydatów zaś znacząca[33]. Na marginesie warto także wspomnieć, że stosunkowo mało czasu Marszałek przewidział na właściwe przygotowanie obwodowych komisji wyborczych do wykonywania przypisanych im zadań. W większości komisji czas na ich ukonstytuowanie się i – co najważniejsze – przeszkolenie po formalnym powołaniu, był bardzo krótki. Wynikało to z faktu, iż w znaczącej części obwodów wyborcy skorzystali z możliwości głosowania korespondencyjnego, to zaś oznaczało, że komisje te – w pełnym stanie wiedzy – musiały przystąpić do pracy znacznie szybciej niż ma to miejsce w zwyczajnych okolicznościach. Biorąc pod uwagę, że pakiety wyborcze musiały – za pośrednictwem operatora wyznaczonego (Poczty Polskiej) bądź urzędników samorządowych – trafić do wyborców najpóźniej do 23 czerwca 2020 r., większość komisji na ukonstytuowanie się i przeszkolenie w praktyce miała nie więcej niż 3–4 dni[34]. W tym zakresie należy także stanowczo podkreślić, iż jest to czas zbyt krótki, aby osoby, które nie są profesjonalistami, lecz stanowią tzw. czynnik społeczny w strukturze polskiej administracji wyborczej[35], zostały należycie przygotowane do wykonywania swoich zadań. Ma to o tyle istotne znaczenie, że w praktyce to właśnie jakość pracy członków obwodowych komisji wyborczych może w znaczącej mierze oddziaływać na sprawność procesu wyborczego, a także prawidłowość wyborów, gdyż *de facto* już na tym szczeblu administracji wyborczej rozpoczyna się kilkuetapowy proces ustalania wyniku wyborów[36].

31 Szerzej: A. Pyrzyńska, *Obwodowe komisje wyborcze w wyborach samorządowych. Wybrane zagadnienia na tle praktyki wyborów z 2018 r.*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2020, nr 1, s. 203–204.

32 Szczegółowy tryb powołania obwodowych komisji wyborczych w wyborach Prezydenta RP określony został w uchwale PKW z dnia 8 czerwca 2020 r. w sprawie powoływania obwodowych komisji wyborczych w obwodach głosowania utworzonych w kraju, w wyborach Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych na dzień 28 czerwca 2020 r. (M.P. 2020 poz. 520).

33 W wyborach Prezydenta RP z głosowaniem w dniu 28 czerwca 2020 r. powołano ponad 25 000 obwodowych komisji wyborczych, w skład których weszło ponad 200 000 wyborców; zob. *Sprawozdanie PKW z wyborów Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych na dzień 28 czerwca 2020 r.*, s. 25, https://pkw.gov.pl/uploaded_files/1595959102_11-1-20.pdf (dostęp 3.09.2020).

34 Zgodnie z § 2 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 czerwca 2020 r. w sprawie przesyłek w głosowaniu korespondencyjnym (Dz.U. z 2020 r. Poz. 1037; dalej: rozporządzenie w sprawie przesyłek w głosowaniu korespondencyjnym), pakiety wyborcze dostarczane przez operatora wyznaczonego urząd gminy był zobowiązany dostarczyć operatorowi najpóźniej w 8 dniu przed dniem głosowania.

35 A. Sokala, *Administracja wyborcza w obowiązującym prawie polskim. Struktura organizacyjna, charakter prawny, kompetencje*, Toruń 2020, s. 218.

36 K. Skotnicki, *Skład obwodowych komisji wyborczych i obwodowych komisji do spraw referendów* (w:) F. Rymarz (red.), *Iudices electionis custodes (Sędziowie kustoszami wyborów).*

Wreszcie, odnosząc się do układu terminów przyjętych w postanowieniu Marszałka Sejmu z 3 czerwca 2020 r., nie sposób pominąć także kwestii głosowania korespondencyjnego. W tym zakresie należy jednak zauważyć, iż ustawodawca przypisał tej procedurze szczególne znaczenie, regulując większość terminów z nim związanych już na poziomie ustawowym (w ustawie z 2 czerwca 2020 r.). Oznacza to tym samym, że w tym obszarze niejako ograniczona została swoboda decyzyjna Marszałka, który władny był wyłącznie do wskazania dat dziennych, ściśle opartych na regulacji ustawowej. Choć początkowo konstrukcja tej grupy terminów budziła sporo obaw, to zasadniczo w praktyce głosowania w kraju się sprawdziła. Wśród kwestii problematycznych wymienić należy wspomniany wcześniej termin 16 czerwca 2020 r., będący ostatnim możliwym dniem na zgłoszenie chęci głosowania korespondencyjnego w kontekście komplikacji związanych z przygotowaniem obwodowych komisji wyborczych. Dużej mobilizacji, zarówno jeśli chodzi o pracę obwodowych komisji wyborczych, jak i pracowników urzędów gmin, wymagało także umocowanie w ustawie możliwości zgłoszenia chęci głosowania korespondencyjnego przez osoby rozpoczynające podleganie kwarantannie, izolacji czy izolacji w warunkach domowych, po 5 dniu przed dniem głosowania. Wyborcy tej grupy chęć głosowania korespondencyjnego mogli zgłosić najpóźniej do 26 czerwca 2020 r., przy czym tego samego dnia musiały do nich trafić pakiety wyborcze. Takie rozwiązanie było problematyczne, gdyż tuż przed głosowaniem wymagało zaangażowania urzędników wyborczych, członków obwodowych komisji wyborczych często odbierających w tym dniu karty do głosowania oraz pracowników samorządowych. Rozwiązanie to w zasadzie w praktyce wykluczało także możliwość dostarczenia pakietu za pośrednictwem operatora wyznaczonego, obciążając tym zadaniem pracowników urzędu gminy[37]. Należy mieć jednak na uwadze, że choć regulacja zawarta w art. 3 ust. 2 ustawy z 3 czerwca 2020 r. powodowała niemałe trudności organizacyjne, stanowiła rozwiązanie mające na względzie realizację najbardziej doniosłej zasady prawa wyborczego[38], jaką jest zasada powszechności wyborów, której istota polega na zagwarantowaniu możliwości wzięcia udziału w wyborach jak najszerszemu gronu uprawnionych[39].

Przy okazji warto odnotować, że na krytyczny komentarz zasługują także rozwiązania związane z terminami w procedurze głosowania korespondencyjnego, które nie wynikają jednak z postanowienia Marszałka Sejmu, lecz z ustawy z 2 czerwca 2020 r. oraz z rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie przesyłek w głosowaniu korespondencyjnym. Mianowicie chodzi tu o sam tryb dostarczenia i odbioru pakietów wyborczych, w szczególności w odniesieniu do osób, które były uprawnione do ich otrzymania w specjalnej procedurze określonej jako doręczenie przesyłki wyborczej „do drzwi lokalu[40]". W tym zakresie pierwszy krytyczny wniosek dotyczy czasu, jaki ustawodawca przewidział na odbiór pakietu wyborczego z placówki pocztowej operatora wyznaczonego, w sytuacji braku oddawczej skrzynki pocztowej, a także w sytuacji, gdy skrzynka ta „uniemożliwia doręczenie pakietu wyborczego" (np. umożliwia dostęp do jej zawartości osobom postronnym). W takim bowiem przypadku ustawa wskazuje, że pracownicy operatora nie mogli pozostawić przesyłki wyborczej w skrzynce, lecz zobowiązani byli do pozostawienia w drzwiach mieszkania wyborcy stosownego zawiadomienia o możliwości odbioru pakietu wyborczego we właściwej placówce Poczty Polskiej. Co jednak istotne, wyborca mógł odebrać swój pakiet wyborczy w bardzo

Księga pamiątkowa Państwowej Komisji Wyborczej, Warszawa 2007, s. 156.

37 Należy wskazać, iż w takiej sytuacji § 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie przesyłek w głosowaniu korespondencyjnym wskazywał, co prawda, na możliwość doręczenia pakietu przez upoważnionego pracownika urzędu gminy lub za pośrednictwem operatora wyznaczonego, w praktyce z uwagi na ograniczenia organizacyjne, drugie z rozwiązań było trudne do wykonania.

38 J. Buczkowski, *Podstawowe zasady prawa wyborczego III Rzeczypospolitej*, Lublin 1998, s. 45.

39 A. Sokala (w:) A. Sokala, B. Michalak, P. Uziębło, *Leksykon…*, s. 170.

40 Chodzi tu o wyborców niepełnosprawnych oraz wyborców podlegających w dniu głosowania obowiązkowej kwarantannie, izolacji lub izolacji w warunkach domowych, zob. § 2 ust. 4 rozporządzenia w sprawie przesyłek w głosowaniu korespondencyjnym.

ograniczonym terminie „nie dłuższym niż 1 dzień od dnia pozostawienia zawiadomienia[41]". Tak krótki czas na odebranie pakietu wyborczego w wielu przypadkach uniemożliwiał skorzystanie przez wyborcę z korespondencyjnej formy głosowania, zmuszając go do osobistego stawiennictwa w lokalu wyborczym w celu oddania głosu. Warto zauważyć, że w tym przypadku ograniczeniem był nie tylko ściśle zakreślony czas na odbiór pakietu wyłącznie do jednego dnia, ale także ograniczone godziny pracy placówek pocztowych, co wynikało z wciąż panującej epidemii wirusa SARS-CoV-2. Takie rozwiązanie mogło zatem niweczyć sens zgłoszenia chęci głosowania korespondencyjnego przez wyborcę, do czego uprawniały go przecież przepisy ustawowe. Szerzej warto także przyjrzeć się zasygnalizowanej wcześniej procedurze postępowania z pakietem wyborczym w przypadku jego dostarczenia – w szczególnych przypadkach – „do drzwi lokalu". W tym zakresie przepisy zawarte w rozporządzeniu w sprawie przesyłek w głosowaniu korespondencyjnym wskazywały, iż pracownik operatora powinien był zawiadomić wyborcę o przybyciu oraz umieścić pakiet wyborczy przy drzwiach, oczekując przez zaledwie 3 minuty na jego odebranie[42]. W przypadku, gdyby w tym czasie odbiór pakietu nie nastąpił, przepisy nakazywały traktować taką przesyłkę jako niedoręczoną. Takie rozwiązanie z kolei wydaje się całkowicie nieadekwatne do grupy wyborców, dla której było ono dedykowane. Nie może bowiem umknąć uwadze, że poza osobami przebywającymi na kwarantannie czy w izolacji doręczenie przesyłki „do drzwi lokalu" mogło być stosowane także wobec osób niepełnosprawnych. W praktyce natomiast często niepełnosprawność wiąże się z ograniczoną sprawnością fizyczną[43], a co za tym idzie – obowiązek oczekiwania przez podmioty doręczające pakiet przez zaledwie trzy minuty na jego odbiór, był zdecydowanie za krótki. Innymi słowy można stwierdzić, że przy opracowaniu tej procedury, pierwszoplanową rolę odegrały względy organizacyjne, nie zaś przekonanie o konieczności zapewnienia niezbędnych udogodnień ułatwiających realizację podmiotowych praw wyborczych przez obywateli. Podobne wnioski można wysnuć w odniesieniu do regulacji, zgodnie z którą pracownicy operatora zobowiązani zostali do oczekiwania na zwrot pakietu wyborczego przez zaledwie 10-minut[44]. Takie działanie wyborcy – w istocie pod presją czasu – w sytuacji, gdy powinien był się on szczegółowo zapoznać się z instrukcją głosowania korespondencyjnego oraz brzmieniem oświadczenia o osobistym i tajnym oddaniu głosu, nie sprzyjało swobodnemu namysłowi w warunkach tajnego głosowania. Jak zatem widać na podstawie powyższych przykładów, ustawodawca przy kształtowaniu regulacji z zakresu prawa wyborczego w związku z wyborami Prezydenta RP w 2020 r. nie zawsze w pierwszej kolejności miał na względzie konieczność zapewnienia niezbędnych gwarancji konstytucyjnej zasady powszechności wyborów. Nierzadko o kształcie tych regulacji decydowały natomiast względy logistyczno-organizacyjne.

> **Na krytyczny komentarz zasługują także rozwiązania związane z terminami w procedurze głosowania korespondencyjnego.**

41 Art. 5 ust. 6 *in fine* ustawy z 2 czerwca 2020 r.

42 Zob. § 3 ust. 2 rozporządzenia w sprawie przesyłek w głosowaniu korespondencyjnym.

43 Wskazuje na to także rozumienie pojęcia „wyborcy niepełnosprawnego" na gruncie art. 5 pkt 11 k.w., zgodnie z którym pod pojęciem wyborcy niepełnosprawnego „należy rozumieć wyborcę o ograniczonej sprawności fizycznej, psychicznej lub umysłowej lub w zakresie zmysłów, która utrudnia mu wzięcie udziału w wyborach".

44 Zob. § 3 ust. 6 rozporządzenia w sprawie przesyłek w głosowaniu korespondencyjnym.

4. Podsumowanie

Problematyka terminów w wyborach Prezydenta RP zarządzonych postanowieniem Marszałka Sejmu z 3 czerwca 2020 r., jest zagadnieniem skomplikowanym, co wynika z wielu okoliczności, jakie im towarzyszyły. Po pierwsze, wpływają na to uwarunkowania, w których wydany został przedmiotowy akt, po wtóre zaś wiele wątpliwości wzbudza kształt kalendarza wyborczego stanowiącego integralną część postanowienia.

Ustawodawca nie zawsze miał na względzie konieczność zapewnienia niezbędnych gwarancji konstytucyjnej zasady powszechności wyborów. Nierzadko o kształcie tych regulacji decydowały względy logistyczno-organizacyjne.

Jeśli chodzi o pierwszą ze wskazanych kwestii, to dyskusyjny wydaje się zarówno tryb wydania postanowienia z 3 czerwca 2020 r., określenia zawartych w nim terminów, jak również szczególna kompetencja Marszałka Sejmu umocowana w ustawie z 2 czerwca 2020 r., przewidująca możliwość uznaniowej zmiany pierwotnie określonych przez Marszałka terminów, jeżeli będzie za tym przemawiała „sytuacja epidemiczna". Akt, w drodze którego następuje zarządzenie wyborów Prezydenta RP, musi zostać wydany w trybie określonym na poziomie ustawy zasadniczej, zarówno jeśli chodzi o właściwy organ, ale przede wszystkim ściśle określone terminy. Odnosząc się do kształtu postanowienia Marszałka Sejmu z 3 czerwca 2020 r., za kwestię dyskusyjną należy uznać umocowaną w ustawie epizodycznej z 2 czerwca 2020 r. kompetencję Marszałka umożliwiającą mu niemal całkowicie swobodne określenie terminów kalendarza wyborczego, w związku z uchyleniem w wyborach Prezydenta RP w 2020 r. regulacji dotyczących terminów zawartych w Kodeksie wyborczym. Powierzenie tej kompetencji Marszałkowi, wydaje się pozostawać w sprzeczności z brzmieniem art. 127 ust. 7 Konstytucji RP, który kwalifikuje tę materię jako materię ustawową. Wreszcie na negatywną ocenę zasługuje upoważnienie Marszałka do zmiany kształtu kalendarza wyborczego już po jego ogłoszeniu. Takie rozwiązanie określić należy jako bezprecedensowe, a przede wszystkim podważające gwarancyjny charakter tego rodzaju aktu i naruszające zasady prawidłowej legislacji.

Jeśli natomiast chodzi o konkretne rozwiązania zawarte w kalendarzu wyborczym, to na plan pierwszy wysuwa się zjawisko skumulowania czynności wyborczych w okresie zaledwie 3 tygodni. Takie rozwiązanie ocenić należy jako wysoce problematyczne, zarówno z punktu widzenia uczestników rywalizacji wyborczej, jak i służb wyborczych odpowiadających za organizacyjną sferę procesu wyborczego. W pierwszym przypadku komitety oraz kandydaci zmuszeni zostali do podejmowania czynności w znaczącym pośpiechu, a często także mając świadomość nierównego traktowania przez ustawodawcę, co z pewnością nie wpływało gwarancyjnie na realizację ich praw wyborczych. Analizując tę problematykę z punktu widzenia administracji wyborczej oraz zaangażowanej w proces wyborczy administracji samorządowej, podkreślić należy niebywały wysiłek organizacyjny, determinowany nie tylko przewidzianymi terminami, ale także poczuciem odpowiedzialności za wykonywane zadania i świadomością, że w zaistniałej – szczególnej – sytuacji nierzadko to od niezwłocznego podjęcia rozstrzygnięcia zależała możliwość skorzystania przez uprawnionych z podstawowych, umocowanych konstytucyjnie, praw obywatelskich.

Bibliografia:

Banaszak B., *Kodeks wyborczy. Komentarz*, Warszawa 2015.

Buczkowski J., *Podstawowe zasady prawa wyborczego III Rzeczypospolitej*, Lublin 1998.

Chmaj M., *Opinia prawna w przedmiocie: odpowiedzi na pytania Komisji Ustawodawczej Senatu RP, powstałe w związku z pracami komisji nad uchwaloną przez Sejm RP dnia 12 maja 2020 r. ustawą o szczególnych zasadach organizacji wyborów powszechnych na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych w 2020 r. z możliwością głosowania korespondencyjnego*, https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatekspertyzy/5527/plik/oe-300.pdf (dostęp 28.08.2020).

Czaplicki K.W. i in., *Kodeks wyborczy. Komentarz*, Warszawa 2018.

Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2019.

Matczak M., *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją RP rozwiązań zawartych w ustawie z dnia 12 maja 2020 r. w szczególnych zasadach organizacji wyborów powszechnych na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych w 2020 r. z możliwością głosowania korespondencyjnego (druk senacki nr 118)*, https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatekspertyzy/5510/plik/oe-295.pdf (dostęp 24.08.2020).

Misja specjalna oceny wyborów ODIHR. Rzeczpospolita Polska – Wybory Prezydenckie, 28 czerwca 2020 r., https://www.osce.org/files/f/documents/a/9/455773_0.pdf (dostęp 28.08.2020).

Opinia Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 maja 2020 r. dotyczącej ustawy o szczególnych zasadach organizacji wyborów powszechnych na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych w 2020 r. z możliwością głosowania korespondencyjnego, https://www.senat.gov.pl/prace/proces-legislacyjny-w-senacie/ustawy-uchwalone-przez-sejm/ustawy-uchwalone-przez-sejm/ustawa,989.html (dostęp 28.08.2020).

Piotrowski R., *Opinia o ustawie z dnia 6 kwietnia 2020 r. o szczególnych zasadach przeprowadzania wyborów powszechnych na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych w 2020 r. (druk senacki nr 99)*, https://www.senat.gov.pl/prace/proces-legislacyjny-w-senacie/ustawy-uchwalone-przez-sejm/ustawy-uchwalone-przez-sejm/ustawa,964.html (dostęp 28.08.2020).

Piotrowski R., *Opinia o konstytucyjnych podstawach zarządzenia wyborów Prezydenta RP po 23 maja 2020 r.*, https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatekspertyzy/5526/plik/oe-299.pdf (dostęp 28.08.2020).

Pyrzyńska A., *Obwodowe komisje wyborcze w wyborach samorządowych. Wybrane zagadnienia na tle praktyki wyborów z 2018 r.*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2020, nr 1, s. 193–213.

Rakowska-Trela A., *Kampania wyborcza w regulacji prawnej i w praktyce*, Łódź 2015.

Rulka M., *Termin wyborów na urząd Prezydenta RP*, „Państwo i Prawo" 2016, nr 8, s. 35–48.

Skotnicki K., *Skład obwodowych komisji wyborczych i obwodowych komisji do spraw referendów* (w:) F. Rymarz (red.), *Iudices electionis custodes (Sędziowie kustoszami wyborów). Księga pamiątkowa Państwowej Komisji Wyborczej*, Warszawa, s. 155–165.

Sokala A., *Administracja wyborcza w obowiązującym prawie polskim. Struktura organizacyjna, charakter prawny, kompetencje*, Toruń 2020.

Sokala A., Michalak B., Uziębło P., *Leksykon prawa wyborczego i referendalnego oraz systemów wyborczych*, Warszawa 2013.

Wierczyński G., *Komentarz do § 74 Załącznika do rozporządzenia w sprawie „Zasad techniki prawodawczej"* (w:) G. Wierczyński, *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz*, Warszawa 2016.

Zaleśny J., *Zasady prawidłowej legislacji*, „Studia Politologiczne" 2009, v. 13, s. 11–47.

Łukasz Drożdżowski

Zakres ochrony danych genetycznych na gruncie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679

Łukasz Drożdżowski

Radca prawny. Absolwent prawa na Uniwersytecie Łódzkim, programów LL.M. na Westfälische Wilhelms-Universität Münster oraz Chicago-Kent College of Law.

✉ ldrozdzo@kentlaw.iit.edu

https://orcid.org/0000-0001-6462-630X

The Scope of Genetic Data Protection under the Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council

In result of adopting the Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council, the catalog of sensitive data has been broadened by genetic data. In such a way is has been demonstrated that genetic data are one of autonomous subcategory of sensitive data. Although the Regulation contains a legal definition of genetic data, it does not provide special rules related to protection of genetic data. Member states are however allowed to maintain or introduce further conditions, including limitations, with regard to the processing of genetic data, biometric data or data concerning. Adoption these conditions in turn implies a necessity to determine a scope of protection of genetic data in order to comply with the principles relating to processing of personal data.

Słowa kluczowe: dane genetyczne, prywatność genetyczna, RODO
Key words: genetic data, genetic privacy, GDPR
https://doi.org/10.32082/fp.4(72).2022.729

1. Wprowadzenie

Wraz z dynamicznym rozwojem technik sekwencjonowania nowej generacji (ang. *Next Generation Sequencing*) pozyskiwanie informacji genetycznych staje się coraz mniej kosztowe. Jak podaje National Human Genome Reasearch Institute, podczas gdy w 2001 r. pełne zsekwencjonowanie pojedynczego ludzkiego genomu wiązało się z nakładami finansowymi na poziomie 95.263.072 $, to już w drugiej połowie 2020 r. koszt ten wynosił 689 dol.[1] Przekłada się to na stały rozwój infrastruktury

1 „Sequencing Costs 2020", https://www.genome.gov/sites/default/files/media/files/2020-12/Sequencing_Cost_Data_Table_Aug2020.xls (dostęp 07.01.2021).

badawczej biobanków[2] – będących na usługach medycyny spersonalizowanej oraz farmakogeniki[3] – które w dobie COVID-19 stanowią jedno z bardziej skutecznych narzędzi walki z pandemią[4]. *Next Generation Sequencing* otwiera również szerokie pole dla podmiotów oferujących testy genetyczne poza systemem opieki zdrowotnej (ang. *direct-to-consumer genetic testing*). Występująca zaś pomiędzy poszczególnymi państwami członkowskimi deregulacja rozwiązań prawnych w obszarze testów genetycznych[5] sprawia, że główny punkt ciężkości w dziedzinie ochrony prywatności genetycznej – na poziomie prawa Unii Europejskiej – spoczywa na Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 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)[6] a centralnym punktem odniesienia staje się wówczas definicja danych genetycznych (art. 4 pkt 13 RODO)[7].

Na gruncie RODO dane genetyczne to „dane osobowe dotyczące odziedziczonych lub nabytych cech genetycznych osoby fizycznej, które ujawniają niepowtarzalne informacje o fizjologii lub zdrowiu tej osoby i które wynikają w szczególności z analizy próbki biologicznej pochodzącej od tej osoby fizycznej"[8]. Podobnie jak dane dotyczące zdrowia[9] oraz dane biometryczne[10] należą one do szczególnych kategorii danych osobowych[11]. Wspólnym zaś mianownikiem tych trzech postaci danych wrażliwych[12] jest to, że w zakresie ich przetwarzania państwa członkowskie uprawnione są do zachowania lub wprowadzenia dalszych warunków, w tym ograniczeń (art. 9 ust. 4 RODO), zwłaszcza w obszarze zatrudnienia oraz ubezpieczeń prywatnych[13].

Rozgraniczenie danych genetycznych od danych dotyczących zdrowia lub danych biometrycznych w praktyce może nastręczać trudności[14]. Potrzeba takiego rozgraniczenia nie ujawni się jednak na grun-

2 Por. definicję pojęcia „biobanku" w art. 1 pkt 1 Decyzji Wykonawczej Komisji z dnia 22 listopada 2013 r. w sprawie ustanowienia Konsorcjum na rzecz Infrastruktury Badawczej Biobanków i Zasobów Biomolekularnych (BBMRI-ERIC) jako konsorcjum na rzecz europejskiej infrastruktury badawczej (2013/701/UE), Dz.Urz. UE L 320, s. 63.

3 Zob. J. Kinkorová, *Biobanks in the era of personalized medicine: objectives, challenges, and innovation*, „The EPMA Journal" 2016, 7:4, https://doi.org/10.1186/s13167-016-0053-7 (dostęp 15.01.2021).

4 Zob. A. Stergachis, S. Weiss, R. Green, *Biobanks could identify medically actionable findings relevant for COVID-19 clinical care*, „Nature Medicine" 2020, vol. 26, issue 7, s. 991.

5 Szerzej L. Kalokairinou i in., *Legislation of Direct-to-consumer Genetic testing in Europe: A Fragmented Regulatory Landscape*, „Journal of Community Genetics" 2018, vol. 9, issue 2, s. 117–132.

6 Dz.Urz. UE L 119, s. 1 – dalej RODO.

7 Równobrzmiącą definicję zawiera również art. 4 pkt 4 Ustawy z dnia 14 grudnia 2018 r. o ochronie danych osobowych przetwarzanych w związku z zapobieganiem i zwalczaniem przestępczości – Dz.U. z 2019 r., poz. 125, odpowiadający art. 3 pkt 12 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/680 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylająca decyzję ramową Rady 2008/977/WSiSW – Dz.Urz. UE.L Nr 119, str. 89 – dalej Dyrektywa 2016/680.

8 Art. 4 pkt 13 RODO.

9 Por. art. 4 pkt 15 RODO.

10 Por. art. 4 pkt 14 RODO.

11 Zob. art. 9 ust. 1 RODO.

12 Zgodnie z motywem 10 preambuły RODO pojęcia „szczególnych kategorii danych" oraz „danych wrażliwych" są synonimiczne.

13 Zob. art. 66 Ustawy z dnia 1 sierpnia 2018 r. obowiązującej w Księstwie Luksemburg wykluczający przetwarzanie danych genetycznych w sprawach pracowniczych oraz ubezpieczeniowych. https://cnpd.public.lu/dam-assets/fr/legislation/droit-lux/Gesetz-vom-1-August-2018-betreffend-die-Organisation-der-nationalen-Datenschutzkommission-und-die-allgemeine-Regelung-zum-Datenschutz.pdf (dostęp 15.01.2021).

14 O bliskim związku danych biometrycznych oraz danych genetycznych niech świadczy coraz większa precyzja w ustalaniu cech fenotypowych w drodze analizy genetycznej. Zob. C. Lippert i in.,*Identification of Individuals by Trait Prediction Using Whole-genome Sequencing Data*, „PNAS" 2017, vol. 114, issue 38, s. 10166–10171.

cie samego RODO – nie przewidującego szczególnych regulacji dla danych genetycznych – lecz dopiero na poziomie przepisów prawa krajowego. Za przykład niech posłuży rozwiązanie przyjęte na gruncie art. 41 Ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej[15]. Przepis ten stanowi dla zakładu ubezpieczeń podstawę dla przetwarzania danych dotyczących zdrowia ubezpieczonych lub uprawnionych z umowy ubezpieczenia, zawartych w umowach ubezpieczenia lub oświadczeniach składanych przed zawarciem umowy ubezpieczenia, odpowiednio w celu oceny ryzyka ubezpieczeniowego lub wykonania umowy ubezpieczenia. Ponieważ jego hipoteza nie odnosi się do danych genetycznych, ocenie ryzyka ubezpieczeniowego nie może towarzyszyć ich przetwarzanie. Błędna ocena, że określony zestaw informacji ma charakter tylko danych dotyczących zdrowia, podczas gdy *de iure* stanowi on również dane genetyczne, skutkować będzie przetwarzaniem tych ostatnich wbrew zasadzie zgodności (art. 5 ust. 1 lit. a RODO). To zaś pociągać będzie za sobą nie tylko ryzyko nałożenia administracyjnej kary pieniężnej w podwyższonej wysokości[16], ale także poniesienia odpowiedzialności cywilnoprawnej[17] oraz karnej[18].Ustaleniu granic ochrony danych genetycznych powinno towarzyszyć omówienie poszczególnych elementów definicji danych genetycznych. Wcześniej należy jednak poczynić następujące zastrzeżenia natury porządkowej. Po pierwsze, niniejsza analiza odnosić się będzie wyłącznie do danych osobowych przetwarzanych na gruncie RODO. Tym samym nie uwzględniony zostanie obszar regulacyjny stanowiący implementację przepisów Dyrektywy 2016/680. Po drugie, rozważania zostaną zawężone do danych genetycznych żyjących osób fizycznych. Ograniczone ramy tego opracowania nie pozwalają bowiem na podjęcie rozważań w przedmiocie wyjątkowo spornego problemu statusu danych prenatalnych jako danych genetycznych na gruncie RODO[19]. Po trzecie wreszcie, przeprowadzenie omówienia poprzedzone zostanie krótkim wprowadzeniem natury historycznej przez odwołanie się do statusu danych genetycznych sprzed rozpoczęcia stosowania RODO[20], tj. w okresie obowiązywania Dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych[21].

2. Ochrona danych genetycznych na gruncie Dyrektywy 95/46/WE

Dyrektywa 95/46/WE nie dostarczała szczegółowych rozwiązań prawnych w dziedzinie ochrony danych genetycznych. W okresie jej obowiązywania tylko niektóre państwa członkowskie zdecydowały się zaś stworzyć szczegółową regulację krajową pomimo tego, że nie były one do tego zobowiązane[22] (np. Bułgaria, Czechy, Estonia, Księstwo Luksemburg oraz Portugalia[23]).

Polskie ustawodawstwo zaliczało informacje o kodzie genetycznym do zamkniętego katalogu danych wrażliwych[24]. Nieobowiązujący już art. 27 ust. 1 Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie

15 Tj. z dnia 6 kwietnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 895) – dalej d.u.i.r.

16 Por. przykładowo art. 83 ust. 5 lit. a RODO.

17 Por. art. 82 RODO.

18 Por. art. 107 ust. 2 ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych – tj. z dnia 30 sierpnia 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 1781).

19 Szerzej K. Pormeister, Ł. Drożdżowski, *Protecting the Genetic Data of Unborn Children: A Critical Analysis*, „European Data Protection Law Review" 2018, vol. 4, issue 1, s. 53–64; Ł. Drożdżowski, *Datenschutzrechtliche Pflichten von Unternehmen bei der Verarbeitung genetischer Daten*, Hamburg 2019, s. 20–24. Por. również Ł. Drożdżowski, *Nieinwazyjne testy prenatalne – wybrane problemy*, „ABI Expert" 2020, nr 4(17), s. 62–64.

20 RODO ma zastosowanie od dnia 25 maja 2018 r. (art. 99 ust. 1 RODO).

21 Dz.Urz. UE L 281, s. 31 – dalej Dyrektywa 95/46/WE. Por. również art. 94 ust. 1 RODO.

22 Zob. E. Kulesza, *Ochrona danych o stanie zdrowia w świetle ustawodawstwa europejskiego i polskiej ustawy o ochronie danych osobowych*, „Prawo i Medycyna" 2000, vol. 2, nr 5, s. 101–113.

23 European Commission, *Commission Staff Working Paper*, 25.1.2012, SEC(2012) 72 final, s. 13, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012SC0072&from=EN (dostęp 15.01.2021).

24 P. Barta, P. Litwiński, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2016, art. 27 nb. 2s.

danych osobowych[25] niefortunnie utożsamiał zatem dane o kodzie genetycznym[26] – co do zasady będącym uniwersalnym kodem dla całego gatunku ludzkiego[27] – z danymi osobowymi[28]. Podnoszone w tym zakresie doktrynalne wątpliwości nie miały jednak większego przełożenia na kierunek orzecznictwa. Pomimo odwoływania się polskich przepisów do danych o kodzie genetycznym, sądy administracyjne przyjmowały

Dyrektywa 95/46/WE nie przewidziała szczegółowych rozwiązań prawnych w dziedzinie ochrony danych genetycznych.

bowiem, że przedmiotem ochrony przewidzianej dla danych o kodzie genetycznym – na etapie przed rozpoczęciem stosowania RODO – były informacje genetyczne wyizolowane z próbki DNA[29].

Notabene pojęcie „kodu genetycznego" w dalszym ciągu przywoływane jest przez art. 20 ust. 1c Ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji[30] oraz art. 10a ust. 4 Ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej[31]. Ową niefortunność dodatkowo komplikuje fakt, że art. 20 ust. 2b pkt 1 ustawy o Policji oraz art. 10a ust. 4 ustawy o Straży Granicznej wiążą pojęcie kodu genetycznego z informacjami o niekodującej części DNA[32]. Tymczasem niekodujące sekwencje genów (introny) są wycinane w trakcie składania RNA (ang. *splicing*). Efektem tego jest powstanie informacyjnego RNA (ang. *messenger mRNA* lub mRNA), obejmującego jedynie kodujące sekwencje (eksony). Proces ten określany jest mianem transkrypcji. Następnie – przy pomocy kodu genetycznego – sekwencja mRNA tłumaczona jest na sekwencję aminokwasów (translacja), co stanowi końcowy etap ekspresji genomu[33]. Wiązanie zatem kodu genetycznego z informacjami o niekodującej części DNA nie wydaje się precyzyjne. W obliczu deficytu regulacyjnego w dziedzinie ochrony danych genetycznych – na poziomie wtórnego prawa Unii Europejskiej – Grupa robocza ds. ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych[34] zalecała traktować dane genetyczne jako podkategorię danych ujawniających pochodzenie etniczne lub danych dotyczących zdrowia[35]. Jej zdaniem, ochrona danych genetycznych w istocie zależała od tego, czy możliwe było ich przyporządkowanie do jednej z ist-

25 Tj. z dnia 13 czerwca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r., poz. 922).

26 Kod genetyczny to „zestaw reguł określających, jaka trójka nukleotydów koduje który aminokwas w procesie syntezy białka". T. Brown, *Genomy*, Warszawa 2019, s. 456.

27 Wyjątkiem mogą być genomy mitochondrialne, które często wykorzystują kodony niestandardowe. T. Brown, *Genomy…*, s. 20.

28 Por. D. Krekora-Zając, *Bezpieczeństwo danych genetycznych*, „Problemy Kryminalistyki" 2012, nr 278(4), s. 12.

29 Por. przykładowo wyrok WSA w Warszawie z dnia 07 czerwca 2013 r., II SA/Wa 666/13, Legalis nr 1413203.

30 Tj. z dnia 28 stycznia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 360) – dalej ustawa o Policji.

31 Tj. z dnia 28 stycznia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 305) – dalej ustawa o Straży Granicznej.

32 Zgodnie z art. 2 lit. d) Decyzji Rady 2008/616/WSiSW z dnia 23 czerwca 2008 r. w sprawie wdrożenia decyzji 2008/615/WSiSW w sprawie intensyfikacji współpracy transgranicznej, szczególnie w zwalczaniu terroryzmu i przestępczości transgranicznej (Dz.Urz.UE.L Nr 210, str. 12) niekodująca część DNA to „części chromosomów niemające wartości genetycznej, tj. takie, o których nie wiadomo, by odpowiadały jakimkolwiek funkcjonalnym właściwościom organizmu".

33 T. Brown, *Genomy…*, s. 12–21.

34 Por. art. 29 Dyrektywy 95/46/WE.

35 Article 29 Data Protection Working Party, *Working Document on Genetic Data Adopted on 17 March 2004*, 12178/03/EN WP 91, s. 5, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2004/wp91_en.pdf (dostęp 15.01.2021).

niejących kategorii danych wrażliwych wymienionych w art. 8 ust. 1 Dyrektywy 95/46/WE. Również Komisja Europejska – głównie pod wpływem orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka[36] – postulowała rozwinięcie katalogu danych wrażliwych o dane genetyczne[37].

3. Cechy genetyczne osoby fizycznej

Centralnym elementem definicji danych genetycznych jest pojęcie „cechy genetycznej" (ang. *genetic characteristics*). Chodzi tutaj o właściwości każdego naukowo lub medycznie możliwego do zidentyfikowania genu lub chromosomu oraz ich kombinacji lub zmiany[38]. Ponieważ informacje te zwykle cechuje relatywna stabilność przez cały okres ludzkiego życia[39], nieuprawnione wejście w posiadanie wiedzy na temat określonych cech genetycznych może mieć katastrofalne skutki dla prywatności genetycznej danej osoby fizycznej[40] – wiązanej z zachowaniem tajemnicy oraz autonomią jednostki[41] – jak również pociągać za sobą ryzyko dyskryminacji[42] oraz kradzieży tożsamości[43].

W praktyce spornym może się okazać, czy na gruncie RODO pojęcie „cechy genetycznej" należy utożsamiać także z informacjami na temat właściwości białek. Z jednej strony, na poziomie międzynarodowego *soft law* są one przedmiotem odrębnej od definicji „ludzkich danych genetycznych"[44]. „Dane proteomiczne" są bowiem informacjami odnoszącymi się do białek jednostki, w tym ich ekspresji, modyfikacji i interakcji[45]. Z drugiej strony, związek komponentu białkowego z cechami genetycznymi wyraża się w tym, że synteza białek stanowi końcowy etap wewnątrzkomórkowego procesu ekspresji genowej (translacja)[46].

36 Por. wyrok ETPC z dnia 04 grudnia 2008 r., skargi nr 30562/04 oraz 30566/04, S. and Marper v. the United Kingdom, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90051 (dostęp 15.01.2021).

37 European Commission, *Commission Staff Working Paper…*, s. 55.

38 Ł. Drożdżowski, *Datenschutzrechtliche Pflichten…*, s. 16.

39 K. Boonen, K. Hens, G. Menschaert, G. Baggerman, D. Valkenborg, G. Ertaylan, *Beyond Genes: Re-Identifiability of Proteomic Data and Its Implications for Personalized Medicine*, „Genes" 2019, vol. 10, issue 9, s. 683.

40 Zdaniem Grupy Roboczej Art. 29 przetwarzanie danych genetycznych w związku z usługami *direct-to-consumer genetic testing* implikuje wysokie ryzyko naruszenia praw i wolności osób, której dane dotyczą (art. 35 ust. 1 RODO). Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and Determining Whether Processing Is „Likely to Result in a High Risk" for the Purposes of Regulation 2016/679 Adopted on 4 April 2017 As last Revised and Adopted on 4 October 2017*, 17/EN WP 248 rev.01, s. 9 http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=47711 (dostęp 15.01.2021).

41 D. Krekora-Zając, *Rozdział VI Prawo do prywatności. 1. Wprowadzenie* (w:) *Prawo do materiału genetycznego człowieka*, Warszawa 2014.

42 Zob. motyw 71 preambuły RODO oraz art. 21 ust. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej z dnia 30 marca 2010 r. (Dz.Urz.UE.C Nr 83, str. 389). Na temat dyskryminacji genetycznej w zatrudnieniu A. Krajewska, *Wearing Genes at Work: Do We Care about Genetic Discrimination in Employment?*, „Anti-Discrimination Law Review" 2017/2, s. 44–71.

43 Article 29 Data Protection Working Party, *Working Document on Genetic Data*, …, s. 38. Por. motyw 75 preambuły RODO. Ponadto, sygnatariusze Międzynarodowej Deklaracji UNESCO w sprawie danych genetycznych z dnia 16 października 2003 r. – dalej Deklaracja UNESCO w sprawie danych genetycznych – w jej preambule dodatkowo stwierdzają, że „dane genetyczne mają szczególny status ze względu na swój delikatny charakter, mogą bowiem określać genetyczne predyspozycje dotyczące jednostek, a możliwości te mogą być większe, niż zakłada się w momencie pobierania danych; mogą wywierać poważny wpływ na rodzinę, w tym na potomstwo, w skali całych pokoleń, a w niektórych przypadkach – na całą grupę, mogą być również nośnikiem informacji, których znaczenie niekoniecznie musi być znane w momencie pobierania próbek biologicznych; a także mogą mieć znaczenie kulturowe dla osób lub grup" https://www.unesco.pl/fileadmin/user_upload/pdf/Deklaracja_o_danych_genetycznych_PL.pdf (dostęp 15.01.2021).

44 Zgodnie z art. 2 pkt i) Deklaracji UNESCO w sprawie danych genetycznych, ludzkie dane genetyczne to informacje na temat dziedzicznych cech jednostek otrzymywane „w wyniku analizy kwasów nukleinowych lub innej analizy naukowej".

45 Art. 2 pkt ii) Deklaracji UNESCO w sprawie danych genetycznych.

46 T. Brown, *Genomy…*, s. 2.

Wszakże na przeszkodzie ustalenia cechy genetycznej stoi złożoność oraz dynamika procesów biochemicznych zachodzących w ramach samego proteomu[47], nie tylko o informacjach pochodzących z analizy ludzkiego genomu (DNA) oraz transkryptonu (RNA), ale również informacjach stanowiących efekt analizy innych

W określonych sytuacjach możliwe będzie postawienie znaku równości pomiędzy danymi proteomicznymi oraz danymi genetycznymi.

zmienia to jednak faktu, że dzięki rozwojowi narzędzi bioinformatycznych – w wyniku analizy proteomicznej – coraz częściej dochodzić będzie do pośredniego pozyskiwania informacji na temat określonych cech genetycznych. Już obecnie, przy zastosowaniu techniki spektometrii mas (ang. *mass spectrometry*) w dziedzinie proteomiki możliwe jest ustalenie ułożenia aminokwasów w łańcuchu peptydowym białka[48]. To zaś z kolei daje sposobność dla stwierdzenia występowania polimorfizmu pojedynczego nukleotydu (ang. *single nucleotide polymorphisms* lub SNPs)[49], stanowiącego formę molekularnego identyfikatora osoby fizycznej. W określonych sytuacjach możliwe więc będzie postawienie znaku równości pomiędzy danymi proteomicznymi oraz danymi genetycznymi[50]. Przyjęcie takiej hipotezy nie będzie z kolei stać w sprzeczności z brzmieniem motywu 34 preambuły RODO w zakresie, w jakim odwołuje się ono do sposobów pozyskiwania danych genetycznych. Mowa jest w nim bowiem nie elementów umożliwiających pozyskanie równoważnych informacji. Do tych ostatnich zaliczyć zaś będzie można informacje odnoszące się do białek jednostki.

4. Rodzaje cech genetycznych

Na gruncie RODO cechy genetyczne mogą przybrać formę zarówno cech odziedziczonych, jak i nabytych. Te pierwsze to cechy, które są przekazywane od biologicznych rodziców w momencie procesu reprodukcyjnego[51]. Te drugie należy wiązać ze wszelkimi formami ich nabycia, co może nastąpić od momentu poczęcia, tj. zarówno w okresie prenatalnym, jak i postnatalnym[52]. Potwierdza to przebieg prac legislacyjnych nad brzmieniem definicji danych genetycznych[53]. Jednocześnie warto odnotować, że wyznaczony przez RODO poziom

47 A. Płodzich, *Proteomika i jej zastosowanie w wybranych jednostkach chorobowych*, „Journal of Transfusion Medicine" 2013, t. 6, nr 2, s. 51.

48 A. Płodzich, *Proteomika i jej zastosowanie…*, s. 53.

49 Stwierdzenie występowania w łańcuchu peptydowym białka zjawiska polimorfizmu pojedynczych aminokwasów (ang. *single amino acid polymorphisms* lub SAPs) umożliwia ustalenie różnic wynikających ze zmienności sekwencji DNA, a tym samym zdiagnozowanie zjawiska niesynonimicznego polimorfizmu pojedynczego nukleotydu. Por. J. Wu, R. Zeng, *Molecular basis for population variation: From SNPs to SAPs*, „FEBS Letters" 2012, vol. 586, issue 18, s. 2841–2845.

50 K. Boonen, K. Hens, G. Menschaert, G. Baggerman, D. Valkenborg, G. Ertaylan, *Beyond Genes…*, s. 686.

51 D. Hartl, E. Jones, *Genetics: Principles and Analysis*, Boston 1998, s. 2.

52 C. Mitchell, J. Ordish, E. Johnson, T. Brigden, A. Hall, *The GDPR and genomic data – the impact of the GDPR and DPA 2018 on genomic healthcare and research*, PHG Foundation 2020, s. 53 https://www.phgfoundation.org/report/the-gdpr-and-genomic-data (dostęp 13.01.2021).

53 Zgodnie z projektem Komisji Europejskiej dane genetyczne pierwotnie proponowano wiązać jedynie z informacjami na temat cech dziedzicznych oraz nabytych w okresie prenatalnym („… inherited or acquired during early prenatal development …", https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0011:FIN:EN:PDF (dostęp 15.01.2021). Dopiero w trakcie prac w Parlamencie Europejskim rozszerzono zakres ochrony na okres postnatalny („… inherited or acquired…") https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2014-0212_EN.pdf?redirect (dostęp 15.01.2021).

ochrony jest szerszy nie tylko w porównaniu z międzynarodowymi standardami *soft law* zawężającymi zakres ochrony do cech dziedzicznych[54], ale również z rozwiązaniami ustawowymi obowiązującymi w niektórych państwach członkowskich[55].

nego wariantu genu odpowiedzialnego za chorobę Huntingtona zwykle wynosi 50%[57], to w przypadku hemofilii A jest już niemal pewne, że wszystkie córki ze związku zdrowej kobiety z mężczyzną chorym na hemofilie będą nosicielkami zmutowanego genu[58].

Zagadnienie wspólnej cechy genetycznej przybiera na znaczeniu, gdy przetwarzane są dane osób zmarłych.

4.1. Cechy oddziedziczone

Informacje na temat cech genetycznych konkretnej osoby fizycznej mogą stać się nośnikiem wiedzy o cechach genetycznych osób (grupy osób) biologicznie z nią spokrewnionych[56]. Przykładowo: podczas gdy prawdopodobieństwo odziedziczenia zmutowanego wariantu genu odpowiedzialnego za chorobę Huntingtona zwykle wynosi 50%[57], to w przypadku hemofilii A jest już niemal pewne, że wszystkie córki ze związku zdrowej kobiety z mężczyzną chorym na hemofilie będą nosicielkami zmutowanego genu[58]. O ile zatem dojdzie do oddziedziczenia tego samego unikalnego wariantu genetycznego, konkretna wiedza w tym zakresie pozwoli zidentyfikować grupę osób biologicznie spokrewnionych[59].

Zagadnienie wspólnej cechy genetycznej przybiera na znaczeniu, gdy przetwarzane są dane osób zmarłych. Chociaż nie zostały one objęte ochroną na gruncie RODO[60] – a jedynie pozostawione uznaniu krajowych ustawodawstw[61] – w zależności od kontekstu mogą one

54 Por. definicję „ludzkich danych genetycznych" zawartą w art. 2 pkt i) Deklaracji UNESCO w sprawie danych genetycznych oraz na gruncie Rekomendacji R (97) 5 Komitetu Ministrów do Państw Członkowskich z dnia 13 lutego 1997 r. dotyczącej ochrony danych medycznych przyjętej przez Komitet Ministrów– dalej Rekomendacja R (97) 5: https://uodo.gov.pl/pl/file/1424 (dostęp 15.01.2021).

55 Por. § 3 pkt 4 niemieckiej ustawy o diagnostyce genetycznej z dnia 03 lipca 2009 r., który zawęża czasookres nabycia cechy genetycznej do momentu urodzenia, https://www.gesetze-im-internet.de/gendg/ (dostęp 15.01.2021).

56 Article 29 Data Protection Working Party, *Working Document on Genetic Data* …, s. 4; Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 4/2007 on the Concept of Personal Data Adopted on 20th June*, 01248/07/EN WP 136, s. 22 https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf (dostęp 15.01.2021); Y. Erlich, T. Shor, I. Pe'er, S. Carmi, *Identity inference of genomic data using long-range familial searches*, „Science" 2018, vol. 362, issue 6415, s. 690–694. Por. również nieobowiązujący już art. 2(g) ustawy o ochronie danych osobowych Księstwa Luksemburg z dnia 02 sierpnia 2002 r. czyniący przedmiotem ochrony – obok danych o odziedziczonych cechach genetycznych – także cechy genetyczne grupy spokrewnionych osób, https://cnpd.public.lu/dam-assets/de/legislation/droit-lux/doc_loi02082002mod_de.pdf (dostęp 15.01.2021).

57 W. Sołtan, E. Gołębiewska, J. Limon, *Choroba Huntingtona – trzy punkty widzenia*, „Forum Medycyny Rodzinnej" 2011, t. 5, nr 2, s. 110.

58 N. Savage, *Born in the blood*, „Nature" 2014, vol. 515, s. 158–159.

59 Szerzej na temat zagrożeń związanych z przetwarzaniem informacji o cechach genetycznych grup osób biologicznie spokrewnionych zob. T. Kuru, *Genetic Data: The Achilles' Heel of the GDPR?*, „European Data Protection Law Review" 2021, vol. 7, issue 1, s. 45–58.

60 Zob. motyw 27 preambuły RODO.

61 Zob. § 9 estońskiej ustawy o ochronie danych osobowych z dnia 12 grudnia 2018 r., który ustanawia zasadę, według której przetwarzanie danych osób zmarłych (innych niż imię i nazwisko, płeć, data urodzenia i śmierci, fakt śmierci oraz czas i miejsce pochówku) jest dozwolone jedynie za zgodą ich następców, chyba że minęło 10 lat od śmierci (20 lat w przypadku małoletniego) lub istnieje ku temu wyraźna podstawa prawna, https://www.riigiteataja.ee/akt/104012019011 (dostęp 15.01.2021).

przyczynić się do identyfikacji biologicznie spokrewnionych osób żyjących[62]. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, w której nośnikiem owej wspólnej cechy genetycznej, przynależnej konkretnej grupie osób, będzie tylko jedna osoba żyjąca. W takich przypadkach wspólna oraz niepowtarzalna cecha genetyczna osób zmarłych pośrednio identyfikować będzie tylko jedynego żyjącego członka tej grupy[63] oraz podlegać ochronie przewidzianej dla danych genetycznych.

4.2. Cechy nabyte

Do nabycia cechy genetycznej może dojść po pierwsze, w drodze somatycznej terapii genowej, której celem jest skorygowanie nieprawidłowego stanu wywołanego przez zmutowany gen w drodze wprowadzenia do komórek transgenicznego allelu[64]. Po drugie, teoretycznie możliwe jest zastosowanie etycznie kontrowersyjnego rozwiązania skutkującego wywołaniem zmian w obszarze cech genetycznych w komórkach rozrodczych. Mowa o germinalnej (embrionalnej) terapii genowej, która nakierowana jest na zmianę konkretnych cech odziedziczonych[65], a która jest zabroniona zarówno na poziomie międzynarodowego *soft law*[66], jak i prawa krajowego[67]. Nie zmienia to jednak faktu, że pojęcie „cech nabytych" na gruncie RODO obejmie swoim zakresem wszelkie formy ich skutecznego nabycia w drodze edycji genomu (ang. *genome editing*), tj. bez względu na rodzaj techniki oraz rodzaju komórek podlegających modyfikacji. W ten sposób przedmiotem ochrony danych genetycznych na gruncie RODO będą również cechy transgenicznego człowieka.

Wysoce dyskusyjnym może się okazać to, czy efekty epigenetyczne – wyrażające się w zmianie sposobu ekspresji danego genu pod wpływem czynników zewnętrznych (tj. środowiskowych, losowych lub behawioralnych) bez jednoczesnego uszczerbku dla samej struktury genomu[68] – wiązać należy z cechami nabytymi na gruncie omawianej definicji danych genetycznych[69]. Biorąc jednak pod uwagę, że składające się na epigenom modyfikacje histonów[70] mają

Przedmiotem ochrony danych genetycznych na gruncie RODO będą również cechy transgenicznego człowieka.

62 Por. *Ł. Drożdżowski*, *Dane osobowe zmarłych trzeba chronić*, „Rzeczpospolita" z 03.11.2017, nr 256 (10894), s. C7.

63 Por. Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 4/2007 on the Concept of Personal Data*, … s. 22.

64 A. Griffiths, S. Wessler, R. Lewontin, W. Gelbart, D. Suzuki, J. Miller, *An Introduction to Genetic Analysis*, New York 2005, s. 375.

65 O kontrowersjach dotyczących próby edycji genu odpowiedzialnego za chorobę krwi na ludzkich zarodkach podjętej przez chińskich naukowców w oparciu o metodę CRISPR/Cas9 zob. S. Mukherjee, *Gen. Ukryta historia*, Wołowiec 2017, s. 515–516.

66 Por. art. 13 Konwencji z dnia 4 kwietnia 1997 r. o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny: Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie, https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164 (dostęp 15.01.2021).

67 Por. art. 86 Ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności, tj. z dnia 13 lutego 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 442).

68 D. Smith, *Epigenetics* (w:) J. Kreutzer, J. DeLuca, B. Caplan (eds) *Encyclopedia of Clinical Neuropsychology*, Cham 2017, https://doi.org/10.1007/978-3-319-56782-2_9029-1 (dostęp 15.01.2021).

69 Problem ten szczególnie przybierze na sile w sytuacji bliźniąt jednojajowych Por. S. Mukherjee, *Gen. Ukryta historia*…, s. 437–438.

70 Tamże, s. 435.

charakter dziedziczny[71], świadczyć może to o trwałym charakterze efektu epigenetycznego. Tym samym, chociaż zmiany te nie dokonują się w obszarze samego genomu, lecz jedynie na poziomie fenotypu[72], zmiany epigenetyczne mogą być objęte zakresem „cech nabytych" na gruncie RODO.

5. Identyfikowalność osoby fizycznej za pomocą jej cech genetycznych

Dane osobowe przybierają formę zarówno informacji o zidentyfikowanej, jak i możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej[73]. Te pierwsze to dane bezpośrednio identyfikujące daną osobę fizyczną, tj. bez konieczności odwoływania się do jakichkolwiek danych referencyjnych[74]. Dane osobowe o możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej – które stanowią większość danych osobowych[75] – z kolei każdorazowo wymagają sięgnięcia do innych informacji takich jak identyfikator oraz czynniki określające tożsamość osoby fizycznej. Do tej drugiej grupy zaliczać się będą właśnie dane genetyczne[76]. Pomimo bowiem unikalnego charakteru kwasu dezoksyrybonukleinowego (DNA)[77] oraz dynamicznego rozwoju technik jego profilowania w dalszym ciągu ustalenie tożsamości osoby fizycznej – przy pomocy informacji o jej cechach genetycznych – wymagać będzie dostępu do danych referencyjnych.

O możliwości identyfikacji danej osoby fizycznej rozstrzygać będą „wszelkie rozsądnie prawdopodobne sposoby […], w stosunku do których istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, iż zostaną wykorzystane przez administratora lub inną osobę w celu bezpośredniego lub pośredniego zidentyfikowania osoby fizycznej"[78]. Ustaleniu zaś istnienia uzasadnionego prawdopodobieństwa towarzyszyć ma wzięcie pod uwagę wszelkich obiektywnych czynników, takich jak koszt i czas potrzebne do zidentyfikowania danej osoby fizycznej, technologia dostępna w momencie przetwarzania danych, jak i postęp technologiczny[79]. Danymi genetycznymi mogą być więc przykładowo informacje na temat cech genetycznych osoby fizycznej, które zostały pozyskane w drodze czynności laboratoryjnej genetyki medycznej na gruncie Ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o diagnostyce laboratoryjnej[80]. Ponieważ laboratorium diagnostyczne dysponować będzie nie tylko wynikami przeprowadzonych badań genetycznych oraz ich interpretacją, ale również szeregiem danych osobowych zawartych w formularzu zlecenia badania laboratoryjnego[81], będzie ono w stanie zidentyfikować daną osobę fizyczną na podstawie jej wyników badań genetycznych. Istotne jest jednak, aby badania genetyczne obejmowały na tyle szeroki obszar genomu, aby ich wyniki cechowały się niepowtarzalnością.

Wejście w posiadanie każdego bezosobowego zestawu informacji na temat ludzkiego genomu nie będzie oznaczać, że nie mają one charakteru danych genetycznych. Tylko bowiem wówczas, gdy dojdzie do przeprowadzenia skutecznej anonimizacji danych genetycznych (tj. pozbawienia ich potencjału identyfikacyjnego[82]), uzyskane w jej efekcie informacje o fizjologii lub zdrowiu osób fizycznych przestaną mieć walor danych osobowych. Anonimizacja nie nastąpi natomiast w przypadku zwykłego usunięcia

71 Szerzej B. Bernstein, A. Meissner, E. Lander, *The Mammalian Epigenome*, „Cell" 2007, vol. 128, issue 4, s. 669–681.

72 W tym również na poziomie pozycjonowania nukleosomów oraz metylacji DNA tj. jego chemicznej modyfikacji. T. Brown, *Genomy…*, s. 435, 459.

73 Zob. art. 4 pkt 1 zd. 1 RODO.

74 M. Klar, J. Kühling, *Art. 4 Nr. 1 personenbezogene Daten (inkl. Betroffene Person)* (w:) J. Kühling, B. Buchner (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung. Kommentar*, München 2017, s. 128, Rn. 18.

75 B. Fischer, M. Górski, A. Nerka. M. Sakowska-Baryła, K. Wygoda, *Artykuł 4 Definicje* (w:) M. Sakowska-Baryła, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2018, art. 4 pkt 1, nb. 13, Legalis.

76 Ł. Drożdżowski, *Datenschutzrechtliche Pflichten…*, s. 10.

77 Zob. Nuffield Council on Bioethics, *The Forensic Use of Bioinformation: Ethical Issues*, Cambridge 2007, s. 8, http://nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/The-forensic-use-of-bioinformation-ethical-issues.pdf (dostęp 15.01.2021).

78 Motyw 26 zd. 3 Preambuły RODO.

79 Motyw 26 zd. 4 Preambuły RODO.

80 Tj. z dnia 21 października 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 2061.

81 Zob. Załącznik 4 do Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 23 marca 2006 r. w sprawie standardów jakości dla medycznych laboratoriów diagnostycznych i mikrobiologicznych tj. z dnia 5 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 1923).

82 Motyw 26 zd. 5 Preambuły RODO

danych referencyjnych określających tożsamości dawcy materiału biologicznego[83]. Co więcej, osiągnięcie stanu absolutnej anonimizacji danych genetycznych staje się wręcz niemożliwe[84]. Przyczyną tego zdaje się być stale poszerzający się zakres przetwarzania informacji pochodzenia genetycznego w cyberprzestrzeni przy wykorzystaniu nowoczesnych narzędzi bioinformatycznych[85] dzięki wykorzystaniu technologii chmury obliczeniowej[86]. Stąd prawdopodobieństwo identyfikacji osoby fizycznej za pomocą jej cech genetycznych jest relatywnie wysokie w sytuacji korzystania przez nią z usług typu *direct-to-consumer genetic testing*[87] – w dobie COVID-19 zyskującego nowy wymiar[88] – co również może pociągać za sobą przekazanie zgromadzonych informacji na rzecz koncernów farmaceutycznych[89],

Identyfikacja za pomocą cech genetycznych zwykle następuje w wyniku przeprowadzenia profilowania DNA (ang. *DNA profiling*), tj. przy udziale markera genetycznego[90] składającego się z krótkich powtórzeń tandemowych (ang. *short tandem repeats* lub STR). Jest to rodzaj polimorfizmu występujący w DNA – określany mianem mikrosatelity – złożony z tandemowo powtórzonych kopii, najczęściej dwu-, trzy- lub czteronukleotydowych[91]. Przy wykorzystaniu zestawu dziewięciu STR prawdopodobieństwo, że dwie spotkane na ulicy osoby będą miały tę samą grupę krwi wynosi 0,000 000 000 01[92].Za miarodajny punkt odniesienia w zakresie ustalenia progu identyfikowalności za pomocą cech genetycznych może być uznany minimalny zakres danych ujawnianych w zbiorze danych DNA, o którym mowa w art. 21a ust. 1 ustawy o Policji. Obejmuje on wyniki analizy z niekodujących części

> **Osiągnięcie stanu absolutnej anonimizacji danych genetycznych staje się niemożliwe.**

83 Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques Adopted on 10 April 2014*, 0829/14/EN WP216, s. 10, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp216_en.pdf (dostęp 15.01.2021). Szerzej na temat anonimizacji zob. Ł. Drożdżowski, *Pseudonimizacja i anonimizacja w zakresie prowadzenia monitoringu* (w:) A. Sieradzka, M. Wieczorek, *Monitoring zgodny z RODO. Praktyczny poradnik z wzorami dla sektora publicznego i prywatnego*, Warszawa 2020, s. 186–188.

84 Przyczyną tego jest zwłaszcza statyczny charakter informacji o cechach genetycznych, T. Finnegan, A. Halls, *Identiffcation and genomic data*, PHG Foundation 2017, s. 16 https://www.phgfoundation.org/documents/PHGF-Identification-and-genomic-data.pdf (dostęp 15.01.2021).

85 Zob. J. Bohannon, *Genealogy Databases Enable Naming of Anonymous DNA Donors*, „Science" 2013, vol. 339, issue 6117, s. 262. Przykładem może być https://www.personalgenomes.org/ (dostęp 15.01.2021).

86 Zob. B. Langmead, A. Nellore, *Cloud computing for genomic data analysis and collaboration*, „Nature Reviews Genetics" 2018, vol. 19, issue 4, s. 208–219; Y. Erlich, T. Shor, I. Pe'er, S. Carmi, *Identity inference of genomic data*…, s. 690 i n.

87 R. Cai, Z. Hao, M. Winslett, X. Xiao, Y. Yang, Z. Zhang, S. Zhou, *Deterministic identification of specific individuals from GWAS results*, „Bioinformatics" 2015, vol. 31, issue 11, s. 1707; J. King, *„It's Not Personal" – DNA, Privacy, And Direct to Consumer Genetic Testing*, 07.11.2019, http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2019/11/"it's-not-personal"-—-dna-privacy-and-direct-consumer-genetic-testing (dostęp 15.01.2021).

88 https://you.23andme.com/covid19-study/ (dostęp 15.01.2021).

89 Zob. J. Ducharme, *A Major Drug Company Now Has Access to 23andMe's Genetic Data. Should You Be Concerned?*, 26.07.2018, https://time.com/5349896/23andme-glaxo-smith-kline/ (dostęp 15.01.2021).

90 Markerem genetycznym jest „sekwencja DNA występująca przynajmniej w dwóch łatwych do rozróżnienia wersjach". T. Brown, *Genomy*…, s. 459.

91 Tamże, s. 460.

92 P. Wolańska-Nowak, *9.6. Częstość polimorficznych wariantów DNA w populacji* (w:) M. Kała, D. Wilk, J. Wójcikiewicz (red.), *Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2017.

DNA[93] pochodzących z wymazów śluzówki policzków, krwi, cebulek włosów lub wydzielin, a w odniesieniu do zwłok ludzkich materiałów biologiczny w postaci próbek z tkanek[94]. W bazie DNA ujawniane są profile, na które składa się co najmniej osiem pełnych układów STR oraz marker płci (Amelogenina)[95]. Należy jednak podkreślić, że ocena, czy określony zestaw informacji objęty jest ochroną przewidzianą dla danych genetycznych, nie może być sprowadzona wyłącznie do statystycznego kwantytatywnego wnioskowania w odniesieniu do konkretnych wartości progowych. W zależności od kontekstu może się bowiem okazać, że już zgromadzenie informacji na temat jednego polimorfizmu (np. w przypadku jednojajowych bliźniaków), RNA lub polimorfizmów występujących na chromosomach płci będzie wystarczające, aby zidentyfikować konkretną osobę.[96] Oczywistym przy tym jest, że pozyskanie danych w wyniku zsekwencjonowania całego genomu (ang. *whole-genom sequencing*) zrodzi większe prawdopodobieństwo identyfikacji aniżeli jedynie w następstwie zsekwencjonowania odcinków genowych kodujących białka (ang. *whole-exome sequencing*).

6. Informacje o fizjologii lub zdrowiu osoby fizycznej

Zawarte w definicji danych genetycznych „informacje o fizjologii" odnoszą się do informacji na temat funkcjonowania organizmu oraz poszczególnych jego tkanek oraz komórek[97]. Chociaż obejmują one wszelkiego rodzaju informacje na temat regulacji funkcji homeostatycznych, w tym dane dotyczące ciśnienia tętniczego, objętości płynów ustrojowych, temperatury oraz składników chemicznych we krwi takich jak białko i cukier[98] – ze względu na definicyjny wymóg niepowtarzalności informacji – nie wszystkie one będą objęte ochroną jako dane genetyczne. Desygnatem pojęcia „informacji o fizjologii" przykładowo może być więc informacja na temat wrodzonego niedoboru transkarbamylazy ornitynowej (OTC) – stanowiąca postać choroby rzadkiej[99] – za którego powstanie mogą być odpowiedzialne mutacje genu zlokalizowanego na chromosomie X[100].

Biorąc pod uwagę diagnostyczny i presymptomatyczny charakter informacji pozyskiwanych w drodze analizy genetycznej[101], użyte w omawianej definicji pojęcie „informacji o zdrowiu" – podobnie jak w przypadku danych dotyczących zdrowia[102] – należy wiązać z przeszłymi, obecnymi oraz przyszłymi informacjami na temat zdrowia fizycznego oraz psychicznego[103]. Analizując przebieg prac legislacyjnych nad uchwalaniem RODO trudno jednak wyjaśnić, dlaczego dopiero na jego ostatnim etapie zdecydowano o zawężeniu danych genetycznych do niepowtarzalnych informacji o fizjologii lub zdrowiu osoby fizycznej[104].

93 Art. 20 ust. 1a ustawy o Policji.

94 Art. 21a ust. 3 ustawy o Policji.

95 A. Jurga, J. Mondzelewski, *Funkcjonowanie bazy danych DNA w Polsce*, „Problemy kryminalistyki" 2017, Nr 297(3), s. 15.

96 M. Shabani, L. Marelli, *Re-identifiability of genomic data and the GDPR: Assessing the re-identifiability of genomic data in light of the EU General Data Protection Regulation*, „EMBO Reports" 2019, vol. 20, issue 2.

97 B. Scheer, *Physiology*, „Encyclopædia Britannica", opublikowano dnia 22 listopada 2018 r., https://www.britannica.com/science/physiology (dostęp 15.01.2021).

98 E. Ziółko, *Podstawy fizjologii człowieka*, Nysa 2006, s. 14.

99 https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/OC_Exp.php?Expert=664&lng=PL (dostęp 15.01.2021).

100 https://www.omim.org/entry/300461 (dostęp 15.01.2021).

101 Por. J. Kapelańska-Pręgowska, *Wybrane problemy prawnej regulacji testów genetycznych* (w:) A. Białek, M. Wróblewski (red.), *Wybrane aspekty praw człowieka a bioetyka. Monografia*, Warszawa 2016, s. 91, https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wybrane aspekty praw człowieka a bioetyka.pdf (dostęp 15.01.2021).

102 Zob. motyw 35 zd. 1 Preambuły RODO.

103 O zastosowaniu testów genetycznych w psychiatrii zob. R. Lawrence, P. Appelbaum, *Genetic Testing in Psychiatry: A Review of Attitudes and Beliefs*, „Psychiatry" 2011, vol. 74, no 4, s. 315–331.

104 Por. stanowisko Rady Unii Europejskiej w pierwszym czytaniu przyjęte w dniu 8 kwietnia 2016 r. http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5419-2016-REV-1/en/pdf (dostęp 12.05.2020) oraz propozycję Komisji Europejskiej z dnia 25 stycznia 2012 r., zgodnie z którą w art. 4 pkt 10 dane genetyczne zdefiniowano: „ … all data, of whatever type, concerning the characteristics of an individual which are inherited or acquired during early prenatal development", https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0011:FIN:EN:PDF (dostęp 15.01.2021). W odniesieniu

Przyjęcie tego rozwiązania *de lege* spowodowało, że dane genetyczne stały się częścią szeroko rozumianych danych o stanie zdrowia[105]. Tezę tę uwydatnia motyw 35 preambuły RODO stwierdzając, że dane dotyczące zdrowia (art. 4 pkt 15 RODO) obejmują w szczególności informacje pochodzące z danych genetycznych i próbek biologicznych[106]. To zaś dało sposobność dla zakwestionowania idei genetycznej wyjątkowości (ang. *genetic exceptionalism*) na gruncie RODO[107].

Z drugiej strony, poza zakresem ochrony danych genetycznych – co zasady – znajdą się informacje wygenerowane przy zastosowaniu niemedycznych testów genetycznych[109], w tym testów oferowanych dla potrzeb ustalenia umiejętności lub zdolności sportowych, testów na pochodzenie etniczne, ojcostwo i pokrewieństwo[110]. O tym jednak, czy w danym przypadku dojdzie do przetwarzania danych genetycznych nie będzie decydować tylko cel samego badania,

Kwestią sporną może się okazać kwalifikacja informacji na temat transseksualizmu osoby fizycznej.

Danymi genetycznymi z jednej strony, będą informacje neurogenomiczne pozyskane w wyniku badań nad żywieniem spersonalizowanym na rzecz zdrowia, których celem jest ustalenie związków między sposobem żywienia a ekspresją genów (ang. *nutrogenomics*)[108].

ale również rodzaj zebranych informacji oraz skutek ich powiązania z daną osobą[111]. Nie wykluczone jest bowiem, że w zależności od użycia określonego markera genetycznego, chociaż dla potrzeb ustaleń niemedycznych, dojdzie „przy okazji" do zebrania informacji o fizjologii lub zdrowiu osoby fizycznej[112].

do projektu Komisji Europejskiej zob. również D. Krekora-Zając D., *Istota i charakter prawny danych genetycznych*, „Prawo i Medycyna" 2015, 61 vol. 17, nr 4, s. 5–24.

105 K. Zielińska, *Art. 115 [Zmiany do NIKU]* (w:) M. Kawecki, M. Czerniawski (red.), *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, nb. 4, Warszawa 2019, Legalis; D. Lubasz, W. Chomiczewski, M. Czerniawski, P. Drobek, U. Góral, M. Kuba, P. Makowski, K. Witkowska-Nowakowska, *Art. 4 pkt 13 Dane generyczne* (w:) E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, Warszawa 2018, art. 4 pkt 13, t. 3, LEX/el.

106 Motyw 35 zd. 2 Preambuły RODO.

107 C. Mitchell, J. Ordish, E. Johnson, T. Brigden, A. Hall, *The GDPR and genomic data*…, s. 61. Krytycznie na temat idei genetycznej wyjątkowości A. Krajewska, *Conceptual Quandaries about Genetic Data – A Comparative Perspective*, „European Journal of Health Law" 2009, vol. 16, issue 1, s. 21; N.A. Garrison, K.B. Brothers, A.J. Goldenberg, J.A. Lynch, *Genomic Contextualism: Shifting the Rhetoric of Genetic Exceptionalism*, „The American Journal of Bioethics" 2019, vol. 19, issue 1, s. 51–63.

108 Por. https://cordis.europa.eu/article/id/91757-extensive-exploration-of-personalised-nutrition-as-a-way-to-better-health/pl (dostęp 15.01.2021).

109 Szerzej A. Phillips, *Only a Click Away – DTC Genetics for Ancestry, Health, Love…and More: A View of the Business and Regulatory Landscape*, „Applied & Translational Genomics" 2016, vol. 8, s. 16–22.

110 Ł. Drożdżowski, *Datenschutzrechtliche…*, s. 27.

111 Wyrok TSUE z dnia 20 grudnia 2017 r., C-434/16, Peter Nowak p-ko Data Protection Commissioner, pkt 35, ECLI:EU:C:2017:994.

112 Gendiagnostik-Kommission (GEKO) beim Robert Koch-Institut, *Dritter Bericht gemäß § 23 Abs. 4 Gendiagnostikgesetz (GenDG)für den Zeitraum vom 01.01.2016 bis 31.12.2018*, April 2019, s. 42, https://www.rki.de/DE/Content/Kommissionen/GendiagnostikKommission/Taetigkeitsbericht/Taetigkeitsbericht_03.pdf?__blob=publicationFile (dostęp 15.01.2021). Przykładem może być marker D16S539 zlokalizowany na 16 chromosomie, który wykorzystywany jest w testach na ojcostwo. W sytuacji zaś uzyskania trzech sygnałów amplifikacji może powstać przypuszczenie występowania trisomii lub mozaikowości chromosomu 16. Zob. A. Zamir M. Shpitzen i in.,, *Presentation of a Three-Banded Allele Pattern – Analysis and Interpretation*, „Journal of Forensic Sciences" 2002, vol. 47, issue 4, s. 1–3.

Kwestią sporną może się okazać kwalifikacja informacji na temat transseksualizmu osoby fizycznej, tj. niezgodności zachodzącej pomiędzy płcią psychiczną a anatomicznymi cechami płciowymi[113]. Na gruncie RODO zwykle przybiorą one postać danych o orientacji seksualnej[114]. Zakładając jednak, że w sensie etiologicznym transseksualizm ma swoje podłoże genetyczne[115], korespondujące z nim cechy genetyczne wpiszą się w przedmiotowy zakres omawianej definicji. Argumentem zaś na okoliczność, że informacje na temat cechy lub cech genetycznych determinujących transseksualizm mają charakter informacji o fizjologii lub zdrowiu mogłaby przemawiać struktura Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych ICD-10 (ang. *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems*)[116]. Zalicza ona transseksualizm do grupy zaburzeń psychicznych i behawioralnych (F64.0 *Transsexualism*). Wydaje się, że powyższego wniosku nie zmieni reklasyfikacja transseksualizmu na gruncie ICD-11[117], gdzie stanowi on przejaw nierówności płciowej okresu dojrzewania lub dorosłości – w miarę możliwości – wymagającej interwencji medycznej[118].

Wysoce dyskusyjne może się okazać, czy informacje o cechach genetycznych dotyczących interpłciowości (ang. *intersexualism*)[119] – współcześnie określanej zbiorczym pojęciem zaburzeń rozwoju płci (ang. *disorders of sex development*)[120] – można klasyfikować w kategoriach danych genetycznych[121]. Ponieważ zarówno na gruncie ICD-10[122], jak i ICD-11[123] interpłciowość stanowi formę wad rozwojowych, a determinujące ją cechy genetyczne zwykle należą do cech rzadkich[124], z jednej strony można argumentować, że informacje pochodzenia genetycznego na temat interpłciowości mogą być objęte ochroną przewidzianą dla danych genetycznych. Z drugiej strony należy odnotować nasilającą się krytykę medykalizacji osób interpłciowych[125] oraz przyjmowanie rozwiązań prawnych legitymizujących tzw. „trzecią płeć"[126]. Przy założeniu więc obowiązywania jednolitych ram praw-

113 U. Drozdowska, A. Wnukiewicz-Kozłowska, *Rozdział 17. Zmiana płci* (w:) L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.) *System Prawa Medycznego*, t. 2: *Szczególne świadczenia zdrowotne*, Warszawa 2018, nb. 15, Legalis.

114 P. Barta, M. Kawecki, P. Litwiński, *Artykuł 9 Przetwarzanie szczególnych kategorii danych* (w:) P. Litwiński (red.), *Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz*, Warszawa 2018, art. 9, nb. 7; A. Nerka, *Artykuł 9 Przetwarzanie szczególnych kategorii danych* (w:) M. Sakowska-Baryła (red.), *Ogólne rozporządzenie…*, art. 9, nb. 10, Legais.

115 Zob. przykładowo E. Bentz i in., *A Polymorphism of the CYP17 Gene Related to Sex Steroid Metabolism is Associated with Female-to-male but not Male-to-female Transsexualism*, „Fertility and Sterility" 2008, vol. 90, issue 1, s. 56–59.

116 https://icd.who.int/browse10/2019/en (dostęp 15.01.2021). Do podobnego wniosku można byłoby dojść również w oparciu o Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-V). Zob. U. Drozdowska, A. Wnukiewicz-Kozłowska, *Rozdział 17. Zmiana płci…*, nb. 5.

117 Klasyfikacja CD-11 – https://icd.who.int/browse11/l-m/en – ma być stosowana od 01.01.2022. https://www.who.int/news-room/detail/18-06-2018-who-releases-new-international-classification-of-diseases-(icd-11) (dostęp 15.01.2021). Reklasyfikacja transseksualizmu było rezultatem m. in. krytyki wyrażanej przez organizacje praw człowieka. Por. Council of Europe, *Human Rights and Intersex People*, 2017, https://rm.coe.int/16806da5d4 (dostęp 15.01.2021).

118 HA60 *Gender incongruence of adolescence or adulthood*.

119 Por. R. Piprek, *Genetyczne podłoże zaburzeń determinacji płci i rozwoju gonad*, „Endokrynologia Polska" 2008, vol. 59, No 6, s. 503, 512–513.

120 I. Hughes, C. Houk, S. Ahmed, P. Lee, *Consensus Statement on Management of Intersex Disorders*, „Journal of Pediatric Urology" 2006, vol. 2, issue 3, s. 149.

121 Por. Ł. Drożdżowski, *Datenschutzrechtliche Pflichten…*, s. 25–26.

122 Zob. Q56 *Indeterminate Sex and Pseudohermaphroditism*.

123 Zob. LD56 *Chimaera 46, XX, 46, XY*.

124 Przykładowo jajnikowo-jądrowe zaburzenie różnicowania płci z kariotypem 46,XX występuje u 1 do 9 osób na 100 000: kod ORPHA 2138, https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/Disease.php?lng=PL (dostęp 15.01.2021).

125 Zob. Rezolucję Parlamentu Europejskiego z dnia 14 lutego 2019 r. w sprawie praw osób interseksualnych, 2018/2878(RSP), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0128_PL.html (dostęp 15.01.2021).

126 M. van den Brink, P. Dunne, *Trans and Intersex Equality Rights in Europe – a Comparative Analysis*, Luxembourg 2018, s. 56–57, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/trans_and_intersex_equality_rights.pdf (dostęp 15.01.2021).

nych na poziomie Unii Europejskiej – ustanawiających niebinarny podział płci – mogłoby się to wiązać się z zaprzestaniem określania interseksualizmu w kategoriach zaburzeń rozwoju płci[127]. W konsekwencji, informacje o interseksualnych cechach genetycznych – jako informacje, które utraciłyby charakter informacji o stanie zdrowia fizycznego oraz psychicznego – przestałyby być danymi genetycznymi, a stałyby się jedynie informacjami na temat płci.

Pod względem genetycznym jesteśmy identyczni niemal w 99,9%. W pozostałych zaś 0,1% naszą indywidualność genetyczną determinuje odstępstwo od alfabetu genetycznego.

7. Niepowtarzalność informacji

Danymi genetycznymi nie będą wszelkie informacje o cechach genetycznych o fizjologii lub zdrowiu osoby fizycznej, ale tylko takie, które cechuje niepowtarzalność (ang. *unique information*, franc. *informations uniques*, niem. *eindeutige Informationen*). Może ona dotyczyć wielu aspektów, lecz w kontekście przetwarzania danych osobowych chodzi o możliwość zidentyfikowania osoby fizycznej[128]. Chociaż – inaczej niż dane biometryczne (art. 4 pkt 14 RODO) – omawiana definicja danych genetycznych nie odwołuje się do atrybutu jednoznacznej identyfikacji, (ang. *unique identification*, franc. *identification unique*, niem. *eindeutige Identifizierung*), znamionujący dane genetyczne atrybut niepowtarzalności (unikalności) *per se* zawiera w sobie cechę jednoznacznej identyfikowalności osoby fizycznej[129].

Aby lepiej zrozumieć, na czym polega spełnienie definicyjnego warunku niepowtarzalności danych genetycznych, odnotowania wymaga kilka faktów, które zostały stwierdzone przy okazji realizacji takich międzynarodowych projektów jak *Human Genome Project* oraz *International HapMap Project*, a których zwieńczenie rozpoczęło etap ery postgenomicznej[130]. Jako gatunek ludzki pod względem genetycznym jesteśmy identyczni niemal w 99,9%. W pozostałych zaś 0,1% naszą indywidualność genetyczną determinuje odstępstwo od alfabetu genetycznego wyznaczanego w DNA sekwencją nukleotydów (A, T, C lub G)[131]. Jest ono wynikiem występowania zjawiska polimorfizmu pojedynczego nukleotydu (SNPs), które polega na tym, że w określonej części genomu np. zamiast nukleotydu C (…AGTCACAAATC…), występuje nukleotyd G (…AGTCA*G*AAATC…)[132]. T,o co czyni niepowtarzalnym nasz genotyp, to zatem wyjątkowa kompozycja poszczególnych odcinków DNA[133].

127 Por. przykładowo Stellungnahme der Bundesärztekammer „Versorgung von Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen mit Varianten/Störungen der Geschlechtsentwicklung (Disorders of Sex Development, DSD)" z 30 stycznia 2015, s. 2, Deutsches Ärzteblatt DOI: 10.3238/arztebl.2015.stn_dsd_baek_01 (dostęp 15.01.2021), w którym za nieuprawnione uznaje się wiązanie zaburzeń rozwoju płci z wadami rozwojowymi lub choroby.

128 Ł. Drożdżowski, *Datenschutzrechtliche Pflichten…*, s. 24.

129 T. Weichert, *Art. 9 Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten* (w:) J. Kühling, B. Buchner (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung…*, s. 300, Art. 9 Rn. 33.

130 L. Perbal, *The case of the gene: Postgenomics between modernity and postmodernity*, „EMBO Reports" 2015, vol. 16, issue 7, s 777–781.

131 https://www.genome.gov/17516714/2006-release-about-whole-genome-association-studies (dostęp 15.01.2021)

132 T. Brown, *Genomy…*, s. 55.

133 Por. wyszukiwarkę https://www.snpedia.com zawierającą 100 tysięcy najczęściej występujących SNP (dostęp 15.01.2021)

Cechy fenotypowe, takie jak wiek, kolor oczu, skóry i włosów oraz grupa krwi[134], nie przejdą więc testu niepowtarzalności. Podobnie w przypadku informacji o nosicielstwie często spotykanej mutacji genetycznej[135] oraz o chorobie rzadkiej (ang. *orphan disease*)[136], tj. występującej w proporcjach pięciu chorych na 10 tysięcy osób[137]. W tym ostatnim przypadku dopiero wejście w posiadanie informacji na temat unikalnego wariantu genetycznego, odpowiedzialnego za powstanie choroby, otworzy możliwość sklasyfikowania jej w kategoriach danych genetycznych.

8. Sposoby pozyskiwania informacji o cechach genetycznych

Zgodnie z motywem 34 preambuły RODO, dane genetyczne mają być uzyskane tylko z analizy próbki biologicznej danej osoby fizycznej. Jego brzmienie pozostaje jednak w sprzeczności z definicją, o której mowa w art. 4 pkt 13 RODO, która wskazuje analizę jako jeden z możliwych sposobów wygenerowania danych genetycznych[138]. Ponieważ „preambuła aktu wspólnotowego nie ma mocy prawnie wiążącej i nie może być powoływana ani dla uzasadnienia odstępstw od przepisów danego aktu, ani w celu wykładni tych przepisów w sposób oczywiście sprzeczny z ich brzmieniem"[139], warunkiem *sin qua non* powstania danych genetycznych nie będzie pozyskanie ich wyłącznie w drodze analizy próbki biologicznej. Definicja nie stoi zatem na przeszkodzie, aby dane genetyczne były również zbierane w drodze badań obrazowych lub endoskopowych. O ile zmierzać to będzie do ustalenia cech genetycznych stanowiących niepowtarzalne informacje o fizjologii lub zdrowiu, wejście w posiadanie danych genetycznych może nastąpić w drodze wywiadu medycznego przeprowadzonego z członkami rodziny lub analizy dokumentacji medycznej[140].

Art. 4 pkt 13 RODO nie wskazuje, na czym ma polegać analiza próbki biologicznej. Motyw 34 preambuły RODO natomiast odwołuje się w tym zakresie do analizy chromosomów, DNA – zawierającego zarówno elementy kodujące, jak i niekodujące białka[141] – RNA oraz analizy innych elementów skutkujących pozyskiwaniem równoważnych informacji (ang. *equivalent information*). W świetle aktualnego rozwoju technik biologii molekularnej nie będzie jednak zasadne ogra-

na ich ogólną liczbę ok. 10 milionów w genomie człowieka. T. Brown, *Genomy…*, s. 55.

134 D. Kampert, *Artikel 4 Begriffsbestimmungen* (w:) G. Sydow (Hrsg.), *Europäische Datenschutzgrundverordnung. Handkommentar*, Münster 2017, Art. 4 Rn. 185, beck-online. Nie oznacza to jednak, że informacje o grupie krwi nie stanowią danych osobowych podlegających ochronie na gruncie RODO. Stanowią one bowiem formę danych dotyczących zdrowia. T. Weichert, *Art. 9 Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten…*, s. 301, Art. 9 Rn. 39.

135 Przykładowo: obecnie zidentyfikowano ponad 20.000 wariantów genów BRCA1 oraz BRCA2, w tym około 3.700, których występowanie wiąże się z ryzykiem zachorowalności na nowotwór, https://www.sciencedaily.com/releases/2019/01/190109102422.htm (dostęp 15.01.2021). Z kolei w 91% w polskiej populacji czynnikiem chorobotwórczym są trzy konkretne mutacje genu BRCA1. B. Górski i in.,., *A High Proportion of Founder BRCA1 Mutations in Polish Breast Cancer Families*, „International Journal of Cancer" 2004, vol. 110, issue 5, s. 683–686. Wejście w posiadanie informacji na temat jednej z nich nie będzie więc wiązać się z możliwością jednoznacznej identyfikacji określonej osoby fizycznej.

136 Zob. wyszukiwarka chorób rzadkich Orphanet, https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/Disease_Search.php?lng=PL (dostęp 15.01.2021).

137 Zob. motyw 5 preambuły Rozporządzenia (WE) nr 141/2000 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1999 r. w sprawie sierocych produktów leczniczych – Dz.Urz.UE.L 2000 Nr 18, str. 1.

138 P. Barta, M. Kawecki, P. Litwiński, *XIII. Definicja danych genetycznych* (w:) P. Litwiński (red.), *Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz*, Warszawa 2018, Art. 4 nb. 133, Legalis. Inaczej C. Mitchell, J. Ordish, E. Johnson, T. Brigden, A. Hall, *The GDPR and genomic data…*, s. 57.

139 Wyrok TS z dnia 02 kwietnia 2009 r., C-134/08, Hauptzollamt Bremen p-ko J. E. Tyson Parketthandel GmbH hanse j, pkt 16, ECLI:EU:C:2009:229.

140 Zob. S. Rumball, A. McCall Smith, *Human Genetic Data: Preliminary Study by the IBC on its Collection, Processing, Storage and Use*, IBC Working Group on Genetic Data, Paris 2001, s. 4–5, pkt 23, http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001235/123522e.pdf (dostęp 15.01.2021).

141 H. Schild, *XIII. Genetische Daten (Nr. 13) (Rn. 136–138)* (w:) S. Brink, H. Wolff (Hrsg.), *BeckOK Datenschutzrecht*, 34. Edition, München 2020, Art. 4 DS-GVO Rn. 137, beck-online.

niczenie rozumienia tych ostatnich do bezpośrednich sposobów pozyskiwania informacji genetycznych. Chociaż rozwiązanie takie zaproponowano w art. 2 ust. 3 lit. a pkt iii Protokołu Dodatkowego o testach genetycznych dla celów zdrowotnych z dnia 27 listopada 2008[142], gdzie z obszaru sposobów pozyskiwania informacji o cechach genetycznych wyłączono analizę proteomiczną profili białkowych[143], obowiązujące na gruncie RODO szerokie rozumienie identyfikowalności[144] sprawia, że zakresem równoważnych informacji będą obejmowane informacje generowane przez technologie nieformalnie określane mianem *omix*, obejmujące – obok genomiki (ang. *genomics*) – m. in. następujące dyscypliny biologii: transkryptomika (ang. *transcriptomics*), proteomika (ang. *proteomics*), metabolika (ang. *metabolomics*) oraz epigenetyka (ang. *epigenomic*).

W zakresie pojęcia „próbki biologicznej" zasadnym jest odwołanie się do istniejącej już definicji na poziomie międzynarodowego *soft law*. Zgodnie bowiem z art. 2 pkt iv Deklaracji UNESCO w sprawie danych genetycznych, próbkami biologicznymi są „wszelkie próbki materiału biologicznego (na przykład krew, komórki skóry i kości, osocze krwi), w których występują kwasy nukleinowe i które zawierają charakterystyczny genetyczny profil danej osoby".

142 Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Genetic Testing for Health Purposes, https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680084824 (dostęp 15.01.2021).

143 Zob. pkt 35 Explanatory Report to the Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Genetic Testing for Health Purposes, https://rm.coe.int/16800d3834 (dostęp 15.01.2021).

144 Zob. motyw 26 zd. 3 preambuły RODO.

9. Wnioski końcowe

Pojawienie się danych genetycznych w RODO stanowi odpowiedź na powstałe trudności interpretacyjne w okresie obowiązywania Dyrektywy 95/46/WE. Ich zdefiniowanie oraz wyodrębnienie od innych kategorii danych wrażliwych sprawiło, że krajowy ustawodawca – z punktu widzenia techniki legislacyjnej – może nadać informacjom o cechach genetycznych wyższy poziom ochrony aniżeli przykładowo danym biometrycznym lub danym dotyczącym zdrowia (art. 9 ust. 4 RODO). Poprzez definicyjny związek danych genetycznych z informacjami o fizjologii lub zdrowiu szczególną ochroną nie będą mógłby być objęte nieposiadające medycznego charakteru niepowtarzalne informacje o cechach genetycznych. Do ich pozyskania może dojść zwłaszcza przy okazji *direct-to-consumer genetic testing* o charakterze niemedycznym, który to obszar nie jest jednolicie uregulowany na poziomie prawa Unii Europejskiej.

Niewłaściwe określenie granic ochrony danych genetycznych to istotne zagrożenie dla prywatności genetycznej każdego z nas.

Brak objęcia przez definicję danych genetycznych innych niepowtarzalnych informacji niż o fizjologii lub zdrowiu, należy ocenić krytycznie. Jeśli wziąć bowiem pod uwagę unikalność oraz równą całemu życiu ludzkiemu trwałość określonych cech genetycznych – z biegiem czasu dających się coraz dokładniej ustalić – można się zastanawiać, do osiągnięcia jakiego celu dąży się przez wprowadzenie tego ograniczenia. Zwłaszcza że przy kwalifikowaniu danej informacji jako odnoszącej się do fizjologii lub zdrowia brak jest jasnych definicji. To, co dziś może być uznane za informację o fizjologii lub zdrowiu, z biegiem czasu może utracić taki charakter i odwrotnie. Objęcie zaś informacji o cechach, które dopiero staną się danymi genetycznymi, istotnie rzutuje na poziom praw i wolności w dziedzinie prywatności genetycznej na gruncie RODO.

Istotnym atrybutem danych genetycznych jest unikalność określonej cechy genetycznej. To ona determinować ma istnienie szczególnego identyfikatora, którego wejście w posiadanie nastąpi nie tylko w rezultacie analizy genomicznej, ale również transkryptonicznej, proteomicznej, metabolicznej i epigenetycznej. Stąd – z uwagi na szerokie rozumienie identyfikacji na gruncie RODO – nie można ignorować znaczenia informacji, które jedynie pośrednio dostarczają wiedzy na temat cech genetycznych. Z drugiej strony tworzenie coraz dokładniejszych map genomowych może skutkować stopniowym pozbawianiem wielu cech genetycznych ich unikalności, co w efekcie prowadzić będzie do wyłączania ich spod zakresu ochrony przewidzianej dla danych genetycznych. Wyznaczenie granic ochrony danych genetycznych, która to potrzeba w istocie zaktualizuje się dopiero na etapie stosowania prawa krajowego, ma istotne znaczenie z punktu widzenia praktyki stosowania RODO. Wysoce abstrakcyjny walor omawianego zagadnienia nie stanowi jednak „immunitetu" w kontekście zapewnienia przestrzegania zasad dotyczących przetwarzania danych osobowych (art. 5 RODO). Niewłaściwe określenie granic ochrony danych genetycznych, skutkujące nieuprawnionym wyłączeniem spod tych granic określonego zestawu informacji, może bowiem wiązać się nie tylko z wysokim ryzykiem nałożenia na administratora danych kary pieniężnej w podwyższonej wysokości lub poniesienia odpowiedzialności cywilnoprawnej oraz karnej, ale również z istotnym zagrożeniem dla prywatności genetycznej każdego z nas.

Bibliografia

Barta P., Kawecki M., Litwiński P., *Artykuł 9 Przetwarzanie szczególnych kategorii danych* (w:) P. Litwiński (red.), *Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz*, Warszawa 2018.

Barta P., Kawecki M., Litwiński P., *XIII. Definicja danych genetycznych* (w:) P. Litwiński (red.), *Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz*, Warszawa 2018.

Barta P., Litwiński P., *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2016.

Bentz E. i in., *A Polymorphism of the CYP17 Gene Related to Sex Steroid Metabolism Is Associated with Female-to-male but Not Male-to-female transsexualism*, „Fertility and Sterility" 2008, vol. 90, issue 1.

Bernstein B., Meissner A., Lander E., *The Mammalian Epigenome*, „Cell" 2007, vol. 128, issue 4, s. 669–681.

Bohannon J., *Genealogy Databases Enable Naming of Anonymous DNA Donors*, „Science" 2013, vol. 339, issue 6117.

Boonen K. i in., *Beyond Genes: Re-Identifiability of Proteomic Data and Its Implications for Personalized Medicine*, „Genes" 2019, vol. 10, issue 9.

Brink M van den, Dunne P., *Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis*, Luxembourg 2018, s. 56–57, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/trans_and_intersex_equality_rights.pdf (dostęp 15.01.2021).

Brown T., *Genomy*, Warszawa 2019, s. 456.

Cai R. i in., *Deterministic Identification of Specific Individuals from GWAS Results*, „Bioinformatics" 2015, vol. 31, issue 11.

Drozdowska U., Wnukiewicz-Kozłowska A., *Rozdział 17. Zmiana płci* (w:) L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.) *System Prawa Medycznego*, t. 2: *Szczególne świadczenia zdrowotne*, Warszawa 2018.

Drożdżowski Ł., *Dane osobowe zmarłych trzeba chronić*, „Rzeczpospolita" z 03.11.2017, nr 256 (10894).

Drożdżowski Ł., *Datenschutzrechtliche Pflichten von Unternehmen bei der Verarbeitung genetischer Daten*, Hamburg 2019, s. 20–24.

Drożdżowski Ł., *Nieinwazyjne testy prenatalne – wybrane problemy*, „ABI Expert" 2020, nr 4(17).

Drożdżowski Ł., *Pseudonimizacja i anonimizacja w zakresie prowadzenia monitoringu* (w:) A. Sieradzka, M. Wieczorek, *Monitoring zgodny z RODO. Praktyczny poradnik z wzorami dla sektora publicznego i prywatnego*, Warszawa 2020.

Ducharme J., *A Major Drug Company Now Has Access to 23andMe's Genetic Data. Should You Be Concerned?*, 26.07.2018, https://time.com/5349896/23andme-glaxo-smith-kline/ (dostęp 15.01.2021).

Erlich Y. in., *Identity Inference of Genomic Data Using Long-range Familial Searches*, „Science" 2018, vol. 362, issue 6415.

Finnegan T., Halls A., *Identiffcation and genomic data*, PHG Foundation 2017, https://www.phgfoundation.org/documents/PHGF-Identification-and-genomic-data.pdf (dostęp 15.01.2021).

Fischer B. i in., *4 Definicje* (w:) M. Sakowska-Baryła, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2018.

Garrison N.A. i in., *Genomic Contextualism: Shifting the Rhetoric of Genetic Exceptionalism*, „The American Journal of Bioethics" 2019, vol. 19, issue 1, s. 51–63.

Gendiagnostik-Kommission (GEKO) beim Robert Koch-Institut, *Dritter Bericht gemäß § 23 Abs. 4 Gendiagnostikgesetz (GenDG) für den Zeitraum vom 01.01.2016 bis 31.12.2018*, April 2019, https://www.rki.de/DE/Content/Kommissionen/GendiagnostikKommission/Taetigkeitsbericht/Taetigkeitsbericht_03.pdf?__blob=publicationFile (dostęp 15.01.2021).

Górski B. i in., *A High Proportion of Founder BRCA1 Mutations in Polish Breast Cancer families*, „International Journal of Cancer" 2004, vol. 110, issue 5.

Griffiths A. i in., *An Introduction to Genetic Analysis*, New York 2005.

Hartl D., Jones E., *Genetics: Principles and Analysis*, Boston 1998.

Hughes I. i in., *Consensus statement on management of intersex disorders*, „Journal of Pediatric Urology" 2006, vol. 2, issue 3.

Jurga A., Mondzelewski J., *Funkcjonowanie bazy danych DNA w Polsce*, „Problemy kryminalistyki" 2017, nr 297(3).

Kalokairinou L. i in., *Legislation of direct-to-consumer genetic testing in Europe: a fragmented regulatory landscape*, „Journal of Community Genetics" 2018, vol. 9, issue 2, s. 117–132.

Kampert D., *Artikel 4 Begriffsbestimmungen* (w:) G. Sydow (Hrsg.), *Europäische Datenschutzgrundverordnung. Handkommentar*, Münster 2017.

Kapelańska-Pręgowska J., *Wybrane problemy prawnej regulacji testów genetycznych* (w:) A. Białek, M. Wróblewski (red.), *Wybrane aspekty praw człowieka a bioetyka. Monografia*, Warszawa 2016, https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wybrane aspekty praw człowieka a bioetyka.pdf (dostęp 15.01.2021).

King J., *„It's Not Personal" – DNA, Privacy, And Direct To Consumer Genetic Testing*, 07.11.2019, online

Kinkorová J., *Biobanks in the Era of Personalized Medicine: Objectives, Challenges, and Innovation*, „The EPMA Journal" 2016, 7:4, https://doi.org/10.1186/s13167-016-0053-7 (dostęp 15.01.2021).

Klar M., Kühling J., *Art. 4 Nr. 1 personenbezogene Daten (inkl. Betroffene Person)* (w:) J. Kühling, B. Buchner (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung. Kommentar*, München 2017.

Krajewska A., *Conceptual Quandaries about Genetic Data – A Comparative Perspective*, „European Journal of Health Law" 2009, vol. 16, issue 1.

Krajewska A., *Wearing Genes at Work: Do We Care about Genetic Discrimination in Employment?*, „Anti-Discrimination Law Review" 2017/2, s. 44–71.

Krekora-Zając D., *Bezpieczeństwo danych genetycznych*, „Problemy Kryminalistyki" 2012, nr 278(4).

Krekora-Zając D., *Istota i charakter prawny danych genetycznych*, „Prawo i Medycyna" 2015, 61 vol. 17, nr 4, s. 5–24.

Krekora-Zając D., *Rozdział VI Prawo do prywatności. 1. Wprowadzenie* (w:) *Prawo do materiału genetycznego człowieka*, Warszawa 2014.

Kulesza E., *Ochrona danych o stanie zdrowia w świetle ustawodawstwa europejskiego i polskiej ustawy o ochronie danych osobowych*, „Prawo i Medycyna" 2000, vol. 2, nr 5, s. 101–113.

Kuru T., *Genetic Data: The Achilles' Heel of the GDPR?*, „European Data Protection Law Review" 2021, vol. 7, issue 1, s. 45–58.

Langmead B., Nellore A., *Cloud Computing for Genomic Data Analysis and Collaboration*, „Nature Reviews Genetics" 2018, vol. 19, issue 4, s. 208–219.

Lawrence P., Appelbaum P., *Genetic Testing in Psychiatry: A Review of Attitudes and Beliefs*, „Psychiatry" 2011, vol. 74, no 4, s. 315–331.

Lippert C. i in., *Identification of individuals by trait prediction using whole-genome sequencing data*, „PNAS" 2017, vol. 114, issue 38, s. 10166–10171.

Lubasz D. i in., *Art. 4 pkt 13 Dane generyczne* (w:) E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, Warszawa 2018.

Mitchell C. i in., *The GDPR and Genomic Data – the Impact of the GDPR and DPA 2018 on Genomic Healthcare and Research*, PHG Foundation 2020, https://www.phgfoundation.org/report/the-gdpr-and-genomic-data (dostęp 13.01.2021).

Nuffield Council on Bioethics, *The Forensic Use of Bioinformation: Ethical Issues*, Cambridge 2007, http://nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/The-forensic-use-of-bioinformation-ethical-issues.pdf (dostęp 15.01.2021).

Perbal L., *The case of the gene: Postgenomics between modernity and postmodernity*, „EMBO Reports" 2015, vol. 16, issue 7, s 777–781.

Phillips A., *Only a Click Away – DTC Genetics for Ancestry, Health, Love…and More: A View of the Business and Regulatory Landscape*, „Applied & Translational Genomics" 2016, vol. 8, s. 16–22.

Piprek R., *Genetyczne podłoże zaburzeń determinacji płci i rozwoju gonad*, „Endokrynologia Polska" 2008, vol. 59, No 6.

Pormeister K., Drożdżowski Ł., *Protecting the Genetic Data of Unborn Children: A Critical Analysis*, „European Data Protection Law Review" 2018, vol. 4, issue 1, s. 53–64.

Rumball S., McCall Smith A., *Human Genetic Data: Preliminary Study by the IBC on its Collection, Processing, Storage and Use*, IBC Working Group on Genetic Data, Paris 2001, http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001235/123522e.pdf (dostęp 15.01.2021).

Savage N., *Born in the blood*, „Nature" 2014, vol. 515.

Scheer B., *Physiology*, „Encyclopædia Britannica", https://www.britannica.com/science/physiology (dostęp 15.01.2021).

Schild H., *XIII. Genetische Daten (Nr. 13) (Rn. 136–138)* (w:) S. Brink, H. Wolff (Hrsg.), *BeckOK Datenschutzrecht*, 34. Edition, München 2020.

Shabani M., Marelli L., *Re-identifiability of Genomic Data and the GDPR: Assessing the Re-identifiability of Genomic Data in Light of the EU General Data Protection Regulation*, „EMBO Reports" 2019, vol. 20, issue 2.

Smith D., *Epigenetics* (w:) J. Kreutzer, J. DeLuca, B. Caplan (eds) *Encyclopedia of Clinical Neuropsychology*, Cham 2017, https://doi.org/10.1007/978-3-319-56782-2_9029-1 (dostęp 15.01.2021).

Sołtan W., Gołębiewska E., Limon J., *Choroba Huntingtona – trzy punkty widzenia*, „Forum Medycyny Rodzinnej" 2011, t. 5, nr 2.

Wolańska-Nowak P., *9.6. Częstość polimorficznych wariantów DNA w populacji* (w:) M. Kała, D. Wilk, J. Wójcikiewicz (red.), *Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2017.

Wu J., Zeng R., *Molecular basis for population variation: From SNPs to SAPs*, „FEBS Letters" 2012, vol. 586, issue 18, s. 2841–2845.

Zamir A. i in., *Presentation of a Three-Banded Allele Pattern–Analysis and Interpretation*, „Journal of Forensic Sciences" 2002, vol. 47, issue 4.

Zielińska K., *Art. 115 [Zmiany do NIKU]* (w:) M. Kawecki, M. Czerniawski (red.), *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2019.

Ziółko E., *Podstawy fizjologii człowieka*, Nysa 2006.

Marcin Sobota

Strona postępowania w procedurze ustalania opłat za usługi wodne

Marcin Sobota

Doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Architektury Krajobrazu na Wydziale Inżynierii Kształtowania Środowiska i Geodezji Uniwersytetu Przyrodniczego we Wrocławiu

marcin.sobota@upwr.edu.pl

https://orcid.org/0000-0002-5126-7472

Party to the Procedure for Setting Prices for Water Services

Subject of this paper refers to applying provisions of the Administrative Procedure Code of 14th June 1960 (hereinafter referred to as: A.P.C.) within one of the stages related to determining charges for water services defined in the Water Law Act of 20th July 2017 (hereinafter referred to as: W.L.A.). Author analyses situation in which obliged entity – after the receipt of information determining the amount of charge for water services – upon the lapse of 14 days time limit – has not made the payment and has not submitted complaint. Provisions of the W.L.A. state that in the aforementioned case authority of the National Water Holding 'Polish Waters' issues administrative decision determining the amount of charge. Moreover, the aforementioned procedure requires applying provisions of the A.P.C. Amendments related to provisions of the W.L.A. constitute a trigger for further, detailed analysis.

Słowa kluczowe: opłaty za usługi wodne, procedura administracyjna, wszczęcie postępowania, decyzja administracyjna.

Key words: charges for water services, administrative procedure, initiating proceedings, administrative decision

https://doi.org/10.32082/fp.4(72).2022.381

1. Wstęp i metodyka

Celem badawczym pozostaje zweryfikowanie, czy aktualna procedura ustalania opłat za usługi wodne, w szczególności w świetle przepisu art. 273a pr.wod. pozostaje koherentna z ogólnymi zasadami postępowania administracyjnego określonymi w k.p.a., albowiem wątpliwości może budzić kwestia określenia momentu wszczęcia postępowania administracyjnego determinującego możliwość realizacji uprawnień procesowych przez stronę, jak również określająca – zgodnie z art. 9 k.p.a. – obowiązki organów administracji w stosunku do strony w ramach toczącego się postępowania.

Autor w przyjętej metodzie badawczej w pierwszej kolejności wskazuje na podstawowe założenia trybu ustalania opłat za usługi wodne, następnie opisuje przebieg procesu legislacyjnego wprowa-

dzającego zmiany w pr.wod. (art. 273a), badając *ratio legis* przyjętej nowelizacji, co może być przydatne przy stosowaniu wykładni celowościowej, w dalszej kolejności natomiast przytacza obowiązujące przepisy prawa powszechnie obowiązującego i dokonuje ich wykładni. Na tym etapie niezbędne pozostaje również poznanie poglądów doktryny oraz orzecznictwa sądów administracyjnych, w szczególności w zakresie procedury administracyjnej i prawa wodnego (metoda komparystyczna). Dopiero skonfrontowanie i dokładna analiza wszystkich wskazanych powyższej czynników pozwoliły na weryfikację przyjętej tezy badawczej i sformułowanie wniosków końcowych (metoda analityczna).

2. Uwarunkowania prawne – zasady prawa administracyjnego

Na wstępie zasadne pozostaje przedstawienie, w jaki sposób w pr.wod. ukształtowany został system opłat za usługi wodne, ze szczególnym uwzględnieniem zasad poboru tych opłat. Przyjęty przez ustawodawcę system zakłada, że na łączną kwotę należności z tytułu opłat za usługi wodne składają się opłata stała oraz opłata zmienna, uzależniona od ilości wód pobranych, z zastrzeżeniem, że opłaty stałej nie ponosi się za pobór wód do celów rolniczych lub leśnych na potrzeby nawadniania gruntów i upraw oraz na potrzeby chowu i hodowli ryb, natomiast opłatę za usługi wodne za odprowadzanie do wód – wód pochodzących z odwodnienia gruntów w granicach administracyjnych miast ponosi się wyłącznie w formie opłaty stałej (art. 270 pr.wod.).

Opłata stała pobierana jest za: pobór wód podziemnych, pobór wód powierzchniowych, odprowadzanie do wód – wód opadowych lub roztopowych ujętych w otwarte lub zamknięte systemy kanalizacji deszczowej służące do odprowadzania opadów atmosferycznych albo systemy kanalizacji zbiorczej w granicach administracyjnych miast, a także wód pochodzących z odwodnienia gruntów w granicach administracyjnych miast oraz za wprowadzanie ścieków do wód lub do ziem. Wysokość tej opłaty ustalają Wody Polskie oraz przekazują podmiotom obowiązanym do ich ponoszenia w formie informacji rocznej, zawierającej także sposób obliczenia tej opłaty. Po otrzymaniu informacji podmiot obowiązany może dokonać płatności w wysokości określonej w informacji, co kończy procedurę w tym zakresie. W sytuacji gdy wysokość opłaty jest kwestionowana, możliwe są natomiast dwa rozwiązania. Pierwsze z nich zakłada złożenie reklamacji, w terminie 14 dni od dnia otrzymania informacji. Reklamację składamy do tego samego podmiotu, który przesłał informację, organ ma zaś 14 dni na jej rozpoznanie. W omawianym przypadku możliwe są dwa rozstrzygnięcia organu administracji. Po pierwsze, uznanie reklamacji za zasadną, co skutkuje tym, że Wody Polskie przekazują podmiotowi obowiązanemu do ponoszenia opłat za usługi wodne nową informację, zawierającą także sposób obliczenia opłaty. Po drugie, w razie nieuznania reklamacji właściwy organ Wód Polskich określa wysokość opłaty za usługi wodne w drodze decyzji administracyjnej, od której to decyzji przysługuje stronie skarga bezpośrednio do sądu administracyjnego, a więc nie występuje w tym przypadku możliwość złożenia odwołania od organu wyższego stopnia w ramach k.p.a. (art. 273 Pr.Wod.). Jeżeli natomiast podmiot obowiązany, który otrzymał informację o wysokości opłaty, nie składa reklamacji, a jednocześnie nie dokonuje zapłaty w wysokości wskazanej w informacji, to Wody Polskie winny wydać decyzję administracyjną w zakresie wysokości opłaty za usługi wodne, od której to decyzji służy odwołanie w trybie k.p.a., a więc do organu wyższego stopnia.

W przypadku opłaty zmiennej jej wysokość uzależniona jest od ilości pobranej wody, ilości i jakości odprowadzonych ścieków lub ilości odprowadzanych wód do wód, przy założeniu, że okresem rozliczeniowym pozostaje kwartał. Podobnie jak ma to miejsce w przypadku opłaty stałej również w tym przypadku to Wody Polskie są organem, który określa wysokość opłaty zmiennej i przekazuje podmiotowi zainteresowanemu dane w formie informacji, zawierającej również sposób wyliczenia opłaty. Niezbędne dane, które stanowią podstawę określenia wysokości tej opłaty, to odczyty wskazań przyrządów pomiarowych lub dane z systemów pomiarowych bądź też oświadczenia podmiotów zobowiązanych. Kolejne etapy procedury poboru opłaty zmiennej za usługi wodne pozostają zbieżne z przedstawioną powyżej procedurą poboru opłaty stałej, tak w zakresie złożenia reklamacji, jak i procedury odwoławczej (art. 272 Pr.Wod.)[1].

1 M. Sobota, B. Jawecki, *Aspekty prawne procedury określenia opłaty za usługi wodne w nowym prawie wodnym*, „Ius Novum" 2019, nr 4, s. 126–127.

Mając na uwadze powyższe uregulowania oraz zakres tematyczny niniejszego opracowania, w pierwszej kolejności podkreślić należy, że w procedurze ustalania opłaty za usługi wodne *expressis verbis* ustawodawca przewidział dwie sytuacje faktyczne, których wynikiem jest wydanie decyzji administracyjnej przez Wody Polskie. Pierwsza sytuacja ma miejsce, gdy dochodzi do wydania decyzji administracyjnej określającej wysokość opłaty za usługi wodne, gdy podmiot obowiązany nie dokonał płatności za usługi wodne w wysokości określonej w informacji w terminie 14 dni od dnia doręczenia tej informacji[2] (od takiej decyzji przysługuje odwołanie do organu wyższego stopnia w trybie k.p.a.). Druga sytuacja uregulowana w pr.wod. obejmuje stan faktyczny, gdy po złożeniu reklamacji w związku z otrzymaną informacją o wysokości opłaty za usługi wodne organ Wód Polskich wydaje decyzję administracyjną, w której nie uwzględnia zgłoszonej reklamacji i określa wymiar opłaty[3] (od takiej decyzji administracyjnej przysługuje jedynie skarga do sądu administracyjnego z pominięciem odwołania do organu wyższego stopnia w ramach procedury określonej w k.p.a.).

Już od chwili wejścia w życie przepisów pr.wod. takie uregulowanie budziło liczne kontrowersje, albowiem powstały wątpliwości, czy takie ukształtowanie procedury daje stronie możliwości realizacji jej praw określonych w k.p.a., m.in. w zakresie art. 10 § 1 k.p.a. i art. 61 § 4 k.p.a.[4] Wątpliwości te zdawał się również dostrzegać ustawodawca, podejmując próbę zmiany przepisów prawnych w tym zakresie. W ocenie autora zasadne pozostaje przedstawienie szczegółowo przebiegu prac nad zmianami pr.wod. w rozpatrywanym aspekcie, albowiem ukazuje on, w jaki sposób na etapie prac legislacyjnych modyfikacji ulegały poglądy ustawodawcy i kto był inicjatorem rozwiązań aktualnie obowiązujących, a tym samym może przyczynić się do należytego zastosowania wykładni celowościowej w ramach dokonywanej analizy.

Pierwotny projekt zmian w pr.wod. zakładał dodanie art. 301a w brzmieniu: „W postępowaniach dotyczących decyzji, o których mowa w art. 271 ust. 7, art. 272 ust. 19 i ust. 24, art. 273 ust. 6, art. 275 ust. 15 i ust. 19 oraz w art. 281 ust. 7, przepisów art. 10 § 1 oraz art. 61 § 4 ustawy z dnia z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego nie stosuje się”[5]. Taka propozycja zmian zakładała więc wyłączenie stosowania przepisów art. 10 § 1 k.p.a. i art. 64 § 1 k.p.a. z procedury ustalania opłat za usługi wodne we wszystkich wariantach (zarówno gdy złożono reklamację, jak i w sytuacji braku dokonania płatności bez składania reklamacji). W uwagach zgłoszonych przez Rządowe Centrum Legislacji podkreślone zostało, że możliwość wyłączenia zastosowania podstawowej zasady czynnego udziału stron w postępowaniu jest dopuszczalne w szczególnie uzasadnionych przypadkach i choć sam k.p.a. przewiduje takie szczególne sytuacje, tj. gdy załatwienie sprawy nie cierpi zwłoki ze względu na niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia ludzkiego albo ze względu na grożącą niepowetowaną szkodę materialną[6], to jednak Rządowe Centrum Legislacji podkreśliło, że takie uregulowanie ustawowe stanowiłoby wyjątek od zasady i winno być w sposób szczegółowy uzasadnione, natomiast przesłane uzasadnienie do projektu zmian w ogóle nie zawierało uzasadnienia w tym zakresie[7].

Pomimo powyższych zastrzeżeń 2 maja 2018 r. projekt aktu prawnego zawierającego art. 301a pr.wod. nie uległ zmianie i w takiej treści został skierowany do Rządowego Centrum Legislacyjnego w celu przesłania

2 Art. 271 ust. 7 i art. 272 ust. 19 pr. wod.

3 Art. 273 ust. 6 pr.wod.

4 Por. M. Białek, D. Chojnacki, T. Grabarczyk, *Opłaty za usługi wodne w nowym prawie wodnym*, Warszawa 2018, s. 113–125.; M. Sobota, B. Jawecki, *Aspekty…*, s. 123–145; K. Filipek, M. Kucharski, P. Michalski, *Nowe prawo wodne najważniejsze zmiany dla gmin i przedsiębiorstw wodno-kanalizacyjnych*, Warszawa 2018, s. 92–94.

5 Projekt ustawy o zmianie ustawy Prawo wodne oraz niektórych innych ustaw, https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12310401/12501422/12501423/dokument337490.pdf (dostęp 14.03.2020). Wnioskodawca – Ministerstwo Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej w dniu 14 marca 2018 r. przesłał do Rady Ministrów projekt ustawy o zmianie ustawy Prawo wodne oraz niektórych innych ustaw (UD 395).

6 Art. 10 § 2 k.p.a.

7 Dokument Rządowego Centrum Legislacji z dnia 21.03.2018 r. do Sekretarza Stałego Komitetu Rady Ministrów RCL. DPPRI.550.11/2018, https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12310401/12501422/12501424/dokument337500.pdf (dostęp 14.03.2020).

go do Komisji Prawniczej[8]. W uzasadnieniu wskazano na zasadność wprowadzenia rozwiązań zawartych w art. 301a, przede wszystkim podkreślając konieczność usprawnienia procedury wydawania decyzji ustalającej wysokość opłaty za usługi wodne, co jednak ważne, w uzasadnieniu jest mowa o sytuacjach, kiedy podmiot obowiązany złożył reklamację, jak również w przypadkach, gdy nie wniesiono opłaty w terminie[9].

W trakcie posiedzenia prac Komisji Prawniczej 14 i 16 maja 2018 r. przedstawiciele wnioskodawcy, tj. Ministerstwa Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej, stwierdzili, że w związku z podnoszonymi zastrzeżeniami dotyczącymi wyłączenia stosowania art. 10 § 1 k.p.a. oraz art. 61 § 4 k.p.a. rozważą rezygnację z takiego rozwiązania, ale z wyjątkiem postępowania reklamacyjnego, o którym mowa w art. 273 pr.wod.[10]

24 maja 2018 r. Minister Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej przesłał do Rady Ministrów projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo wodne i innych ustaw[11], gdzie po raz pierwszy znajduje się propozycja dodania do pr.wod. nowego przepisu art. 273a (zamiast art. 301a) w brzmieniu: „W przypadku złożenia reklamacji, o której mowa w art. 273 ust. 1, przepisów art. 10 § 1 oraz art. 61 § 4 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego nie stosuje się”[12]. Powyższe brzmienie przepisu art. 273a pr.wod. znalazło się w Ustawie z dnia 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy – Prawo wodne oraz niektórych innych ustaw – opublikowanej w dniu 5 września 2018 r.[13]

Powyższa analiza procesu legislacyjnego w zakresie wprowadzenia przepisu art. 273a Pr.Wod. potwierdza tezę, że ustawodawca dostrzegał problem związany z zakresem zastosowania przepisów k.p.a. w ramach procedury ustalania opłat za usługi wodne, w szczególności w zakresie należytego stosowania przepisu art. 10 § 1 k.p.a. i art. 61 § 4 k.p.a., które to naruszenia mogły skutkować nawet wzruszeniem ostatecznych wymiarowych decyzji administracyjnych (art. 145 § 1 pkt 4 k.p.a. w zw. z art. 10 § 1 k.p.a.)[14]. Zasadne jednak pozostaje pytanie, czy przyjęta koncepcja zmian

8 Pismo z 2 maja 2018 r. skierowane do Rządowego Centrum Legislacji przez Ministerstwo Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej, DP.WPL.2.0210.24.2018.MK, https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12310401/12501427/dokument340602.pdf (dostęp 14.03.2020).

9 W uzasadnieniu nadto podkreślono, że „na gruncie aktualnie obowiązującej regulacji, dochowanie terminu przepisanego prawem materialnym, przy stosowaniu przepisów ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego dotyczących wszczęcia postępowania, udziału stron, nie są możliwe do zastosowania. Niezbędna jest tym samym regulacja wyłączająca stosowanie przepisów art. art. 10 § 1 oraz art. 61 § 4 ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego do katalogu spraw, w których w drodze decyzji ustalana jest wysokość opłaty za usługi wodne”. Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo wodne oraz niektórych innych ustaw z dnia 02.05.2018 r., https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12310401/12501427/dokument340604.pdf (dostęp 14.03.2020).

10 W stanowisku prezentowanym przez wnioskodawcę podkreślono, że: „wyłączenie stosowania art. 10 § 1 oraz art. 61 § 4 Kodeksu postępowania administracyjnego w postępowaniu reklamacyjnym, mimo przedstawionych zastrzeżeń wynikających z istoty i wagi zasady czynnego udziału stron w postępowaniu administracyjnym, powinno w projekcie pozostać.” – Protokół z posiedzenia Komisji Prawniczej Rządowego Centrum Legislacji z 14 i 16 maja 2019 r., RCL.DPPRI.550.11/2018, https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12310401/12501427/dokument355239.pdf (dostęp 14.03.2020).

11 Pismo z 24.05.2018 r. Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej do Sekretarza Rady Ministrów, https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12310401/12501428/12501429/dokument343009.pdf (dostęp 14.03.2020).

12 W ocenie wnioskodawcy proponowana zmiana nie będzie skutkowała narażeniem strony na ograniczenie prawa do aktywnego udziału w ewentualnym postępowaniu administracyjnym, albowiem z tego prawa już korzysta na etapie składania reklamacji, w której może szczegółowo określić dlaczego nie zgadza się z wysokością opłaty ustaloną w informacji. Takie rozwiązanie pozwoli również w opinii autora projektu zmian pr.wod. na urealnienie rozpatrywania reklamacji w ustawowym terminie 14 dni, https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12310401/12501428/12501429/dokument343010.pdf (dostęp:14.03.2020).

13 Dz.U. z 2018 r., poz. 1722. – ustawa wchodzi w życie w terminie 14 od dnia ogłoszenia, tj. 20.09.2018 r.

14 Por. R. Stankiewicz, *Art. 61 Kodeksu postępowania administracyjnego* (w:) R. Hauser (red.), *Kodeks Postępowania Administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis; wyrok NSA z dnia 13 sierpnia 2013 r., II OSK 779/12, Legalis nr 764751; wyrok NSA z dnia 19 czerwca 1998 r., I SA/Lu 652/97, Legalis nr 1170292; wyrok NSA z dnia 5 września 2002 r., I SA 3214/01, Legalis nr 100340.

w ramach art. 273a pr.wod. rzeczywiście usuwa istniejące wcześniej wątpliwości co do stosowania przepisów k.p.a. w ramach procedury określenia wysokości opłaty za usługi wodne. Warte uwagi pozostaje, iż ustawodawca w początkowych zamierzeniach (proponowany art. 301a pr.wod, o którym była mowa powyżej) zakładał wyłączenie z procedury ustalania opłat za usługi wodne stosowania przepisów art. 10 § 1 k.p.a. i art. 61 § 4 k.p.a., zarówno w sytuacji, gdy podmiot obowiązany po otrzymaniu informacji o wysokości opłaty składa reklamację, a następnie organ Wód Polskich wydaje wymiarową decyzję administracyjną (art. 273 ust. 6 Pr.Wod.), jak i w sytuacji, gdy podmiot obowiązany nie składa reklamacji i oczekuje na wydanie decyzji administracyjnej w celu określenia wysokości opłaty (art. 271 ust. 7 Pr.Wod. i art. 272 ust. 19 Pr.Wod.). W aktualnie obowiązującym brzmieniu, art. 273a pr.wod. wyłącza stosowanie art. 10 § 1 k.p.a. i art. 61 § 4 k.p.a. tylko w ramach procedury, kiedy podmiot obowiązany składa reklamację, a tym samym – wnioskując *a contrario* – przyjąć należy, iż przepisy te w dalszym ciągu mają zastosowanie w ramach procedury administracyjnej, gdy podmiot obowiązany choć nie zgadza się wymiarem opłaty, nie składa reklamacji, oczekuje zaś na wydanie decyzji administracyjnej w tym zakresie (art. 271 ust. 7 Pr.Wod. i art. 272 ust. 19 pr.wod.).

Ustawodawca nie uzasadnia w sposób wyczerpujący, dlaczego w trakcie procesu legislacyjnego zmienił wcześniej przyjęte założenia zmian i zdecydował się na obowiązujące brzmienie art. 273a pr.wod., co w ocenie autora wprowadziło wręcz dodatkowe wątpliwości interpretacyjne.

W ramach procedury ustalania opłat za usługi wodne stosujemy przepisy k.p.a., o czym przesądza art. 14 ust. 6 pkt 2 pr.wod. w zw. z art. 14 ust. 2 pr.wod, a tym samym w toku procedury administracyjnej przed organami Wód Polskich winny znaleźć realizację również tzw. normatywne zasady ogólne postępowania administracyjnego[15]. Zarazem, mając baczenie na ograniczenie wynikające z rt.. 273a pr.wod. i cele badawcze niniejszego opracowania, zasadne pozostaje w pierwszej kolejności skupienie się na przepisach art. 10 § 1 k.p.a. i art. 61 § 4 k.p.a.

Analiza procesu legislacyjnego potwierdza tezę, że ustawodawca dostrzegał problem związany z zakresem zastosowania przepisów k.p.a. w ramach procedury ustalania opłat za usługi wodne.

W art. 10 § 1 k.p.a. określona została zasada czynnego udziału stron w postępowaniu, nazywana też prawem do wysłuchania bądź prawem do obrony[16], której to gwarancja należytej realizacji spoczywa na organie administracyjnym[17]. Podkreślić należy, iż

15 Normatywne zasady ogólne postępowania administracyjnego to: zasada praworządności (art. 6 i 7 k.p.a.), zasada udzielania informacji (art. 9 k.p.a.), zasada czynnego udziału stron w postępowaniu (art. 10 k.p.a.), zasada budowy zaufania do organów władzy publicznej (art. 8 § 1 k.p.a.), zasada bezstronności, równego traktowania i proporcjonalności (art. 8 § 1 k.p.a.), zasada przekonywania (art. 11 k.p.a.), zasada wyważania znaczenia wymagań interesu publicznego i słusznego interesu stron (art. 7 k.p.a.) – Zob. J. Borkowski, A. Krawczyk, *Rozdział IX. Postępowanie zwykłe. Przedmiot postępowania zwykłego* (w:) R. Hauser (red.), *System Prawa Administracyjnego*, t. 9, *Prawo procesowe administracyjne*, Warszawa 2020, s. 181–182.

16 Por. Z. Kmieciak, *Zarys teorii postępowania administracyjnego*, Kraków 2014, s. 189 i n.

17 Wyrok NSA – Ośrodek Zamiejscowy we Wrocławiu z dnia 28 września 1999 r., I SA/Wr 294/97, Lex nr 76781; wyrok WSA w Warszawie z dnia 13 stycznia 2010 r., V SA/Wa 1252/09, Legalis nr 212936; wyrok WSA w Warszawie z dnia 30 września 2004 r., I SA 149/03, Legalis, nr 71425.

takie ukształtowanie stanu prawnego w rozpatrywanym zakresie łączy się z konsekwencjami prawnymi, które oddziaływają w sposób zasadniczy na sytuację prawną strony postępowania administracyjnego, albowiem w doktrynie podkreśla się, że zasada ta znajduje zastosowanie w każdej z faz postępowania administracyjnego, m.in. poprzez obowiązek zawiadomienia strony o toczącym się postępowaniu (art. 61 § 4 k.p.a.), prawie wglądu w akta (art. 73 k.p.a.), prawie inicjatywy dowodowej (art. 78 k.p.a.), prawie do wypowiedzenia się co do zebranego materiału dowodowego przed wydaniem merytorycznego rozstrzygnięcia w sprawie (art. 81 k.p.a.)[18]. Co więcej, zasada ta stanowi realizację konstytucyjnego prawa do sądu[19] (art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.[20]). Podkreślić należy, iż to obowiązkiem organu administracyjnego jest pouczenie strony o możliwości realizacji powyższych uprawnień, albowiem jak trafnie wskazuje Barbara Adamiak, nie pozostawiono organowi oceny, czy zapewnić realizację tego prawa stronie, natomiast pozostawiono stronie swobodę wykorzystania tego prawa[21]. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 29.01.1992 r. stwierdził, że: „załatwienie spraw administracyjnych w oparciu o określone w prawie materialnym kryteria przedmiotowe, z pominięciem gwarantowanych ustawowo praw podmiotowych strony, do której kierowane są jednostronne rozstrzygnięcia (decyzje administracyjne), koliduje z podstawowymi zasadami prawa i postępowania administracyjnego wyrażonymi w art. 7 i art. 10 § 1 k.p.a."[22]

Kolejnym aspektem, który winien być rozpatrzony, z uwagi na przepis art. 273a pr.wod. to gwarancje zastrzeżone dla strony postępowania zawarte w art. 61 § 4 k.p.a., również w szerszym aspekcie, tj. określenia chwili wszczęcia postępowania administracyjnego z uwagi na fakt, iż to dopiero z chwilą wszczęcia postępowania organ administracji publicznej jest związany przepisami postępowania administracyjnego, a w konsekwencji zobowiązany jest również do realizacji normatywnych zasad prawa postępowania administracyjnego.

Podkreślić należy, iż wszczęcie postępowania administracyjnego nie jest zasadniczo związane z wydaniem odrębnego aktu administracyjnego (dotyczy to zarówno wszczęcia postępowania na wniosek strony, jak i z urzędu). Zarazem jednak zawiadomienie strony o wszczęciu postępowania z urzędu, przewidziane przez art. 61 § 4 k.p.a., winno mieć formę pisemną (art. 14 k.p.a.), z zastrzeżeniem jednak, że nie przyjmuje ono formy procesowej postanowienia czy też decyzji[23]. Problemem, który ma zasadnicze znaczenie w sytuacji ustalania wysokości opłaty za usługi wodne i stosowaniem w ramach tej procedury przepisów k.p.a., jest należyte ustalanie daty wszczęcia postępowania w tym zakresie. Zgodnie z poglądem utrwalonym w orzecznictwie za datę wszczęcia postępowania z urzędu należy przyjąć pierwszą czynność urzędową wobec strony lub czynność podjętą w sprawie przez organ administracji publicznej z urzędu, przy jednoczesnym założeniu, że z faktem podjęcia takiej czynności powiązane musi być powiadomienie o niej strony[24]. Mając na uwadze

18 Por. J. Malanowski, *Art. 10 Kodeks Postępowania Administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis (dostęp 14.03.2020); J. Borkowski, A. Krawczyk, *Rozdział IX…*, s. 183–184; H. Knysiak-Molczyk, *Uprawnienia strony w postępowaniu administracyjnym*, Kraków 2004, s. 124 i nast.

19 Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 2 czerwca 1999 r. (K 34/98, publ. OTK 1999, Nr 5, poz. 94, Legalis nr 43543), w uzasadnieniu którego stwierdzono, że prawo do sądu jest również zachowane na gruncie takich regulacji, które zapewniają kontrolę sądową rozstrzygnięcia, decyzji czy innego aktu indywidualnego kształtującego sytuację prawną podmiotu – poprzez uruchomienie postępowania przed sądem powszechnym lub sądem administracyjnym. Tożsame stanowisko zostało również potwierdzone przez Trybunał Konstytucyjny np. w wyroku z 4 marca 2008 r., SK 3/07, publ. OTK-A 2008, Nr 2, poz. 25, Legalis nr 93717, a także wyroku z 13 marca 2012 r., P 39/10, publ. OTK-A 2012, Nr 3, poz. 26, Legalis nr 434353 – P. Grzegorczyk, K. Weizt, (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.) *Konstytucja RP*, t. 1, *Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, Legalis (dostęp 12.12.2020).

20 Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 z późn. zm.

21 B. Adamiak, *Art. 10 Kodeks postępowania administracyjnego* (w:) B. Adamiak, J. Borkowski (red.) *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis (dostęp 14.03.2020).

22 Wyrok NSA z dnia 29 stycznia 1992 r., SA/Ka 963/91, Legalis nr 37125.

23 R. Stankiewicz, *Art. 61…*, Legalis (dostęp 15.03.2020).

24 Postanowienie NSA z dnia 4 marca 1981 r., SA 654/81, ONSA 1981, Nr 1, poz. 15; wyrok NSA z dnia 26 października

powyższe, zasadne pozostaje ustalenie, że przedmiotowa czynność urzędowa, której to dokonanie przez organ administracji publicznej skutkuje wszczęciem postępowania administracyjnego z urzędu, musi mieć zatem charakter zewnętrzny, tzn. musi być dokonana wobec strony. Taka konstatacja pozwala na stwierdzenie, że takiego charakteru nie mają w szczególności czynności przygotowawcze organu, zmierzające do ustalenia zasadności wszczęcia postępowania z urzędu, które mogą przybrać np. formę konsultacji pomiędzy organami administracji publicznej w drodze wymiany korespondencji[25]. Nadto konieczne do podkreślenia pozostaje, iż w przypadku braku powiadomienia strony o wszczęciu postępowania i tak zostaje ono rozpoczęte, o momencie jego wszczęcia decydować zaś będzie wykazana w aktach sprawy pierwsza istotna czynność w sprawie[26].

Brak jest jasnych kryteriów, dlaczego ustawodawca zdecydował się na zróżnicowanie prawnej sytuacji strony postępowania, tj. sytuacji, w której wydawana jest w stosunku do niej decyzja administracyjna: z jednej strony po wcześniejszym wniesieniu reklamacji (art. 273a Pr.Wod.), z drugiej zaś w sytuacji, gdy strona nie wnosi reklamacji, natomiast zdecydowała się nie dokonywać opłaty i czekać na wydanie decyzji administracyjnej (dzięki temu zyskuje możliwość zaskarżenia jej do organu wyższego stopnia w ramach postępowania administracyjnego). Odwołując się do orzecznictwa sądów administracyjnych, stwierdzić możemy, że: „zgodnie z art. 14 ust. 2 pr.wod. do postępowań toczących się przed organami Wód Polskich stosuje się przepisy k.p.a., to ustalenie przez właściwy organ Wód Polskich oraz przekazanie podmiotom obowiązanym do ponoszenia opłat za usługi wodne informacji w przedmiocie opłaty, o której mowa w art. 271 ust. 1 pr.wod., nie wszczyna postępowania administracyjnego. Do jego wszczęcia dochodzi dopiero z momentem złożenia reklamacji odpowiadającej warunkom z art. 273 ust. 1 pr.wod. oraz ogólnym warunkom podania określonym w k.p.a."[27]. Zarazem jednak zgodnie z art. 273a pr.wod. w zainicjowanym w ten sposób postępowaniu administracyjnym – tj. poprzez wniesienie reklamacji – nie stosuje się art. 10 § 1 k.p.a. oraz art. 61 § 4 k.p.a., a więc na mocy powyższego przepisu szczególnego organ administracji nie ma zatem obowiązku zawiadomienia strony, że wniesiona reklamacja wszczęła postępowanie administracyjne, które w przypadku nieuwzględnienia zawartego w reklamacji żądania strony będzie zakończone wydaniem decyzji podlegającej zaskarżeniu do sądu administracyjnego. Powyższe twierdzenia zawarte w uzasadnieniu wyroku WSA w Gdańsku z dnia 25.07.2019 r. nakazują zadać pytanie, kiedy w takim razie dochodzi do wszczęcia postępowania administracyjnego w sytuacji, gdy strona nie składa reklamacji w terminie 14 dni od dnia otrzymania informacji Wód Polskich o wysokości opłaty za usługi wodne i oczekuje na wydanie decyzji wymiarowej (przedmiotowe orzeczenie WSA dotyczy postępowania reklamacyjnego). Dopiero odpowiedź na to pytanie pozwoli wskazać, od kiedy mamy w ogóle do czynienia ze stroną postępowania, od kiedy może ona realizować określone prawa i w jakim terminie wszczęte postępowanie winno być zakończone, co więcej ustawodawca przecież w takim wypadku nie wyłączył stosowania przepisów art. 10 § 1 k.p.a. i art. 61 § 4 k.p.a.

W ocenie autora, w rozpatrywanym przypadku (brak złożenia reklamacji) z uwagi na fakt, iż postępowanie kończy jednak wydanie decyzji administracyjnej, mamy w tym przypadku do czynienia ze sprawą indywidualną administracyjną, a więc sytuacją, gdy właściwy i kompetentny do podjęcia decyzji stosowania prawa i ustanowienia nią jednostkowej normy prawnej będzie organ administracji publicznej w znaczeniu ustrojowym lub funkcjonalnym[28]. Od decyzji administracyjnej wydanej w trybie art. 271 ust. 7 pr.wod. przysługuje również odwołanie w try-

1999 r., III SA 7955/98, Legalis 62631; wyrok NSA z dnia 13 października 1999 r., IV SA 1364/97, niepublikowane; wyrok NSA z dnia 20 stycznia 2010 r., II GSK 321/09, Legalis nr 224515.

25 Por. R. Kędziora, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2017, Legalis (dostęp 16.03.2020).

26 R. Stankiewicz, *Art. 61…*, Legalis (dostęp 15.03.2020).

27 Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 25 lipca 2019 r., III SA/Gd 315/19, Legalis, nr 2195941.

28 Por. B. Adamiak, *Art. 10…*, Legalis (dostęp 16.03.2020); W. Dawidowicz, *Zarys procesu administracyjnego*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1989, s. 7–8.

bie k.p.a.[29] Jak stwierdzone zostało w uzasadnieniu wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z 5 kwietnia 2019 r.[30] przez Sąd rozpatrujący sprawę w związku z decyzji wydaną w trybie art. 271 ust. 7 pr.wod. merytoryczna kontrola decyzji organu II instancji (dyrektora regionalnego zarządu gospodarki wodnej) winna mieć miejsce „choćby w postępowaniu reklamacyjnym lub odwoławczym". W omawianym przypadku nie mamy jednak do czynienia ze złożeniem reklamacji (brak postępowania reklamacyjnego), natomiast z zaniechaniem dokonania opłaty w terminie do wniesienia reklamacji, co skutkuje – zgodnie z przepisem art. 300 ust. 1 pr.wod., iż mamy do czynienia z zaległością podatkową, o czym orzeka organ w drodze decyzji[31].

Brak jest jasnych kryteriów, dlaczego ustawodawca zdecydował się na zróżnicowanie prawnej sytuacji strony postępowania.

3. Wnioski

Konkludując powyższe rozważania, stwierdzić należy, iż żadne z przytoczonych powyżej orzeczeń nie odpowiada w sposób kompleksowy na zasadnicze pytanie, a mianowicie: kiedy dochodzi do wszczęcia postępowania administracyjnego, gdy podmiot obowiązany nie zgadza się z wysokością opłaty określoną w informacji przesłanej przez Wody Polskie, a jednocześnie nie składa reklamacji. Za taki moment uznać należy pierwszą czynność urzędową wobec strony lub czynność podjętą w sprawie przez organ administracji publicznej z urzędu[32], co więcej z taką czynnością musi być powiązane powiadomienie strony[33]. W ocenie autora z taką czynnością urzędową mamy do czynienia wraz z doręczeniem stronie informacji o wysokości opłaty[34]. W kontekście tezy badawczej i rozważań prawnych, w szczególności przez pryzmat uregulowania z art. 273a pr.wod., zasadne pozostaje również podkreślenie, że w toku tego postępowania – po doręczeniu stronie informacji o wysokości opłaty za usługi wodne przez Wody Polskie – winny zostać zrealizowane wszelkie normatywne zasady postępowania administracyjnego, w szczególności z art. 10 § 1 k.p.a. i art. 61 § 4 k.p.a.[35], a więc na organie administracji ciąży obowiązek zapewnienia możliwości stronie czynnego udziału w postępowaniu, przeprowadzenia postępowania dowodowego, jak również umożliwienie stronie wypowiedzenia się co do zebranego w sprawie materiału dowodowego (mając baczenie, iż strona nie

29 Postanowienie WSA w Poznaniu z dnia 19 czerwca 2019 r., II SA/Po 1015/18, Legalis nr 1972122; wyrok WSA w Opolu z dnia 19 września 2018 r., I SA/Op 229/19, Leglais nr 1827428; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 20 lutego 2019 r.,IV SA/Po 996/19, Legalis, nr 1916786.

30 Wyrok WSA w Krakowie z dnia 5 kwietnia 2019r., II SA/Kr 09/19, Legalis nr 1896449.

31 Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 29 listopada 2018 r., SA/Ol 720/18, Legalis nr 185124; wyrok WSA w Gdańsku z dnia 1 sierpnia 2018 r., II SA/Gd 297/18, Legalis nr 1809705.

32 Zob. Wyrok NSA z dnia 13 października 1999 r., IV SA 1364/97, niepubl.; wyrok NSA z dnia 20 stycznia 2010 r., II GSK 321/09, Legalis nr 224515.

33 Postanowienie NSA z dnia 4 marca 1981 r., SA 654/81, ONSA 1981, nr 1, poz. 15; wyrok NSA z dnia 26 października 1999 r., III SA 7955/98, Legalis nr 62631.

34 Por. M. Sobota, B. Jawecki, *Aspekty prawne procedury…*, s. 133–135.

35 Odstąpienie od zasady zapewnienia czynnego udziału stronie w oparciu o przepis art. 10 § 2 k.p.a. w ocenie autora nie może mieć zastosowania. Art. 10 § 2 k.p.a.: „Organy administracji publicznej mogą odstąpić od zasady określonej w § 1 tylko w przypadkach, gdy załatwienie sprawy nie cierpi zwłoki ze względu na niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia ludzkiego albo ze względu na grożącą niepowetowaną szkodę materialną".

składa reklamacji, a więc nie zajmuje w ten sposób stanowiska w sprawie).

Tym samym uznać należy, iż twierdzenie zawarte w uzasadnieniu przywołanego powyżej wyroku WSA w Gdańsku z 25.07.2019 r.[36], że przekazanie stronie przez Wody Polskie informacji o wysokości opłaty za usługi wodne nie wszczyna postępowania, a ma to miejsce dopiero z dniem złożenia reklamacji, może budzić wątpliwości, albowiem autor nie widzi prawnie racjonalnego uzasadnienia, dlaczego miałby być wprowadzony swoisty dualizm co do momentu ustalenia chwili wszczęcia postępowania w sytuacji składania reklamacji przez stronę, jak i zaniechania dokonania przez nią płatności w wymiarze określonym w informacji[37]. W każdej z wymienionych sytuacji strona obciążona jest obowiązkiem zapłaty w wyniku władczego rozstrzygnięcia organu administracji w konkretnej sprawie indywidulanej, pierwszą czynnością podjętą w stosunku do strony postępowania jest zaś doręczenie informacji przez Wody Polskie, dlatego też w ocenie autora niezasadne pozostaje – na mocy art. 273a pr.wod. zróżnicowanie sytuacji prawnej strony i wyłączenie stosowania przepisów art. 10 § 1 k.p.a. i art. 64 § 1 k.p.a. tylko do sytuacji, gdy strona składa reklamację. Podstawą normatywną tezy, którą formułuje autor, stanowi przepis art. 14 ust. 2 Pr.Wod., który przesądza, że w postępowaniu, którego efektem jest nałożenie na dany podmiot opłaty za usługi wodne, stosujemy przepisy k.p.a., z zastrzeżeniem art. 273a pr.wod. Niezależnie jednak od tego, czy postępowanie kończy się na etapie informacji, czy też decyzji administracyjnej (w związku ze złożoną reklamacją lub brakiem opłaty w terminie), to stanowi ono sprawę indywidualną administracyjną. Tym samym wydanie informacji stanowiącej samoistną podstawę opłaty za usługi wodne stanowi „jednostronne i władcze oświadczenie woli organu administracji publicznej w rozumieniu k.p.a., oparte na powszechnie obowiązujących przepisach prawa, skierowane do konkretnego zewnętrznego adresata, rozstrzygające sprawę indywidualną tegoż adresata, podjęte w trybie przewidzianym przez k.p.a. oraz posiadające formę i strukturę ustaloną przez prawo procesowe”[38]. Nadto prezentowane stanowisko znajduje odzwierciedlenie m.in. w wyroku NSA z 21 lutego 1994 r., w którym podkreślone zostało, że pismo pochodzące od organu administracji, skierowane na zewnątrz i w sposób władczy rozstrzygające o prawach i obowiązkach prawnych podmiotów występujących w obrocie w sprawie indywidualnej, niemające formy decyzji, jest decyzją administracyjną, choćby dla rozstrzygnięcia takiego nie było podstawy prawnej[39].

Po doręczeniu stronie informacji o wysokości opłaty za usługi wodne przez Wody Polskie – winny zostać zrealizowane wszelkie normatywne zasady postępowania administracyjnego.

W ocenie autora przyjęcie powyższego założenia przesądza również o tym, że w sytuacji, gdy nie jest składana reklamacja i to informacja stanowi samoistną podstawę obowiązku strony w zakresie opłaty za usługę wodną, nie mamy tu do czynienia ze swoistym postępowaniem *sui generis* (w ramach procedury: otrzymuję informację – zgadzam się – płacę), ale jednak ma

36 Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 25 lipca 2019 r., III SA/Gd 315/19, Legalis nr 2195941.

37 Por. M. Sobota, B. Jawecki, *Aspekty…*, s. 130–133.

38 R. Kędziora, *Kodeks…*, Legalis, dostęp (12.12.2020).

39 Wyrok NSA z 21.02.1994 r., I SAB 54/93 publ., Glosa 1996, nr 2, poz. 25 z glosą aprobującą B. Adamiak, J. Borkowskiego, publ. OSP 1995, nr 11, poz. 222.

miejsce wszczęcie postępowania administracyjnego, skoro przyjęta forma rozstrzygnięcia w rzeczywistości to decyzja administracyjna (władcze rozstrzygnięcie dyrektora zarządu zlewni o obowiązku strony zapłaty za usługę wodną), wprowadzenie formy informacji stanowiło zaś swoisty zabieg ustawodawcy mający w rzeczywistości uprościć postępowanie, w ocenie autora jednak kosztem ograniczenia praw strony[40].

Mając na uwadze powyższe zastrzeżenia, strona pomimo że nie składa reklamacji w terminie 14 dni od dnia otrzymania informacji, nie jest pozbawiona możliwości zajęcia stanowiska w sprawie w czasie trwania postępowania dowodowego (do czasu wydania decyzji administracyjnej), co gwarantują jej przepisy k.p.a. Ustawodawca z nieznanych przyczyn natomiast za pośrednictwem art. 273a pr.wod. przesądził, że przepisów art. 10 § 1 k.p.a. i art. 64 § 1 k.p.a. nie stosuje się w przypadku złożenia przez stronę reklamacji, albowiem jak uzasadnia to ustawodawca, strona właśnie za pośrednictwem tego „środka odwoławczego" ma możliwość przedstawiania swojego stanowiska w sprawie. Jednak art. 10 § 1 k.p.a., którego zastosowanie zostało wyłączone w procedurze, gdy składana jest reklamacja, dotyczy jedynie obowiązku zapewnienia stronie czynnego udziału w postępowaniu i możliwości wypowiedzenia się co do zebranego materiału dowodowego, co rzeczywiście może mieć miejsce w związku ze złożoną reklamacją, natomiast pozostałe normatywne zasady postępowania administracyjnego i tak mają zastosowanie, co tym bardziej rodzi zasadnicze wątpliwości co do zasadności i racjonalności dodania przepisu art. 273a pr.wod. w aktualnym brzmieniu.

W sytuacji zaś chęci zakwestionowania przez stronę wymiaru opłaty za usługi wodne zawartej w informacji Wód Polskich i zachowania możliwości zaskarżenia rozstrzygnięcia do organu wyższego stopnia, ma również zastosowanie art. 10 § 1 k.p.a., co winno skutkować zagwarantowaniem stronie czynnego udziału w całym postępowaniu – za pośrednictwem innych środków niż reklamacja, np. poprzez możliwość złożenia wniosków dowodowych, które powinny zostać rozpatrzone, a następnie umożliwienie stronie wypowiedzenie się co do zgromadzonego materiału dowodowego. Również z tych względów tak ważne pozostaje prawidłowe określenie chwili wszczęcia postępowania, aby móc terminowo zakończyć postępowanie – wydać decyzję administracyjną (art. 35 k.p.a.), mając baczenie na obowiązki organu administracji wynikające z art. 9 k.p.a., tj. należytego i wyczerpującego informowania strony o okolicznościach faktycznych i prawnych, które mogą mieć wpływ na ustalenie jej praw i obowiązków będących przedmiotem postępowania administracyjnego.

40 Zapis wideo posiedzenia Podkomisji Nadzwyczajnej do Rozpatrzenia Rządowego Projektu Nowego Prawa Wodnego (druk nr 1529) z 22.06.2017 r., ok. godz. 17:24 – „Jest zarzut, że powinna to być decyzja. Ja wiem dlaczego – bo wtedy byście państwo mogli od razu od decyzji się odwoływać i po sądach się z nami, no, z Wodami Polskimi, prowadzić wieloletnie procesy, ale informacja jest jak najbardziej przyjęta przez Rządowe Centrum Legislacji. Nawet była zalecana i tutaj pozostaniemy przy tymże zapisie".

Bibliografia

Adamiak B., *Art. 10 Kodeks postępowania administracyjnego* (w:) B. Adamiak, J. Borkowski *(red.) Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2019.

Białek M., Chojnacki D., Grabarczyk T., *Opłaty za usługi wodne w nowym prawie wodnym*, Warszawa 2018.

Borkowski J., Krawczyk A, *Rozdział IX. Postępowanie zwykłe. Przedmiot postępowania zwykłego* (w:) R. Hauser (red.), *System Prawa Administracyjnego*, t. 9, *Prawo procesowe administracyjne*, Warszawa 2020.

Dawidowicz W., *Zarys procesu administracyjnego*, Warszawa 1989.

Filipek K., Kucharski M., Michalski P., *Nowe prawo wodne najważniejsze zmiany dla gmin i przedsiębiorstw wodno-kanalizacyjnych*, Warszawa 2018.

Grzegorczyk P., Weizt K., (w;) M. Safjan, L. Bosek (red.) *Konstytucja RP*, t. 1, *Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016.

Kędziora R., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2017.

Kmieciak Z., *Zarys teorii postępowania administracyjnego*, Kraków 2014.

Knysiak-Molczyk H., *Uprawnienia strony w postępowaniu administracyjnym*, Kraków 2004.

Malanowski J., *Art. 10 Kodeks Postępowania Administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2020.

Sobota M., Jawecki B., *Aspekty prawne procedury określenia opłaty za usługi wodne w nowym prawie wodnym*, „Ius Novum" 2019, nr 4, s. 114–134.

Stankiewicz R., *Art. 61 Kodeksu postępowania administracyjnego* (w:) R. Hauser (red.), *Kodeks Postępowania Administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2020.

Dokument Rządowego Centrum Legislacji z dnia 21.03.2018 r. do Sekretarza Stałego Komitetu Rady Ministrów RCL. DPPRI.550.11/2018, https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12310401/12501422/12501424/dokument337500.pdf (dostęp 14.03.2020).

Pismo z 2 maja 2018 r. skierowane do Rządowego Centrum Legislacji przez Ministerstwo Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej, DP.WPL.2.0210.24.2018.MK, https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12310401/12501427/dokument340602.pdf (dostęp 14.03.2020). Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo wodne oraz niektórych innych ustaw z dnia 02.05.2018 r., https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12310401/12501427/dokument340604.pdf (dostęp 14.03.2020).

Pismo z 24.05.2018 r. Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej do Sekretarza Rady Ministrów, https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12310401/12501428/12501429/dokument343009.pdf (dostęp 14.03.2020).

Projekt ustawy o zmianie ustawy Prawo wodne oraz niektórych innych ustaw, onlie https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12310401/12501422/12501423/dokument337490.pdf (dostęp 14.03.2020).

Protokół z posiedzenia Komisji Prawniczej Rządowego Centrum Legislacji z 14 i 16 maja 2019 r., RCL.DPPRI.550.11/2018, https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12310401/12501427/dokument355239.pdf (dostęp 14.03.2020).

Sebastian Zieliński

Glosa krytyczna do wyroku Sądu Najwyższego z 3 lipca 2019 r., sygn. akt V KK 256/18

Sebastian Zieliński

Doktor nauk prawnych, adiunkt w Zakładzie Prawa Administracyjnego i Nauki o Politykach Publicznych na Wydziale Administracji i Nauk Społecznych Politechniki Warszawskiej, członek izby adwokackiej w Warszawie.

✉ sebastian.zielinski@pw.edu.pl

https://orcid.org/0000-0002-8443-8944

Critical Commentary to the Judgment of the Supreme Court of 3.7.2019, Ref. V KK 256/18

The commentary concerns two major threads leading to a critical assessment of the commented judgement of the Supreme Court – the role of subsidiarity principle of criminal law interpretation and the insignificance of "economic justification" of manager's actions to determine if those actions breached Article 296 of the Penal Code. Author shows considerations regarding the importance of subsidiarity of criminal law, both in the aspect of lawmaking and interpretation of law for the correct legal interpretation of Article 296 of Penal Code. Author criticises the level of importance of the "economic justification" of manager's actions which was given by the Supreme Court in the commented judgement. As a rule, the so called "economic justification" of manager's action is inappropriate to the assessment of the substantive components of crime. It is especially irrelevant to the assessment of the results of manager's action – potential infliction of substantial damage or large-scale damage.

Słowa kluczowe: subsydiarność prawa karnego gospodarczego, uzasadnienie gospodarcze, nadużycie zaufania, niegospodarność, wyrządzenie szkody w obrocie gospodarczym

Key words: subsidiarity principal in criminal law, economic justification, abuse of trust, maladministration, infliction of damages in economic network

https://doi.org/10.32082/fp.4(72).2022.506

1. Komentowana teza wyroku Sądu Najwyższego

Komentowany wyrok Sądu Najwyższego zapadł w następstwie rozpoznania kasacji wniesionych na niekorzyść oskarżonego przez Ministra Sprawiedliwości, Prokuratora Generalnego oraz prokuratora od wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 14 czerwca 2017 r., sygn. akt II AKa 107/17, w którym to wyroku sąd

odwoławczy m.in. zmienił wyrok sądu I instancji, uniewinniając oskarżonego od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 296 § 1 i 2 k.k. oraz w zw. z art. 12 k.k. Upraszczając stan faktyczny sprawy w tym zakresie, należy wskazać, że zarzut sformułowany w stosunku do oskarżonego dotyczył m.in. tego, że oskarżony, działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowych przez podmioty gospodarcze oraz inne osoby, w tym najbliższe, oraz w krótkich odstępach czasu, pełniąc na podstawie umowy o pracę oraz uchwał Zarządu Miasta funkcję Pełnomocnika Miasta W. do spraw Informatyzacji, nie dopełnił ciążących na nim obowiązków oraz przekroczył przysługujące mu uprawnienia, w ten sposób, że w ramach powierzonego mu zadania koordynacji działań związanych z opracowaniem i wdrożeniem oraz kierowaniem procesem tworzenia i wdrażania Kompleksowego Programu Komputeryzacji Urzędu Miasta, a nadto będąc Przewodniczącym Komisji Przetargowych lub członkiem tych Komisji w sprawie postępowań o udzielanie zamówień publicznych, przeprowadzając postępowania w tym zakresie w imieniu i na rzecz Miasta W. i uczestnicząc w odbiorze uzyskiwanych opracowań oraz współuczestnicząc w zawarciu umów, wyrządził Gminie W. szkodę majątkową w wielkich rozmiarach, wynoszącą 1 037 312,60 zł.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu odmiennie aniżeli sąd I instancji ustalił, iż oskarżony nie posiadał kompetencji do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą gminy, na szkodę której miał działać, a zatem nie wykazywał szczególnych indywidualnych cech niezbędnych do przypisania mu odpowiedzialności karnej na podstawie ww. przepisu. Sąd odwoławczy za dowolne uznał także ustalenia dotyczące zamiaru, w jakim działać miał oskarżony, wskazując, że zostały one oparte „nie na dowodach ujawnionych na rozprawie głównej, ale na domniemaniach oskarżyciela publicznego i sądu *a quo*.

Dla problematyki niniejszej glosy nie jest jednak kluczowy stan faktyczny sprawy, w której zapadł komentowany wyrok, ale to, jakie wytyczne co do oceny tego stanu faktycznego i wykładni znamion czynów zabronionych z art. 296 k.k. nakreślił Sąd Najwyższy, oceniając prawidłowość postępowania sądu odwoławczego.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 14 czerwca 2017 r. uznał, że „niedopuszczalne jest dyktowanie przez organy ścigania i oskarżyciela publicznego oraz sąd wyrokujący w sprawie, jakie czynności i zachowania podejmowane przez podmioty wymienione w art. 296 § 1 k.k. posiadają uzasadnienie gospodarcze, a które są pozbawione tego uzasadnienia oraz w jaki sposób i przez kogo powinny być wykonane”[1]. Przeciwna teza musiałaby prowadzić do niezasadnego przypisania prawu karnemu funkcji regulacyjnej w obrocie gospodarczym, podczas gdy „regulatorem zachowań w obrocie gospodarczym są w pierwszym rzędzie normy prawa cywilnego […] a w dalszej kolejności normy administracyjne”. Prawo karne spełnia natomiast jedynie funkcję subsydiarną, „wchodząc z represją dopiero i wyłącznie wtedy, gdy zachowanie sprawcy stanowi zamach na działalność gospodarczą lub sprawy majątkowe podmiotów wymienionych w art. 296 § 1 k.k., w sposób przewidziany w tym przepisie”. Dlatego też „uznanie, że przepisy prawa karnego mogą »samodzielnie« wyznaczać sferę dozwolonego i zabronionego zachowania osób zarządzających podmiotami wymienionymi w art. 296 § 1 k.k. uzasadnione było w okresie gospodarki nakazowo-rozdzielczej, ale nie w czasie obowiązywania »wolności gospodarczej«”[2].

W komentowanym wyroku Sąd Najwyższy skrytykował przywołane powyżej stanowisko, wskazując, że „czynienie w tym zakresie (uzasadnienia gospodarczego zachowań menedżera – przyp. własny) ustaleń faktycznych jest […] niezbędne dla rozstrzygnięcia, czy czyn będący przedmiotem postępowania wyczerpuje znamiona przestępstwa z art. 296 k.k. Określone w tym przepisie postaci przestępstwa nadużycia zaufania wymagają bowiem ustalenia, czy doszło do wyrządzenia szkody (znacznej lub w wielkich rozmiarach – art. 296 § 1 k.k. i art. 296 § 3 k.k.) lub sprowadzenia bezpośredniego niebezpieczeństwa jej wystąpienia (art. 296 § 1a k.k.) po stronie podmiotu, którego sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą zajmował się sprawca. Kontestowanie subsydiarnej funkcji prawa karnego w kontekście czynienia ustaleń faktycznych co do znamion skutkowych omawianych

1 Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 14 czerwca 2017 r., sygn. akt II AKa 107/17, SIP Legalis nr 1657719.

2 Tamże.

odmian przestępstwa z art. 296 § 1 k.k., stanowiące argumentację mającą przemawiać za zasadnością podjętego rozstrzygnięcia, stanowi zaprzeczenie roli sądu, który związany jest przepisami Konstytucji i ustaw". Dla pełnego zrozumienia przedstawionego stanowiska Sądu Najwyższego należy wskazać, że jest ono konsekwencją stwierdzenia przez Sąd Najwyższy, że Sąd Apelacyjny we Wrocławiu dokonał wadliwej wykładni znamienia indywidualizującego podmiot przestępstwa z art. 296 k.k. W uzasadnieniu glosowanego wyroku zawarto pogłębioną argumentację na uzasadnienie, że sąd odwoławczy wadliwie uznał, że „obowiązek zajmowania się sprawami majątkowymi", o którym mowa w art. 296 k.k., oznacza podejmowanie wyłącznie w pełni samodzielnych decyzji w odniesieniu do majątku mocodawcy. Sąd Najwyższy, powołując się na swoje dotychczasowe orzecznictwo, wskazał m.in., że w pewnych sytuacjach nawet obowiązek podejmowania czynności polegającej formalnie na udzielaniu rady czy opinii albo sprowadzającej się do przygotowania projektu decyzji, może być uznany za spełniający cechę samodzielności decyzyjnej, jeżeli zachodzi bardzo wysokie prawdopodobieństwo, że w wyniku realizacji tych czynności zapadnie formalna decyzja o określonej, z góry możliwej do przewidzenia, treści. W realiach sprawy, której dotyczyło to rozstrzygnięcie Sąd Najwyższy orzekł, że „samo ustalenie, iż całość decyzji merytorycznych i finansowych oskarżony podejmował w powiązaniu z Zarządem Miasta, a przy zawieraniu umów o wartości przekraczających 3 000, a następnie 5 000 euro […], zobowiązany był do współdziałania z członkiem Zarządu Miasta, nie stanowiło jeszcze przeszkody dla przyjęcia, że T.S. [oskarżony – przyp. własny] nie mógł być podmiotem przestępstwa określonego w art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 296 § 1 i 2 k.k.". W konsekwencji w ocenie Sądu Najwyższego sąd odwoławczy nie rozważył należycie okoliczności ustalonych przez sąd I instancji, które wskazywały na to, że funkcja, którą sprawował oskarżony *de facto* i *de iure* charakteryzowała się znacznym stopniem samodzielności, co miało przecież zadecydować o uznaniu oskarżonego winnym popełnienia zarzuconego mu przestępstwa.

Niezależnie od powyższego, w ocenie autora niniejszej glosy, Sąd Najwyższy błędnie i nader surowo ocenił przywołane wcześniej tezy i poglądy sądu odwoławczego. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu słusznie stwierdził, że niedopuszczalne jest „dyktowanie" przez organy ścigania i oskarżyciela publicznego oraz sąd wyrokujący w sprawie, jakie czynności i zachowania podejmowane przez podmioty wymienione w art. 296 § 1 k.k. posiadają uzasadnienie gospodarcze, a „subsydiarność" prawa karnego nie jest jedynym argumentem uzasadniającym to stanowisko. Ponadto ustalenie istnienia bądź braku „uzasadnienia gospodarczego" zachowań menedżera pozostaje bez istotnego wpływu na ocenę przestępności jego zachowania w kontekście znamion przestępstw z art. 296 k.k.

W konsekwencji niniejsza glosa stanowi omówienie dwóch głównych wątków prowadzących do krytycznej oceny komentowanego wyroku, tj. w pierwszej kolejności znaczenia subsydiarności prawa karnego gospodarczego dla wykładni przepisu art. 296 k.k., a ponadto doniosłości okoliczności określonej jako „uzasadnienie gospodarcze" zachowania menedżera dla oceny realizacji przez oskarżonego znamion przestępstw z art. 296 k.k. oraz metodyki oceny tej okoliczności przez organy postępowania.

2. Znaczenie subsydiarności prawa karnego gospodarczego dla wykładni przepisu art. 296 k.k.

Z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego wynika, że został on oparty na założeniu, że prawo karne gospodarcze spełnia „funkcję subsydiarną, wchodząc z represją dopiero i wyłącznie wtedy, gdy zachowanie sprawcy stanowi zamach na działalność gospodarczą lub sprawy majątkowe podmiotów wymienionych w art. 296 § 1 k.k., w sposób przewidziany w tym przepisie", a ponadto nie pełni w obrocie gospodarczym funkcji regulacyjnej, zaś przeciwne założenie byłoby niedopuszczalne w warunkach społecznej gospodarki rynkowej[3]. W tym kontekście Sąd Apelacyjny powołał się na funkcję „subsydiarną" prawa karnego.

Zasada subsydiarności w prawie karnym ma charakter wielowymiarowy[4]. Z uwagi na konieczność

3 Tamże.

4 Pojęcie subsydiarności jest w obszarze prawa karnego powoływane w wielu aspektach. Pominięcie w niniejszych rozważaniach części z nich, w tym np. tzw. „klauzuli subsydiarności ustawowej" (art. 231 § 4 k.k. – zob. np. postanowienie SN

ograniczenia wywodów niniejszej glosy dalsze rozważania będą skupione wokół subsydiarności prawa karnego w obszarze stanowienia prawa i stosowania prawa. Pierwszy wymiar subsydiarności wyznacza obowiązki i powinności ustawodawcy w obszarze stanowienia prawa oraz granice jego ustawowej ingerencji w stosunki społeczne za pomocą środków charakterystycznych dla prawa penalnego. W tym rozumieniu „zasada subsydiarności prawa karnego powinna być rozumiana jako konstytucyjnie określona reguła wskazująca, w jakich sytuacjach zachodzi konieczność ingerencji prawa karnego w stosunki społeczne, oraz przeciwnie, kiedy należy powstrzymać się od działania”[5]. Na obowiązywanie tej zasady powoływał się uprzednio również Sąd Najwyższy, zwracając uwagę m.in., że „nie jest zadaniem prawa karnego penalizowanie każdego naruszenia reguł prawnych odnośnie do określonych postępowań ludzi”[6]. Subsydiarność prawa karnego na etapie stanowienia prawa sprowadzić można tym samym do zasady określającej zakres dopuszczalnej kryminalizacji[7].

W obszarze prawa karnego gospodarczego ten aspekt subsydiarności prawa karnego jest szczególnie silnie podkreślany. Wskazuje się, że decyzja ustawodawcy o karnoprawnej ochronie obrotu gospodarczego powinna być oparta na zasadzie „*ultima ratio* prawa karnego, tzn. postulatu ostateczności rozwiązań karnoprawnych, wynikającego z subsydiarności prawa karnego, oraz proporcjonalności spodziewanych korzyści i strat”[8]. Prawo karne nie jest głównym regulatorem prawidłowego toku obrotu gospodarczego. Przeciwnie, co do zasady sfera ta jest regulowana przez ustawodawcę poprzez posłużenie się odpowiedzialnością cywilną oraz administracyjną. Wykorzystanie instrumentów prawa karnego powinno być ograniczone wyłącznie do reakcji na najbardziej karygodne patologie w obrocie gospodarczym.

W konsekwencji normy regulujące odpowiedzialność karną w obszarze zjawisk gospodarczych mają charakter „posiłkowy” i są nierozerwalnie sprzężone z normami prawa cywilnego i administracyjnego regulującymi ten obszar, zaś przepis karny jest tworzony w powiązaniu z treścią obowiązków płynących z innych ustaw. Dlatego też w obszarze prawa karnego gospodarczego postuluje się, aby zasadę *ultima ratio* rozwiązań prawnokarnych interpretować jako „swoisty nakaz uwzględniania norm gospodarczych” w toku kryminalizacji[9].

„Posiłkowy” charakter prawa karnego gospodarczego powoduje, że zastosowanie jego norm musi być postrzegane jako ostateczność, a „zasadę subsydiarności prawa karnego powinien brać pod uwagę zarówno podmiot tworzący prawo, jak i organy państwowe to prawo stosujące”[10]. Powyższe uwidacznia drugi z wymiarów zasady subsydiarności prawa karnego, tj. subsydiarność na etapie stosowania prawa, a zatem wymiar zasady subsydiarności prawa karnego, skierowany do organów stosujących prawo, wyrażający wzór „interpretacji przepisów zgodnie z założeniami obowiązującymi przy ich tworzeniu”[11]. Subsydiarność prawa karnego gospodarczego na etapie stosowania prawa sprowadza się do zapobiegania nieuzasadnionemu rozszerzaniu ram odpowiedzialności w procesie wykładni znamion czynów zabronionych z rozdziału XXXVI Kodeksu karnego. I tak np. pojęcia zawarte w przepisach regulujących znamiona czynów zabronionych należy rozumieć zgodnie ze znaczeniem, jakie jest im nadawane na gruncie tych gałęzi prawa, z których się wywodzą, tj. – jak wskazuje Sąd Najwyższy – „w zgodzie z zasadą subsydiarności prawa karnego gospodarczego, w szczególności dyrektywą jednolitości terminologicznej”[12]. Zasada ta nie pozwala

z dnia 29 stycznia 2015 r., sygn. akt II KK 215/14, OSNKW 2015 nr 7, poz. 58, str. 48) i innych od przywołanych powyżej obszarów subsydiarności w prawie karnym wynika jedynie z konieczności ograniczenia wywodów niniejszej glosy do aspektów ściśle powiązanych z komentowanym wyrokiem Sądu Najwyższego.

5 S. Żółtek, *Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności*, Warszawa 2009, s. 112 i n.

6 Postanowienie SN z dnia 9 grudnia 2003 r., sygn. akt III KK 116/03, SIP LEX nr 83761.

7 S. Żołtek, *Prawo…*, s. 99 i n.

8 R. Zawłocki (red.), *Prawo karne gospodarcze. System Prawa Handlowego*, t. 10, Warszawa 2018, s. 30–31.

9 Tamże, s. 35.

10 P. Pestasz, *Subsydiarność prawa karnego*, „Gdańskie Studia Prawnicze. Przegląd Orzecznictwa”, nr 1–2 2005, s. 191.

11 S. Żołtek, *Prawo…*, s. 112 i n.

12 Postanowienie SN z dnia 19 maja 2011 r., sygn. akt I KZP 3/11, OSNKW 2011 nr 6, poz. 48, str. 10; zob. także: wyrok SA

również na interpretowanie z norm prawa karnego zakazów dalej idących niż te wyznaczone normami prawa cywilnego i administracyjnego jako normami podstawowymi, regulującymi dany obszar zachowań[13]. Ostatecznie subsydiarność prawa karnego w obszarze stosowania prawa karnego gospodarczego sprowadza się do konstatacji, że nie każde naruszenie prawa w tym obszarze powinno spotykać się z represją karną[14].

Odnosząc powyższe do tez komentowanego wyroku Sądu Najwyższego oraz poddanego w nim kontroli kasacyjnej wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, należy zauważyć, że w swoich rozważaniach sądy te odniosły się do odmiennych wymiarów subsydiarności prawa karnego.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu powołał się na funkcję subsydiarną prawa karnego, wskazując, że przepisy prawa karnego nie mogą samodzielnie wyznaczać sfery dozwolonych i zabronionych zachowań osób zarządzających podmiotami wymienionymi w art. 296 § 1 k.k. Tym samym Sąd Apelacyjny we Wrocławiu słusznie stanął na stanowisku, że wykładnia treści art. 296 § 1 k.k. musi prowadzić do konstatacji, że przepis ten nie stanowi normy wyznaczającej zakres praw i obowiązków menedżera weryfikowanych przez sąd w toku badania czy doszło do nadużycia przez niego uprawnień lub niedopełnienia obowiązków, ale w tym zakresie jest przepisem blankietowym[15]. Z kolei Sąd Najwyższy skrytykował stanowisko Sądu *meriti*, wskazując, że subsydiarność prawa karnego nie uzasadnia ograniczania sądów i organów ścigania w obszarze czynienia ustaleń faktycznych co do znamion przestępstw z art. 296 k.k., do których w ocenie Sądu Najwyższego ma zaliczać się uzasadnienie gospodarcze zachowań podejmowanych przez podmioty wskazane w tym przepisie. Powyższą tezę zwieńczono konstatacją, że „stanowisko Sądu Najwyższego rzecz jasna nie wyłącza możliwości podejmowania przez sąd inicjatyw związanych z badaniem konstytucyjności danego unormowania w świetle np. zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej), ale nie może polegać na podważeniu, w uzasadnieniu rozstrzygnięcia, możliwości czynienia ustaleń faktycznych co do jednego ze znamion czynu zabronionego z tego powodu, że w przekonaniu Sądu odwoławczego, wskazywałoby to na regulacyjną funkcję typizacji określonej w art. 296 k.k.". Kontekst tej wypowiedzi Sądu Najwyższego wyraźnie wskazuje, że formułując ją, odniesiono się do subsydiarności prawa karnego w obszarze stanowienia prawa.

Powyższe prowadzi do konstatacji, że w komentowanym wyroku Sąd Najwyższy skrytykował powoływanie się przez Sąd Apelacyjny we Wrocławiu na argument z subsydiarności stanowienia prawa karnego, podczas gdy sąd ten swoją argumentację oparł o subsydiarność

w Poznaniu z dnia 7 października 2014 r., sygn. akt II AKa 147/14, SIP Legalis nr 1079781 oraz wyrok SA w Poznaniu z dnia 19 grudnia 2017 r., sygn. akt II AKa 224/17, SIP Legalis nr 1834696. Podkreślenia wymaga, że dyrektywa jednolitości terminologicznej jest pojęciem z obszaru wykładni prawa przywoływanym w aspekcie subsydiarności stosowania prawa (subsydiarności systemowej) – zob. S. Żółtek, *Prawo karne gospodarcze…*, s. 304 i n. Sąd Najwyższy w obszarze wykładni prawa karnego gospodarczego niejednokrotnie wykluczał dopuszczalność prawnokarnej autonomicznej wykładni pojęć związanych z regulacjami obrotu gospodarczego i stosował dyrektywę jednolitości terminologicznej nie powołując się jednak na nią wprost – zob. np. uchwała Składu Siedmiu Sędziów SN z dnia 21 września 2005 r., sygn. akt I KZP 29/05, OSNKW 2005 nr 10, poz. 90, str. 9.

13 Tak np. wyrok SA w Szczecinie z dnia 23 listopada 2017 r., sygn. akt II AKa 135/17, SIP Legalis nr II AKa 135/17, w którym sąd ten słusznie wskazał, że „jeżeli ustawodawca nie przewidział w ramach odpowiedzialności cywilnoprawnej możliwości pociągnięcia wspólników (członków zgromadzenia) do odpowiedzialności za podjęte działania, to tym bardziej nieuprawniony jest wniosek o dalej idącej odpowiedzialności karnej, gdyż kłóciłoby się to bowiem z zasadą subsydiarności prawa karnego gospodarczego".

14 Wyrok SA w Katowicach z dnia 11 lutego 2013 r., sygn. akt II AKa 268/12, OSAKat 2013 nr 3, poz. 15. Co istotne dla dalszych rozważań, w cytowanym orzeczeniu Sąd ten, wskazał również słusznie, że „żaden przepis prawa nie nakłada na dany prywatny podmiot gospodarczy ustalania takiej, a nie innej, a różnej od rynkowej, ceny za kupowany produkt". Dlatego materialny skutek określony w art. 296 k.k. nie może być sprowadzany do roli znamienia czynu zabronionego, którego badanie polega wyłącznie na porównaniu np. wartości inwestycji i ustalenia, czy decyzja gospodarcza menedżera przyniosła podmiotowi zysk, czy też poniósł on stratę.

15 Zob. np. R. Zawłocki (red.), *Prawo karne gospodarcze…*, s. 30–31; M. Gałęski, G. Grupa, *Karnoprawna ocena decyzji menedżerskich*, „Monitor Prawa Handlowego" 2014, nr 1.

stosowania prawa karnego[16]. Co więcej, stanowisko zaprezentowane w komentowanym wyroku jest na tyle stanowcze, że wręcz zdaje się kwestionować dopuszczalność powoływania się na argument z subsydiarności prawa karnego w ogóle (stąd argumentacja, że przestępstwa z art. 296 § 1 k.k. poprzez „dyktowanie […], jakie czynności i zachowania podejmowane przez podmioty wymienione w art. 296 § 1 k.k. posiadają uzasadnienie gospodarcze, a które są pozbawione tego uzasadnienia".

Sąd Najwyższy skrytykował powoływanie się przez Sąd Apelacyjny we Wrocławiu na argument z subsydiarności stanowienia prawa karnego, podczas gdy sąd ten swoją argumentację oparł o subsydiarność stosowania prawa karnego.

właściwą drogą może być podjęcie przez sąd wyrokujący inicjatyw związanych z badaniem konstytucyjności danego unormowania). Powyższe zaskakuje o tyle, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego odnoszącym się do wykładni znamion czynów zabronionych z rozdziału XXXVI Kodeksu karnego zasada subsydiarności prawa karnego w aspekcie stosowania prawa została uznana za obowiązującą, a w komentowanym wyroku nie przedstawiono przekonujących okoliczności uzasadniających zmianę tej linii orzeczniczej i dezaprobatę Sądu Najwyższego dla powoływania się przez sądy na tę zasadę[17].

Sąd Najwyższy w glosowanym wyroku pominął wielowymiarowy charakter subsydiarności prawa karnego, a poprzestając na jej jednym wymiarze, niesłusznie zanegował stanowisko sądu odwoławczego wykluczające możliwość przypisania art. 296 § 1 k.k. funkcji regulacyjnej mogące prowadzić do kauczukowego kształtowania przez sądy i organy ścigania znamion

3. Relewantność „uzasadnienia gospodarczego" decyzji menedżera dla jego odpowiedzialności karnej

Subsydiarność prawa karnego została w omawianej sprawie przywołana w kontekście uzasadnienia zakwestionowanej przez Sąd Najwyższy tezy sądu odwoławczego, że „niedopuszczalne jest dyktowanie przez organy ścigania i oskarżyciela publicznego oraz przez sąd wyrokujący, jakie czynności i zachowania podejmowane przez podmioty wymienione w art. 296 § 1 k.k. posiadają uzasadnienie gospodarcze, a które są pozbawione tego uzasadnienia". Autor niniejszej glosy nie podziela krytyki tej tezy przedstawionej przez Sąd Najwyższy w komentowanym wyroku. Przywołane stanowisko Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu jest bowiem prawidłowe. Po pierwsze, wbrew zapatrywaniu Sądu Najwyższego, brak „uzasadnienia gospodarczego" nie stanowi znamienia żadnego z czynów zabronionych z art. 296 k.k. i nie powinien być mylony ze znamieniem skutkowym tej grupy czynów zabronionych sprowadzającym się w uproszczeniu do wyrządzenia, wskazanym w tym przepisie podmiotom, co najmniej znacznej szkody majątkowej lub sprowadzenia bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia takiej szkody. Po drugie, ustalenie istnienia bądź braku „uzasadnienia gospodarczego" decyzji ww. osób wymaga wiadomości specjalnych, a tym samym wykracza poza

16 Ściślej rzecz ujmując, na argumencie z subsydiarności systemowej. W zakresie subsydiarności systemowej prawa karnego zob. szerzej: S. Żółtek, *Prawo…*, s. 304 i n.

17 Tak np. w postanowieniu SN z dnia 19 maja 2011 r., sygn. akt I KZP 3/11, OSNKW 2011 nr 6, poz. 48, str. 10 czy w postanowieniu SN z dnia 3 czerwca 2002 r., sygn. akt II KKN 220/00, SIP Legalis nr 358188.

obszar wyłącznej oceny sądu orzekającego w sprawie. Nie oznacza to bynajmniej, jakoby sąd był związany ustaleniami biegłych. Niemniej postępująca specjalizacja i profesjonalizacja metod zarządzania sprawia, że wiedza i doświadczenie rynkowe niezbędne do weryfikacji zasadności gospodarczej decyzji podejmowanych przez menedżerów częstokroć wykraczać będą poza przeciętne umiejętności czy wiedzę dostępną dla dorosłego człowieka o odpowiednim doświadczeniu życiowym i wykształceniu, nawet biegłemu w prawie. Tym samym stanowić będą okoliczności, które powinny zostać poddane ocenie biegłego[18].

W komentowanym wyroku Sąd Najwyższy nadał „uzasadnieniu gospodarczemu" zachowań menedżerskich nadmierne znaczenie, nieuzasadnione nie tylko językową wykładnią przepisu art. 296 k.k., ale także nieprzystające do funkcji tego przepisu. Istotą przestępstwa z art. 296 k.k. jest, ustawowo ściśle określone, nieuprawnione szkodzenie jednostce organizacyjnej prowadzącej działalność gospodarczą przez jej menedżera[19]. To „szkodzenie" nastąpić może wyłącznie poprzez „nadużycie uprawnień" udzielonych menedżerowi lub poprzez niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku. Mając powyższe na uwadze, do nieporozumień w wykładni znamion tego przepisu może prowadzić fakt, że przestępstwo to bywa w doktrynie nazywane przestępstwem „niegospodarności"[20]. Wśród znamion tego przestępstwa nie sposób bowiem odnaleźć niegospodarności w ścisłym tego słowa znaczeniu, tj. „nieumiejętności dobrego zarządzania podmiotem, nieoszczędnego i mechanicznego gospodarowania"[21]. Słusznie wskazuje się w doktrynie, że „ryzyko poniesienia strat na skutek tak rozumianej niegospodarności ponosi bowiem ten podmiot gospodarczy, który decyduje się powierzyć prowadzenie swoich spraw (jest do tego zmuszony na mocy decyzji odpowiedniego organu) innej osobie. Sam zaś niegospodarny menadżer musi liczyć się z odpowiedzialnością zawodową lub/i odpowiedzialnością cywilną"[22].

Taki zakres kryminalizacji wpisuje się w ramy wyznaczone wspomnianą wcześniej subsydiarnością stanowienia prawa karnego gospodarczego. Podobne stanowisko zajmował uprzednio Sąd Najwyższy, który m.in. w wyroku z dnia 22 sierpnia 2002 r. stwierdził, że „nieudana w sensie finansowym działalność gospodarcza czy też fragment tej działalności (konkretna czynność) nie może owocować wprost konsekwencjami prawno-karnymi dla jej uczestników […] prawnokarne konsekwencje tej działalności – odpowiedzialność karna za czyny popełnione w sferze działalności gospodarczej – wchodzi w rachubę tylko wtedy, gdy sprawcy udowodni się winę, a więc m.in. wykaże się, że już to działał ze świadomością bezprawności, już to nie miał tej świadomości, ale mógł takiego błędu uniknąć przy dołożeniu należytej staranności"[23]. Aprobując ten pogląd, należy wskazać, że ustalenia dotyczące istnienia bądź braku „uzasadnienia gospodarczego" decyzji menedżera nie stanowią czynnika decydującego również w kontekście oceny znamion modalnych występujących w art. 296 k.k., tj. nadużycia przez sprawcę udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienia ciążących na nim obowiązków. Prawidłowa ocena tych okoliczności powinna być wynikiem wnikliwego badania szczegółowego zakresu uprawnień i obowiązków oskarżonego – a zatem mieć postać analizy prawnej, której wynikiem winno być precyzyjne ustalenie katalogu uprawnień i obowiązków oskarżonego i skonfrontowanie tegoż katalogu z ustaleniami faktycznymi odnoszącymi się do działań i zaniechań oskarżonego. Wszelkie probabilistyczne próby retrospektywnej ewaluacji szans na osiągnięcie zysku lub straty wskutek podjęcia konkretnej decyzji przez menedżera (a do tego sprowadzają się próby wstecznego ustalenia istnienia bądź braku „uzasadnienia gospodarczego" decyzji menedżera) nie powinny

18 Postanowienie SN z dnia 10 lutego 2021 r., sygn. akt IV KK 574/20, SIP Legalis nr 2532387.

19 M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, *Komentarz, Art. 222–316*, Warszawa 2017, s. 797 i n.

20 Zob. np. R.A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, CH Beck 2020, s. 1821 i n.; R. Zawłocki, *Prawo karne gospodarcze…*, s. 455, R. Zawłocki, *Nowe przestępstwo niegospodarności bezszkodowej z art. 296 § 1a Kodeksu karnego*, „Monitor Prawniczy" 2011, nr 18.

21 M. Lizęga-Turlakiewicz, G. Turlakiewicz, *Granice kreatywnego zachowania menadżerów w kontekście art. 296 § 1a kodeksu karnego*, „Prokuratura i Prawo" 2016, nr 5, s. 58.

22 Ibid., s. 58–59.

23 Wyrok SN z dnia 22 sierpnia 2002 r., sygn. akt IV KKN 614/99, SIP Legalis nr 60118.

mieć istotnego wpływu na ocenę tego, czy oskarżony nadużył udzielonych mu uprawnień lub nie dopełnił ciążących na nim obowiązków[24].

Jednocześnie zakres kryminalizacji art. 296 k.k. został znacznie ograniczony poprzez posłużenie się przez ustawodawcę znamieniem skutkowym. Krymi-

> **Pojęcie „uzasadnienia gospodarczego" jest przy tym niedookreślone, nieprecyzyjne i tym samym niepożądane jako kryterium oceny przestępności zachowań.**

nalizacją objęto jedynie takie zachowania menedżera, które wyrządziły (art. 296 § 1, 3, 4 k.k.) lub sprowadziły bezpośrednie niebezpieczeństwo wyrządzenia (art. 296 § 1a k.k.) zarządzanemu podmiotowi co najmniej znacznej szkody majątkowej. Jeżeli zachowania podjęte przez osobę określoną w art. 296 § 1 k.k., polegające na przekroczeniu uprawnień lub niedopełnieniu obowiązku, są kontrowersyjne, nieuzasadnione z punktu widzenia gospodarczego, nieetyczne, bądź niecelowe, lecz nie powodują w efekcie powstania szkody określonej w § 1 lub 3 tego przepisu (lub bezpośredniego niebezpieczeństwa jej powstania), to nie ma podstaw do przypisania takiej osobie sprawstwa przestępstwa z art. 296 § 1–4 k.k.[25] Szkoda majątkowa wskazana w art. 296 k.k. obejmuje rzeczywistą stratę danego podmiotu (*damnum emergens*) lub utratę spodziewanych korzyści, utratę zysku (*lucrum cessans*) oraz musi być konkretnie określona w pieniądzu[26]. Szkoda ta nie musi być w żaden sposób związana z istnieniem bądź brakiem „uzasadnienia gospodarczego" decyzji menedżera.

Sąd Najwyższy w komentowanym wyroku wskazał, że czynienie ustaleń faktycznych w odniesieniu do „uzasadnienia gospodarczego" decyzji menedżera jest niezbędne dla rozstrzygnięcia, czy czyn będący przedmiotem postępowania wyczerpuje znamiona przestępstwa z art. 296 k.k., a to dlatego, że „określone w tym przepisie postaci przestępstwa nadużycia zaufania wymagają […] ustalenia, czy doszło do wyrządzenia szkody […] lub sprowadzenia bezpośredniego niebezpieczeństwa jej wystąpienia […] po stronie podmiotu, którego sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą zajmował się sprawca". Pogląd ten jest nieuzasadniony. Ustalenie przez organy ścigania, oskarżyciela publicznego lub

24 Jednocześnie zgodzić można się z wyrażanym w orzecznictwie Sądu Najwyższego poglądem, że „przekracza swoje uprawnienia nie tylko ten kto działa bez stosownego umocowania lub ze znacznym jego przekroczeniem, ale również ten, kto formalnie działając w ramach nadanych mu kompetencji, działa faktycznie sprzecznie z racjonalnie rozumianymi zadaniami, do których został powołany lub bez dostatecznego usprawiedliwienia, wyrządzając przez to szkodę swemu mandantowi" – zob. wyrok SN z dnia 2 kwietnia 2004 r., sygn. akt IV KK 25/04, OSNwSK 2004 nr 1, poz. 668. Podkreślenia wymaga jednak, że ze stanowiska tego wynika jedynie, że samo ustalenie, iż zachowanie oskarżonego formalnie („fasadowo") mieściło się w jego kompetencjach nie wyklucza uznania tegoż zachowania za przekroczenie przez niego uprawnień, jeżeli jednocześnie zachowanie to stało w oczywistej sprzeczności z jego „racjonalnie rozumianymi zadaniami". Pogląd ten nie uzasadnia jakichkolwiek prób rekonstruowania „uprawnień" lub „obowiązków" oskarżonego z perspektywy „uzasadnienia gospodarczego" podejmowanych przez niego decyzji.

25 Wyrok SA w Warszawie z dnia 16 maja 2014 r., sygn. akt II AKa 36/14, SIP Legalis nr 1024190.

26 Zob. uchwała SN z dnia 21 czerwca 1995 r., sygn. akt I KZP 22/95, OSNKW 1995 nr 9–10, poz. 58, str. 36; zob. również: wyrok SN z dnia 11 stycznia 2011 r., sygn. akt V KK 133/10, Prok. i Pr. 2011 nr 7–8, poz. 9.

sąd wyrokujący w sprawie, czy zachowanie sprawcy miało „uzasadnienie gospodarcze", czy też nie, jest przecież irrelewantne dla ustalenia czy sprawca swoim działaniem lub zaniechaniem wyrządził określonemu podmiotowi szkodę majątkową określonej wysokości. Pojęcie „uzasadnienia gospodarczego" jest przy tym niedookreślone, nieprecyzyjne i tym samym niepożądane jako kryterium oceny przestępności zachowań. Nie występuje ono w treści przepisu art. 296 k.k., nie zostało zinterpretowane i wyjaśnione w orzecznictwie, w którym zresztą niejednokrotnie pełni jedynie rolę pomocniczego, trzeciorzędnego argumentu[27]. Wydaje się, że w omawianym kontekście należy je rozumieć jako swoistą, opartą na obiektywnych kryteriach, uzasadnioną dopuszczalność oczekiwania korzystnego ekonomicznie rezultatu zachowań menedżera. Abstrahując w tym miejscu od trudności w obiektywizacji kryteriów uznania danego zachowania za „uzasadnione gospodarczo", należy wskazać, że „uzasadnienie gospodarcze" nawet jeśli może zostać obiektywnie ustalone, to takie ustalenia należy czynić na moment działania sprawcy. Innymi słowy, należałoby weryfikować istnienie uzasadnienia gospodarczego w czasie, w którym sprawca działał (nadużył uprawnień) lub zaniechał działania (nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku)[28]. Tym samym uwidacznia się jeszcze większy dysonans pomiędzy tym, o czym świadczy istnienie „uzasadnienia gospodarczego", a tym, czym jest szkoda majątkowa, o której mowa w art. 296 k.k.

Jednocześnie bez trudu można sobie wyobrazić decyzję menedżera uzasadnioną gospodarczo w chwili jej podjęcia, która ostatecznie nie tylko nie przyniosła podmiotowi korzyści, ale np. doprowadziła do wystąpienia straty[29]. Analogicznie – można sobie wyobrazić decyzję menedżera nieuzasadnioną gospodarczo w chwili jej podjęcia, która ostatecznie przyniosła korzyść podmiotowi zarządzanemu. Ponadto menedżerowie podejmują także zasadne decyzje, których obiektywnie nie sposób rozpatrywać w kategoriach „uzasadnienia gospodarczego", a jednocześnie nie są one karygodne, a wręcz są pożądane społecznie[30]. Wreszcie sprawca przestępstwa z art. 296 k.k. może podjąć czynności uzasadnione gospodarczo, ale całkowicie nieuzasadnione istotą funkcjonowania podmiotu, celami jego działalności, a tym samym rozporządzić mieniem w sposób wprawdzie uzasadniony gospodarczo, ale stanowiący jednocześnie nadużycie uprawnień przez menedżera[31]. Niewykluczone, że można znaleźć stany faktyczne, w których brak „uzasadnienia gospodarczego" będzie istotny dla wyrokowania w sprawie – np. gdy decyzja menedżera będzie w sposób oczywisty oderwana od działalności gospodarczej zarządzanego podmiotu i tym samym analiza tej okoliczności będzie

27 Zob. np. postanowienie SN z dnia 5 kwietnia 2017 r., sygn. akt III KK 413/16, SIP Legalis nr 1588056; wyrok SN z dnia 16 lutego 2017 r., sygn. akt III KK 238/16, SIP Legalis nr 1618246.

28 Jedynie na marginesie należy wskazać, że powyższe generuje dodatkowy problem, tj. konieczność ustalenia nie tylko istnienia obiektywnego uzasadnienia gospodarczego zachowania menedżera, ale także tego, czy takie uzasadnienie gospodarcze istniało subiektywnie – w świadomości menedżera podejmującego inkryminowane działanie lub zachowanie i czy było poparte uzasadnionymi okolicznościami (np. opiniami wyspecjalizowanych doradców).

29 Taki skutek mogą przynieść, uzasadnione w chwili ich podjęcia, decyzje inwestycyjne obciążone np. ryzykiem walutowym, w przypadku znacznych wahań kursów walut ze względu na okoliczności oczywiście niezależne od menedżera, a również wielokrotnie niemożliwe do przewidzenia w chwili podejmowania przez niego decyzji inwestycyjnej.

30 Tak m.in. w przypadku wszelkiej działalności charytatywnej spółek handlowych utworzonych w celach gospodarczych czy ich działalności związanej z tzw. CSR (społeczną odpowiedzialnością biznesu), która generuje koszty, i nie sposób obiektywnie oczekiwać, że przyniesie wymierny, korzystny ekonomicznie rezultat dla podmiotu, który się w nią angażuje.

31 Tak np. menedżer spółki Skarbu Państwa zajmującej się wydobyciem surowców naturalnych, który tymczasowo zainwestuje jej środki finansowe w zakup kryptowalut, polecony mu przez wykwalifikowanego doradcę inwestycyjnego. Naturalnie, jeżeli spółka zyska na takim zakupie, to co do zasady należy uznać, że menedżer nie powinien ponieść odpowiedzialności karalnej, jako że jego działanie nie spowodowało karalnego skutku. Jeżeli jednak spółka straci (więcej niż 200 000 zł), to nie ma znaczenia, czy pierwotnie ta inwestycja miała uzasadnienie gospodarcze, a menedżer w sposób obiektywnie uzasadniony spodziewał się korzyści dla spółki, skoro nadużył on udzielonych mu uprawnień i wyrządził jej znaczną szkodę majątkową.

miała wpływ na weryfikację staranności menedżera w kontekście oceny czy doszło do „nadużycia" przez niego uprawnień lub „niedopełnienia" przez niego obowiązku. Będzie to istotne zwłaszcza w tych przypadkach, w których zakres uprawnień i obowiązków osoby określonej w art. 296 § 1 k.k. nie został precyzyjnie określony np. przepisami ustawy lub regulacjami wewnętrznymi poszkodowanego podmiotu. Niezależnie od powyższego ustalenie istnienia bądź braku „uzasadnienia gospodarczego" decyzji menedżera pozostaje bez istotnego znaczenia dla oceny przestępności jego zachowania w kontekście znamion skutkowych czynów zabronionych z art. 296 k.k., podobnie jak znamion modalnych jak już wcześniej wskazano.

Ustalenie istnienia bądź braku „uzasadnienia gospodarczego" decyzji menedżera pozostaje bez istotnego znaczenia dla oceny przestępności jego zachowania.

Ponadto, podchodząc rzetelnie do oceny poglądu sądu odwoławczego, należ wskazać, że sąd ten za niedopuszczalne uznał nie „czynienie przez organy ścigania i oskarżyciela publicznego oraz sąd wyrokujący ustaleń faktycznych w przedmiocie uzasadnienia gospodarczego decyzji menedżera", ale „dyktowanie" przez te podmioty, „jakie czynności i zachowania podejmowane przez podmioty wymienione w art. 296 § 1 k.k. posiadają uzasadnienie gospodarcze, a które są pozbawione tego uzasadnienia oraz w jaki sposób i przez kogo powinny być wykonane". „Dyktować" znaczy bowiem tyle, co „zmuszać albo nakłaniać kogoś do przyjęcia jakichś warunków lub zasad, wykorzystując swoją przewagę lub autorytet"[32]. W kontekście omawianego wyroku znaczy tyle, że organy ścigania i oskarżyciel publiczny oraz sąd wyrokujący nie mogą samodzielnie ustalać, czy ww. czynności miały uzasadnienie gospodarcze. Pomijając kwestię subsydiarności stosowania prawa karnego gospodarczego oraz bezzasadności przyznania przepisowi art. 296 k.k. funkcji regulacyjnej, należy podkreślić, że przywołane stanowisko Sądu Apelacyjnego jest uzasadnione chociażby dlatego, że weryfikacja istnienia „uzasadnienia gospodarczego" wymaga wiadomości specjalnych, a zatem zasięgnięcia opinii biegłego albo biegłych.

W konsekwencji, o ile w ogóle okoliczności związane z istnieniem „uzasadnienia gospodarczego" zachowania menedżera będą istotne w sprawie, to weryfikacja tych okoliczności, stosownie do treści art. 193 § 1 i 2 k.p.k., powinna zostać powierzona biegłym lub instytucji naukowej lub specjalistycznej. Sąd (organy ścigania lub oskarżyciel publiczny) nie jest władny do wydawania opinii, do których wymagane jest posiadanie specjalistycznej wiedzy[33]. Co więcej, ewentualna wiedza specjalistyczna sądu nie stanowi dowodu w sprawie, a jedynie umożliwia i ułatwia sądowi ocenę dowodu z opinii biegłego – nawet gdyby sąd posiadał wiadomości specjalne, to i tak jest zobowiązany skorzystać z dowodu w postaci opinii biegłego[34]. Zaniechanie przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego stanowiłoby wówczas oczywiste naruszenie art. 193 § 1 k.p.k.

W orzecznictwie sądów powszechnych, podejmowanym na gruncie kwestii dowodowych w postępowaniach dotyczących przestępstw z art. 296 k.k., ukształtował się

32 Hasło: „dyktować" (w:) W. Doroszewski (red.), *Słownik języka polskiego*, PWN, 1996.

33 Wyrok SN z dnia 9 lipca 2019 r., sygn. akt IV KK 308/18, SIP Legalis nr 2213394; zob. również W. Grzeszczyk, Rola opinii biegłego w postępowaniu karnym, Prok. i Pr. 2005, nr 6, s. 24.

34 Wyrok SN z dnia 2 marca 2017 r., sygn. akt II KK 358/16, SIP Legalis nr 1581112.

pogląd, że to biegły powołany w sprawie powinien ocenić zarówno znamię szkody majątkowej jak i to w jakiej sytuacji motywacyjnej, w wyniku jakich działań, bądź zaniechań nastąpiło wyrządzenie tej szkody – „częstokroć ocena strony podmiotowej również może wymagać wypowiedzenia się przez biegłego, którego wiadomości specjalne umożliwią zbadanie motywacji działania sprawcy oraz osadzenie jego decyzji gospodarczych w szerszym kontekście ekonomicznym, w szczególności co do stanu firmy, warunków rynkowych oraz powiązań z kontrahentami”[35]. Przy tym dowodu z opinii biegłego nie wolno zastępować innymi dowodami – jeżeli ustalenie danego faktu wymaga wiedzy specjalnej, to konieczne jest wezwanie biegłych celem wydania opinii, a nie posiłkowanie się innymi dowodami[36].

ści działań oskarżonego będzie niejednokrotnie wymagało powołania kilku biegłych różnych specjalności.

Mając na uwadze powyższe, należy aprobować także stanowisko Sądu Apelacyjnego negujące dopuszczalność „dyktowania” przez sąd wyrokujący w sprawie lub organy ścigania czy oskarżyciela publicznego tego, czy inkryminowane zachowania menedżera posiadają uzasadnienia gospodarcze, czy też nie. Istnienie „uzasadnienia gospodarczego” decyzji menedżera nie jest czynnikiem decydującym dla oceny przestępności jego zachowania w kontekście znamion skutkowych czynów zabronionych z art. 296 k.k., a niejednoznaczność tego pojęcia wyklucza je z katalogu pożądanych kryteriów oceny przestępności zachowań w demokratycznym państwie prawnym. W wyjątkowych sytuacjach, tam

Uwzględniając stale postępującą profesjonalizację obrotu gospodarczego i wynikającą z niej specjalizację zawodu menedżera prawidłowe zweryfikowanie działań oskarżonego może wymagać powołania kilku biegłych różnych specjalności.

Odrębnym i niebagatelnym problemem jest przy tym wybór biegłego, któremu należałoby powierzyć sporządzenie opinii weryfikującej zasadność przyjęcia, że dane zachowania menedżera cechowało „uzasadnienie gospodarcze”. Uwzględniając stale postępującą profesjonalizację obrotu gospodarczego i wynikającą z niej specjalizację zawodu menedżera (w tym częstą potrzebę zaangażowania do zajmowania się działalnością gospodarczą lub sprawami majątkowymi podmiotów gospodarczych wielu menedżerów różnych specjalności i delegowania im zadań stosownie do ich specjalizacji) – prawidłowe zweryfikowanie poprawności gdzie weryfikacja czynności sprawczych menedżera (z braku precyzyjnych, relewantnych wzorców zachowania) będzie wymagała odwołania się do jego „staranności”, dopuścić można posiłkowanie się przez organy postępowania analizą „uzasadnienia gospodarczego” decyzji menedżera, pamiętając jednak, że ustalenie istnienia bądź braku „uzasadnienia gospodarczego” decyzji menedżerskiej wymaga wiadomości specjalnych. Tym samym jakakolwiek argumentacja odnosząca się do klauzuli „uzasadnienia gospodarczego” powinna być wsparta wnikliwą analizą rynkową sporządzoną przez właściwego, kompetentnego biegłego. Nawet wówczas nie sposób jednak uciec od konstatacji, że kauczukowy charakter pozaustawowej przecież „klauzuli uzasadnienia gospodarczego” stwarza ryzyko dowolności w ocenie przestępności zachowania menedżera.

35 Wyrok SA w Katowicach z dnia 30 czerwca 2017 r., sygn. akt II AKa 161/17.

36 Wyrok SN z dnia 24 kwietnia 2017 r., sygn. akt SNO 10/17, SIP Legalis nr 1658165.

Bibliografia

Gałęski M., Grupa G., *Karnoprawna ocena decyzji menedżerskich*, „Monitor Prawa Handlowego" 2014, nr 1.

Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, *Komentarz, Art. 222–316*, Warszawa 2017.

Lizęga-Turlakiewicz, G. Turlakiewicz, *Granice kreatywnego zachowania menadżerów w kontekście art. 296 § 1a kodeksu karnego*, „Prokuratura i Prawo" 2016, nr 5, s. 51–75.

Pestasz P., *Subsydiarność prawa karnego*, „Gdańskie Studia Prawnicze. Przegląd Orzecznictwa" 2005, nr 1–2.

Zawłocki R. (red.), *Prawo karne gospodarcze. System Prawa Handlowego*, t. 10, Warszawa 2018.

Zawłocki R., *Nowe przestępstwo niegospodarności bezszkodowej z art. 296 § 1a Kodeksu karnego*, „Monitor Prawniczy" 2011, nr 18.

Żółtek S., *Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności*, Warszawa 2009.