

OPOLSKIE STUDIA

ADMINISTRACYJNO-PRAWNE

THE OPOLE STUDIES IN ADMINISTRATION AND LAW

Półrocznik • Semi-annual

Czerwiec • June 2022

20

Zeszyt • Issue 1

UNIWERSYTET OPOLSKI • UNIVERSITY OF OPOLE

ISSN 1731-8297

<https://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

e-ISSN 6969-9696

SCIENTIFIC BOARD / RADA NAUKOWA

- Andrzej Bator* (University of Wrocław / Poland)
Silvestre Bello Rodríguez (Universidad de las Palmas de Gran Canaria / Canary Islands)
Maria del Carmen Lázaro Guillamón (Universitat "Jaume I" Castellón de la Plana / Spain)
Daniel Cole (Indiana University Bloomington / USA)
Stanisław Hoc (University of Opole / Poland)
Lothar Knopp (Brandenburg University of Technology Cottbus-Senftenberg / Germany)
Wojciech Kowalski (University of Silesia in Katowice / Poland)
Luc Lawrysen (Ghent University, President of the Constitutional Court / Belgium)
Michaela Moravčíková (Trnava University in Trnava / Slovakia)
Vasilica Negrut (Danubius University of Galati / Romania)
Ioana Nicolae (Transilvania University of Brasov / Romania)
Noriko Okubo (Osaka University / Japan)
Tomasz Sokółowski (Adam Mickiewicz University in Poznań / Poland)
Budislav Vukas (University of Rijeka / Croatia)
Jerzy Zajadło (University of Gdańsk / Poland)
José Luis Zamora Manzano (Universidad de las Palmas de Gran Canaria / Canary Islands)

HONORARY EDITOR-IN-CHIEF / REDAKTOR HONOROWY

Włodzimierz Kaczorowski

EDITOR-IN-CHIEF / REDAKTOR NACZELNY

Marta Woźniak

THEMATIC EDITORS / REDAKTORZY TEMATYCZNI

- Stefan Marek Grochalski* – European law
Ewa Kozerska – state and law studies
Agnieszka Skóra, Anna Haładaj, Elena Fasoli, Jerzy Jendroška – public law
Piotr Stec, Alicja Jagielska Burduk – private law

SECRETARY / SEKRETARZ REDAKCJI

Katarzyna Biczysko-Pudelko
Olga Sachanbińska-Dobrzyńska

ADDRESS OF THE EDITORIAL BOARD / ADRES REDAKCJI

Instytut Nauk Prawnych
Uniwersytet Opolski
ul. Katowicka 87a, 45-060 Opole
e-mail: redakcja.osap@gmail.com

Declaration concerning the original version

The Editorial Board declare that the original (referential) version of the Journal is available in the on-line form

<https://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

SPIS TREŚCI

Od Redaktora	9
--------------------	---

ARTYKUŁY

Oskar BODANKA, Naruszenie wizerunku, przy wykorzystaniu technologii deepfake – analiza prawna i praktyczna	11
Dominik GABOR, Prawne aspekty twórczości <i>commentary</i>	33
Piotr HOROSZ, Ochrona konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi na rynku finansowym	55
Marcin Jerzy KONARSKI, Rekwizycje wojskowe w prawie francuskim	75
Marcin KONIECZNY, Forensic aspects of crime scene investigation using CBRN agents	99
Vivien KÖBÖL-BENDA, The current status of the right to the environment at the global international law	117
Przemysław KRZYKOWSKI, Karolina HRYMOWICZ, Rozprawa zdalna w postępowaniu przed sądami administracyjnymi a prawo do jawnego rozpoznania sprawy	145
Anna LYSZCZYNA, Uwagi na temat statusu medycyny komplementarnej i alternatywnej w prawie polskim	165
Paweł SOSNOWSKI, Zarządzanie miastem z perspektywy planowania i zagospodarowania terenów – wybrane zagadnienia	187
Lara SCHALK-UNGER, The participation of environmental NGOs in (Austrian) criminal proceedings in the light of Art. 9 (3) Aarhus Convention	211
Emőd VERESS, Krótki opis kwestii reprivatyzacji znacjonalizowanych nieruchomości kościelnych w Rumunii, ze szczególnym uwzględnieniem przypadku Kolegium im. Mikó Székelya	237
Wiktor ŻOCHOWSKI, Rozwój systemów motywacyjnych w spółkach kapitałowych	261

GLOSZY

Rafał ADAMUS, Wyłączna legitymacja syndyka do wniesienia skargi pauliańskiej – Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 9 grudnia 2021 r. VCSK 276/21	275
---	-----

SPRAWOZDANIE

Nóra BÉRES, György MARINKÁS, Report on the International Scientific Conference ‘The protection of religious freedom in Central and Eastern European countries’ organised within the framework of the Central European Professors’ Network (Budapest, Ministry of Justice of Hungary, 26 November 2021)	289
---	-----

CONTENTS

Editorial	9
-----------------	---

ARTICLES

Oskar BODANKA, Image violation with the use of deepfake technology – a legal and practical analysis	11
Dominik GABOR, Legal aspects of <i>commentary</i>	33
Piotr HOROSZ, Consumer protection against unfair market practices on the financial market	55
Marcin Jerzy KONARSKI, Military requisitions in French law	75
Marcin KONIECZNY, Forensic aspects of crime scene investigation using CBRN agents	99
Vivien KÖBÖL-BENDA, The current status of the right to the environment in the global international law	117
Przemysław KRZYKOWSKI, Karolina HRYMOWICZ, Remote hearing in proceedings before administrative courts, and the right to open hearing	145
Anna LYSZCZYNA, Observations about the status of complementary and alternative medicine in Polish law	165
Paweł SOSNOWSKI, City management from the perspective of planning and land development – selected issues	187
Lara SCHALK-UNGER, The participation of environmental NGOs in (Austrian) criminal proceedings in the light of Art. 9 (3) Aarhus Convention	211
Emőd VERESS, A short description of the issue of reprivatizing property of the Church in Romania with particular focus on the case of Mikó Székely College	237
Wiktor ŻOCHOWSKI, Development of incentive systems in capital companies	261

CASE COMMENTARY

Rafał ADAMUS, Exclusive power of the trustee to bring <i>actio pauliana</i> – Gloss to the judgment of the Supreme Court of December 9, 2021. VCSKP 276/21	275
--	-----

REPORT

Nóra BÉRES, György MARINKÁS, Report on the International Scientific Conference ‘The protection of religious freedom in Central and Eastern European countries’ organised within the framework of the Central European Professors’ Network (Budapest, Ministry of Justice of Hungary, 26 November 2021)	289
---	-----

Od Redaktora

W imieniu Kolegium Redakcyjnego czasopisma „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne” pragnę złożyć ustępującemu, wieloletniemu Redaktorowi Naczelnemu OSAP-u Panu Prof. dr. hab. Włodzimierzowi Kaczorowskiemu serdeczne podziękowania za wielkie zasługi w ustawicznym podnoszeniu rangi czasopisma i uczynieniu z niego wartościowego merytorycznie i formalnie periodyku, stosującego najwyższe standardy rzetelności naukowej.

Pan Profesor Włodzimierz Kaczorowski nie tylko utworzył czasopismo, lecz także nadał mu właściwy kształt, dbając przy tym o utrzymanie dyscypliny wydawniczej, dzięki czemu czasopismo „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne”, pomimo coraz wyższych oczekiwań stawianych czasopismom naukowym, jest stale obecne w przestrzeni wydawniczej w obszarze nauk prawnych. W kierowaniu pracami wydawniczymi zawsze towarzyszyła Panu Profesorowi wyjątkowa kultura, w tym kultura słowa, poczucie humoru, odporność na trudności i godna pozazdroszczenia niezłomność.

Podjmując próbę kontynuacji pierwotnych zamierzeń Poprzednika, przyjmuję zobowiązanie do rozwijania naukowego potencjału zawartego w „Opolskich Studiach Administracyjno-Prawnych” i do wzmocnienia ich krajowej i międzynarodowej rozpoznawalności. Za kierowanie Kolegium Redakcyjnym i serdeczną współpracę w imieniu Redakcji i własnym składam Panu Prof. dr. hab. Włodzimierzowi Kaczorowskiemu serdeczne podziękowania. Życzę, aby kolejne lata były okazją do odpoczynku po trudach uniwersyteckiej drogi i otworzyły przed Panem Profesorem nowe perspektywy.

dr hab. Marta Woźniak, prof. UO
Redaktor Naczelna
„Opolskich Studiów
Administracyjno-Prawnych”

Artykuły

Volume 20, Issue 1
June 2022

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2022-04-20
accepted 2022-05-12



Naruszenie wizerunku przy wykorzystaniu technologii deepfake – analiza prawna i praktyczna

Image violation with the use of deepfake technology – a legal and practical analysis

OSKAR BODANKA

Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II
ORCID: 0000-0002-2304-0422, oskar.bodanka@kul.pl

Citation: Bodanka, Oskar. 2022. Naruszenie wizerunku przy wykorzystaniu technologii deepfake – analiza prawna i praktyczna. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 20(1): 11–32, DOI: 10.25167/osap.4788.

Abstract: The article presents considerations on the protection of image in the situation of its violation with the use of new technologies. The problem of image infringement in deepfake technology is discussed. The article presents what, in the eyes of the law, deepfake is, who is responsible for the image infringement made with the use of this technology and the currently functioning basic legal institutions of image protection. The author analyses the existing sources of law; moreover, in relation to the sources, the author uses the dogmatic-legal method by applying relevant provisions of private law, in particular civil law and copyright law. Also, reference to national jurisprudence and doctrinal views enables a critical analysis of the legal regulations in the context of protection of the right of publicity. The practical analysis of current legislation allows pointing out fundamental doubts about the accuracy and correctness of the regulations adopted in this area. It was found that national laws, on the one hand, provide protection of the image from being captured and disseminated in deepfake materials; on the other hand, these regulations may cause serious doubts in the doctrine and discrepancies in interpretation of the law. It has been concluded that rules on image and AI technology in general should be regulated in detail by the legal system.

Keywords: deepfake, law of new technologies, legal protection of image, deep learning, AI

Abstrakt: W artykule przedstawiono rozważania na temat ochrony wizerunku w sytuacji naruszenia przez nowe technologie. Refleksji został poddany problem naruszenia wizerunku przy wykorzystaniu technologii deepfake. W artykule rozstrzygnięto, czym w świetle przepisów prawa jest deepfake, kto ponosi odpowiedzialność za naruszenie wizerunku dokonane za pomocą tej technologii oraz przedstawiono obecnie funkcjonujące podstawowe instytucje prawne służące ochronie wizerunku. Autor przeprowadził analizę źródeł zastanych w stosunku do źródeł prawa. Wykorzystano metodę dogmatyczno-prawną przez zastosowanie odpowiednich przepisów prawa prywatnego, w szczególności prawa cywilnego i autorskiego oraz odwołanie się do orzecznictwa krajowego i poglądów doktryny, która umożliwiła krytyczną analizę przepisów prawa w kontekście ochrony prawa do wizerunku. Przeprowadzona analiza pozwoliła wskazać na podstawowe wątpliwości dotyczące prawidłowości przyjętych w tym zakresie regulacji. Stwierdzono, że z jednej strony przepisy prawa krajowego zapewniają ochronę wizerunku przed utrwalaniem i rozpowszechnianiem w materiałach deepfake'owych, ale z drugiej strony regulacje te mogą powodować poważne wątpliwości w doktrynie oraz rozbieżności w orzecznictwie. Wskazano, że przepisy dotyczące wizerunku oraz ogólnie technologii AI powinny zostać szczegółowo uregulowane w systemie prawnym.

Słowa kluczowe: deepfake, prawo nowych technologii, prawna ochrona wizerunku, głębokie uczenie, AI

Wprowadzenie

W ciągu ostatnich kilku lat możliwości upowszechniania wizerunku znacznie się rozwinęły, na co główny wpływ ma Internet i odpowiednie platformy społecznościowe (na przykład: Facebook, Instagram, Twitter czy TikTok), które zapewniają użytkownikom możliwość publikacji treści według własnego uznania. Współcześnie wizerunek wykorzystywany jest w celach komercyjnych, stanowiąc tym samym markę osobistą. Jednocześnie wzrosło ryzyko naruszenia wizerunku przez nowe technologie. Taką technologią jest deepfake. Na potrzebę niniejszych rozważań przyjęto założenie o charakterze niemajątkowym wizerunku w obowiązujących ustawach. Uznano tym samym próby dokonywania wykładni, zgodnie z którą wizerunek bądź prawo do wizerunku miałyby charakter majątkowy, za wykładnią *contra legem*. Należy stwierdzić, że polski system prawny na gruncie prawa prywatnego nie zapewnia odpowiedniej ochrony wizerunku, w szczególności w kontekście naruszeń przy wykorzystaniu nowych zjawisk technologicznych.

W pracy zwrócono uwagę tylko na analizę ochrony prawa do wizerunku na gruncie prawa prywatnego ze szczególnym uwzględnieniem prawa autorskiego. Problematyka ta powoduje wiele wątpliwości praktycznych i teoretycznych. Zagadnienie to pozostaje aktualne także w kontekście projektu unijnego rozporządzenia Komisji Europejskiej ustanawiającego zharmonizowane przepisy

dotyczące sztucznej inteligencji (Wniosek w sprawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji: 2021), w tym między innymi technologii deepfake. W celu uzasadnienia powyższej tezy należy dokonać analizy następujących zagadnień: Czym jest deepfake w obecnych i proponowanych przepisach prawa? Jakie dobra chronione narusza stworzenie deepfake'a? Jak należy rozumieć wizerunek na gruncie prawa prywatnego? W jaki sposób system prawny zapewnia ochronę wizerunku? Jaki charakter ma naruszenie wizerunku przy użyciu technologii deepfake? Kto jest odpowiedzialny za naruszenie wizerunku przy wykorzystaniu technologii deepfake?

Badania zawarte w artykule przyczyniają się do pełniejszego zrozumienia rozwijających się zjawisk technologicznych oraz związanych z nimi trudności wykładni przepisów prawa w kontekście ochrony wizerunku. Głównym celem artykułu jest przedstawienie możliwości ochrony wizerunku w sytuacji naruszenia go przy wykorzystaniu technologii deepfake, a także zwrócenie uwagi na brak odpowiednich uregulowań prawnych. Niniejsze opracowanie obejmuje pięć szczegółowych punktów, wyodrębnionych w odniesieniu do analizowanego zagadnienia, a mianowicie: analiza pojęcia i geneza zjawiska deepfake, rodzaje technologii deepfake, rozważania nad ujęciem deepfake'a w prawie, omówienie koncepcji prawa do wizerunku oraz środków ochrony wizerunku oraz ocena prawna naruszenia wizerunku z wykorzystaniem technologii deepfake. Artykuł obejmuje analizę źródeł zastanych. W stosunku do źródeł prawa przeprowadzona zostanie ich analiza prawna metodą dogmatyczno-prawną, która umożliwi krytyczną analizę przepisów prawa w kontekście ochrony prawa do wizerunku.

1. Istota technologii deepfake

Deepfake'owe nagrania pojawiły się w sieci około 2017 r. Deepfake jest rodzajem technologii, za pomocą której tworzyć można zmodyfikowane materiały audio, video, audio i video. Technologia ta wykorzystuje sztuczną inteligencję (dalej: AI), która używając algorytmów sieci GAN, tworzy określone treści. W literaturze pojęciem deepfake nazywa się również treści stworzone przez AI. Zasadniczym celem istnienia deepfake'a jest przekazanie konkretnej informacji określonemu odbiorcy (grupie odbiorców), w związku z czym skutkiem stworzenia deepfake'a będzie również każdorazowo jego rozpowszechnienie. Treść tworzona jest na podstawie już istniejących nośników informacji dostępnych w internecie (zdjęcia, filmy, dźwięk). Deepfake może zostać stworzony w technologii uczenia maszynowego (większy wkład użytkownika w stworzenie treści) lub technologii głębokiego uczenia (AI samodzielnie tworzy treść). Co do zasady deepfake będzie dotyczył wizerunku najczęściej człowieka, choć nie zawsze (Flaga-

-Gieruszyńska, Gołaczyński, Szostek [red.] 2019: 104–105). Deepfake również może podlegać powielaniu i rozpowszechnianiu w serwisach internetowych podobnie jak inne tego rodzaju modyfikacje (Dwa razy więcej deepfake'ów w internecie. Jak się przed nimi bronić?: 2019). Popularyzacji technologii deepfake sprzyjają także powstające aplikacje typu *open source*, w tym najbardziej znana – FakeApp, która wykorzystuje wprowadzone zdjęcia do przetwarzania deepfake'ów. Aplikacja w ciągu pierwszych dwóch miesięcy od publicznego udostępnienia została pobrana ponad 120 000 razy (Here Come the Fake Videos, Too: 2018). Skala ta obrazuje zainteresowanie wśród użytkowników tą technologią.

2. Rodzaje deepfake'ów

W przestrzeni publicznej pojęciem deepfake zbiorczo określa się grupę komputerowych tworców, należy jednak zwrócić uwagę, że w zależności od wykorzystanej technologii (programów, aplikacji), deepfake'i będą się różnić. Zaczniemy od tego, że deepfake może mieć aspekt zarówno użyteczny – zastosowanie w reklamach czy w filmach (Deepfake for Marketing: This Israeli Startup Sells Synthetic Characters of Real People: 2021), jak i nieużyteczny, szkodliwy. Warto zwrócić uwagę na kontrowersyjną aplikację DeepNude, która umożliwiała użytkownikom „usunięcie ubrań” osoby widocznej na zdjęciu (Koniec DeepNude'a. Twórcy aplikacji do rozbierania kobiet wygaszają projekt: 2019). Przy uwzględnieniu tego zastrzeżenia dzieli się je ze względu na kryterium emocji odbiorcy. Przykładowo I. Dąbrowska wyróżnia tematyczne ze względu na ładunek emocjonalny, jaki mają dostarczyć odbiorcy: rozrywkowe, edukacyjne, dezinformacyjne i dyskredytacyjne. Rozrywkowe odwołują się do popkultury, ich bohaterami są przeważnie postacie anonimowe i fikcyjne. Edukacyjne mają na celu edukowanie odbiorcy poprzez pobudzanie wyobraźni (np. w sztuce czy historii). Dezinformacyjne mają na celu wywołanie niepokoju społecznego. Celem dyskredytacyjnych jest ośmieszenie danej osoby w oczach odbiorcy (Nierenberg 2020: 96–97).

Według kryterium zastosowanej technologii dzieli się je na deepfake'i audio i wideo (Deepfake o deepfake: 2021). W zakresie audio deepfake'ów wyróżnia się *speech synthesis* (z ang. synteza mowy) – polega na odtworzeniu modelu głosu (w tym intonacji, akcentu, tonu głosu); program sztucznie odczytuje wskazany tekst głosem osoby, której głos jest podrabiany (Balyan, Agrawal, Dev 2013: 57–58). W przypadku deepfake'ów wideo wskazuje się na: *face reenactment*, *face swap*, *face generation* (Deepfake o deepfake: 2021). Pierwszy, *face reenactment* (z ang. *face* – twarz, *reenactment* – przywrócenie, rekonstrukcja), oznacza sterowanie mimiką danej osoby. Program generuje docelową twarz i nakłada na twarz pozoranta (Nirkin, Keller, Hassner 2019: 7184–7186). Kolejny, *faceswap* (z ang.

face – twarz, *swap* – zamiana), oznacza możliwość zamiany twarzy osoby z jednej fotografii na twarz drugiej osoby i na odwrót. Technologia automatycznie dostosowuje warunki oświetlenia, odpowiednie tekstury (Nirkin, Keller, Hassner 2019: 7184–7186). Ostatni, *face generation* (z ang. *face* – twarz, *generation* – generowanie, produkowanie), polega na tworzeniu ze zbioru zdjęć zupełnie nowych obrazów twarzy (wizerunków) człowieka, nieistniejących w rzeczywistości (Hardie, Fahim, Zeshan 2017: 1–3).

Deepfake zatem to przede wszystkim technologia, narzędzie do tworzenia charakterystycznych nośników informacji. W mechanizmie tworzenia deepfake'a wyróżnić należy dwie zasadnicze właściwości. Deepfake każdorazowo powstaje przy wykorzystaniu AI, przy czym w zależności od rodzaju technologii człowiek (użytkownik programu) może posiadać określony wkład w stworzenie deepfake'a lub nie posiadać takiego wkładu wcale. Niektóre programy wykorzystujące AI umożliwiają dużą autonomiczność AI, o czym świadczą znane w literaturze przykłady tworzenia przez AI chociażby obrazów, muzyki czy nawet prozy. W przypadku deepfake'a każdorazowo człowiek będzie decydował o jego przeznaczeniu i to człowiek będzie decydował o grupie docelowych odbiorców. Z całą pewnością technologia ta może mieć wpływ nie tylko na emocje odbiorców, lecz także na podejmowane przez nich decyzje. W sposób bezpośredni technologia deepfake może powodować w przyszłości problemy przy wielu obecnych i planowanych rozwiązaniach gospodarczych: w bankowości lub rozwiązaniach formalnoprawnych – sporządzenia testamentu ustnego za pomocą środków porozumiewania się na odległość (*videotestament*) i tym podobnych rozwiązań technologicznych, dla których niezbędna jest autoryzacja wizerunku osoby składającej oświadczenie woli; natomiast pośrednio przez wpływanie na konsumentów podejmujących decyzję o wyborze produktu lub zawarciu umowy. Biorąc pod uwagę skalę rozpowszechniania deepfake'owych modyfikacji, przyjąć należy, że wkrótce taka forma przekazywania informacji stawać się będzie elementem szeroko rozumianej kultury masowej, przy czym jej zastosowanie będzie zarówno społecznie użyteczne, jak i szkodliwe.

3. Charakterystyka prawna deepfake

Ustalenie podmiotu odpowiedzialnego za deepfake wymaga wcześniejszego odpowiedniego zakwalifikowania tego zjawiska technologicznego w systemie prawnym. Na gruncie polskiego systemu prawnego należałoby obecnie zastosować *per analogiam* przepisy, które odnoszą się do podobnych zjawisk technologicznych. Charakterystyka deepfake'a skłania do dokonania próby ujęcia prawnego deepfake'a jako utworu w odniesieniu do przepisów prawa autorskiego. Należy krótko przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 Ustawy z dnia 4 lu-

tego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej: u.p.a.p.p.): Przedmiotem prawa autorskiego jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór). Ustęp 2 przywołanego artykułu zawiera definicję legalną zakresową niepełną, na co wskazuje zwrot „w szczególności”, przepis wymienia jedynie przykładowy katalog utworów (Zieliński 2017: 185–186). W tym kontekście przepisy polskiego prawa autorskiego potencjalnie mają możliwość regulowania nowych utworów (w tym zjawisk technologicznych). Co więcej, sam przepis art. 1 ust. 1 u.p.a.p.p. dość ogólnie określa koncepcję utworu (głównego przedmiotu regulacji ustawy), dalsze przepisy ustawy zawierają konkretyzację m.in. praw autorskich, uprawnień do utworu, utworów wyłączonych z regulacji ustawy oraz przesłanki stosowania polskiego prawa autorskiego (art. 1–5 u.p.a.p.p.). Przedstawiciele doktryny określają utwór jako przede wszystkim dobro niematerialne (Ferenc-Szydełko [red.] 2021: nb. 1). Istnieje ono niezależnie, bez konkretnego nośnika materialnego utworu *corpus mechanicum*, na którym został utrwalony, nawet pomimo zniszczenia (Grzybowski, Kopff, Serda 1973: 103–104). Dodatkowo ogólne sformułowanie definicji utworu ma związek ze znaczeniem kulturowo-filozoficznym twórczości (Ferenc-Szydełko [red.] 2021: nb. 1). Żeby zakwalifikować dane zjawisko jako utwór, musi ono mieć kilka podstawowych cech. Po pierwsze, utwór musi stanowić element kreacji twórczej człowieka, musi to być nowy pomysł zrealizowany przez twórcę, przejaw twórczości ma być faktycznym rezultatem pomysłu twórcy (Szczotka, Poźniak-Niedzielska [red.] 2020: 23). Po drugie, utwór ma mieć oryginalny, indywidualny charakter, być jednorazowym projektem twórczości człowieka, ma być jedyny, niepowtarzalny, różniący się od innych (Ferenc-Szydełko [red.] 2021: nb. 7). Po trzecie, utwór powinien być ustalony w jakiejś postaci – możliwy do spostrzeżenia dla potencjalnego odbiorcy, przy czym nie musi mieć charakteru trwałego (Szczotka, Poźniak-Niedzielska [red.] 2020: 25), w tym również zdatnego do odtworzenia przez odbiorcę w dowolnym czasie, a jedynie musi być na tyle efektywny, żeby pozostać w pamięci odbiorcy (sygn. akt I CR 91/73). Po czwarte, dla ustalenia, czy coś jest utworem, nie ma znaczenia jego wartość, poziom intelektualny ani przeznaczenie utworu (Szczotka, Poźniak-Niedzielska [red.] 2020: 25–26). Wreszcie, utworem w rozumieniu ustawy jest nawet takie dzieło, które z obiektywnego punktu widzenia powoduje niechęć czy odrazę w odczuciu odbiorców (Ferenc-Szydełko [red.] 2021: nb. 29). Zastanawiające jest zatem, czy wobec wyżej przedstawionych poglądów wygenerowany przez program deepfake wykorzystujący technologię uczenia maszynowego można uznać za utwór. Decydujące znaczenie będą miały dwie ze wskazanych przesłanek – przesłanka oryginalności oraz przesłanka procesu twórczego dokonanej przez człowieka. Podstawowym, ko-

niecznym elementem składowym deepfake'a jest zdjęcie (liczba zdjęć) lub materiał wideo, przy czym to nie autor wykonuje czynności twórcze, tylko odpowiednie algorytmy programu komputerowego. Czynności osoby obsługującej program ograniczają się jedynie do zgromadzenia wymaganej liczby zdjęć i wprowadzenia ich do systemu, co stanowi czynność techniczną, która nie może być uznana za proces twórczy (Flaga-Gieruszyńska, Gołaczyński, Szostek [red.] 2019: 91). Zastanawiająca jest kwestia dodawania kolejnych modyfikacji (będących pomysłem użytkownika aplikacji – człowieka) do stworzonego przez program deepfake'a, w tym celowego dobierania określonych zdjęć do programu, czy też łączenia odpowiednich kolorów, tekstur czy wizerunków, dodania wybranej oprawy dźwiękowej do gotowego deepfake'a, stworzenie tekstu, który wypowiada deepfake'owe nagranie. Zastanović się także należy nad większym wkładem w stworzenie deepfake'a w związku z użyciem charakterystycznego programu tak jak przykładowo przy użyciu oprogramowania DeepFaceLab. DeepFaceLab jest to rodzaj oprogramowania – narzędzia pomocnego twórcy przy tworzeniu deepfake'ów. Program daje twórcy możliwość pełnej kontroli (użytkownik samodzielnie kieruje programem), wymaga określonych umiejętności, a także posługiwania się programami dodatkowymi. Twórca bierze aktywny udział na każdym etapie tworzenia deepfake'a (Petrov, Gao, Chervoniy, Liu, Marangonda, Umé, Jiang, Zhang, RP, Wu, Zhang 2020: 1–3). Należy zatem odróżnić deepfake'i tworzone za pomocą szablonów w postaci programów, aplikacji, tworzenie deepfake'ów przy użyciu szablonów z jednoczesnym dodaniem określonych modyfikacji oraz stworzenie oryginalnego programu zawierające zaprogramowane algorytmy do generowania deepfake'ów zawsze tej samej treści. W pierwszym przypadku bezsprzecznie zautomatyzowany proces stworzenia deepfake'a nie będzie miał charakteru twórczego. Faktycznym twórcą deepfake'a będzie odpowiednio zaprogramowana do tego aplikacja. Czynności osoby fizycznej (użytkownika aplikacji, programu) nie będą zawierały ani oryginalnego, ani indywidualnego, przemyślanego intelektualnie wkładu, co dotychczasowe orzecznictwo uznało za warunek powstania utworu (sygn. akt I ACa 121/15; zob. też sprawa C-5/08). Samodzielny charakter działania technologii deepfake skutkować będzie uznaniem takiej twórczości za domenę publiczną – dobra wolne, z których można korzystać bez ograniczeń prawnoautorskich (nie naruszając praw osób trzecich). Tak powstałe zjawisko nie będzie podlegało zatem ochronie prawnoautorskiej (por. Barta, Markiewicz 2019: 107). W drugim przypadku, nie jest to oczywiste, czynności twórczych co do zasady dokonuje program w zakresie stworzenia deepfake'a z wprowadzonych materiałów przez człowieka. Natomiast, jeśli jest to możliwe w programie (narzędzie) lub na stworzony deepfake złożą się również elementy modyfikacji wprowadzone przez człowieka zgodnie z jego własnym pomysłem. Wydaje się, że taki wytwór rów-

niez zawiera oryginalny charakter oraz przesłanki twórczej pracy człowieka – za bezprzedmiotowe aktualnie należy uznać współautorstwo programu ([W doktrynie podnoszone są argumenty za możliwością nadania AI osobowości prawnej], zob. Flaga-Gieruszyńska, Gołaczyński, Szostek [red.] 2019: 23-37). Wątpliwości mogą również dotyczyć używania programu jedynie jako narzędzia do stworzenia deepfake'a. Z jednej strony autor nie decyduje o finalnej wersji deepfake'a, z drugiej – wprowadzone przez niego dane determinują pracę programu. Ponadto użytkownicy korzystający z programu używają go tylko w takim zakresie, w jakim pozwala umowa licencyjna, w granicach której właściciel – użytkownik aplikacji – nabywa prawa do modyfikowania, tworzenia treści. Jeśli zatem użytkownik ma możliwość wykonania samodzielnie treści przy użyciu programu (w tym ma istotny wpływ na strukturę, wygląd treści), treść taka mogłaby zostać uznana za utwór, zaś użytkownik aplikacji za współautora. Jeśli zaś użytkownik aplikacji korzysta z gotowych szablonów i jego czynności sprowadzają się jedynie do wybierania, mieszania dostępnych w aplikacji wzorców, wówczas taka treść nie będzie miała charakteru twórczego. W judykaturze pojawił się pogląd, zgodnie z którym wykreowana treść przy wykorzystaniu danych dostępnych publicznie (np. zdjęć, filmów) będzie stanowiła utwór, jeśli segregacja tych danych będzie miała charakter oryginalny (sygn. akt I CK 281/05). Dla oryginalności danego utworu wystarczy jeden charakterystyczny element określający pozostałe w zaplanowanej przez autora postaci (Barszczewski 2007: 71). Zatem w takiej sytuacji należy każdorazowo ocenić na ile użytkownik programu wykazał się twórczością, ile elementów danej treści mogło powstać jedynie dzięki pomysłowi użytkownika aplikacji (Barta, Czajkowska-Dąbrowska, Cwiąkalski, Markiewicz, Traple [red.] 2005: 68). Trzeci przypadek odnosi się do sytuacji twórcy-programisty tworzącego oryginalny program automatycznie tworzący deepfake'i określonej treści. Zgodnie z art. 1 ust. 2 pkt 1 u.p.a.p.p. program komputerowy stanowi odrębną kategorię utworów mających charakter użytkowy, który podlega ochronie prawnoautorskiej. Program ten musi spełniać przesłanki utworu z art. 1 ust. 1 u.p.a.p.p. Natomiast w świetle art. 8 u.p.a.p.p. dysponentem autorskich praw osobistych i majątkowych do programu, a także do pożytków wynikających z jego eksploatacji co do zasady będzie programista. Programista może przekazać swoje prawa majątkowe autorskie do programu oznaczonej osobie (użytkownikowi). Przy czym swobodę korzystania z programu przez użytkownika ograniczać będą postanowienia umowy licencyjnej zawartej z programistą oraz przepisy ustawy. W myśl art. 74 ust. 4 u.p.a.p.p. prawa autorskie majątkowe do programu obejmują możliwość zwielokrotnienia programu komputerowego, tłumaczenia, przystosowywania, zmiany układu lub jakichkolwiek innych zmian w programie komputerowym,

z zachowaniem praw osoby, która tych zmian dokonała, oraz rozpowszechniania, w tym użyczenia lub najmu programu komputerowego lub jego kopii.

Analiza powyższych twierdzeń prowadzi do wniosku, że podmiotem odpowiedzialnym za deepfake w zależności od okoliczności potencjalnie powinien być: twórca programu („producent”), *in solidum* twórca programu („producent”) i twórca deepfake’a, a także sam twórca deepfake’a. Obecnie twórca programu nie będzie odpowiadać na podstawie art. 449¹ Ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, dalej: k.c. Przepis ten nie znajduje zastosowania do programów komputerowych (Pietrzykowski 2020: nb. 26). Wobec tego wydaje się, że aktualnie bezprzedmiotowa staje się próba przypisania twórcy programu odpowiedzialności za delikty wynikające z jego eksploatacji.

Odnosząc się do europejskiego systemu prawnego, w 2020 r. Parlament Europejski wydał projekt rezolucji parlamentu europejskiego z zaleceniami dla Komisji w sprawie systemu odpowiedzialności cywilnej za sztuczną inteligencję (Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 20 października 2020 r. z zaleceniami dla Komisji w sprawie systemu odpowiedzialności cywilnej za sztuczną inteligencję [Dz.U. UE. C. z 2021 r. Nr 404.] dalej: projekt rezolucji). W projekcie rezolucji wskazano na dwa rodzaje odpowiedzialności – na zasadzie ryzyka i na zasadzie winy. Odpowiedzialność na zasadzie ryzyka odnosi się tylko do wdrażających systemy wysokiego ryzyka, w tym wymieniono katalog takich systemów. Uznano też, że w szczególnych przypadkach, kiedy nie można wykryć osoby trzeciej, konieczne jest dodanie przepisów dotyczących odpowiedzialności w celu uzupełnienia istniejącego krajowego prawa deliktów. Natomiast w 2021 r. Komisja Europejska opublikowała projekt rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiający zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji (Wniosek w sprawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji [*Artificial Intelligence Act*] i zmieniającego niektóre akty ustawodawcze Unii, COM(2021) 206 final, 21.04.2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?qid=1623335154975&uri=CELEX%3A52021PC0206>, dalej: projekt rozporządzenia), zmieniający niektóre akty ustawodawcze Unii w sprawie sztucznej inteligencji. W projekcie wskazuje się szereg proponowanych rozwiązań prawnych, mających na celu regulowanie kwestii tworzenia deepfake’ów w celach gospodarczych. Przykładowo, *in fine* art. 52 pkt 3 projektu rozporządzenia, projekt nakłada obowiązek poinformowania odbiorcy, że dane treści zostały wygenerowane lub zmanipulowane przez system sztucznej inteligencji. Przepis przewiduje jednocześnie wyłączenie bezprawności „[...] jeśli [nośnik informacji w postaci deepfake’a] stanowił będzie wykonywanie prawa do wolności wypowiedzi i prawa do wolności sztuki i nauki zagwarantowanych w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej z zastrzeżeniem odpowiednich gwarancji zabezpieczających

prawa i wolności osób trzecich” (art. 52 pkt 3 *in fine* projektu rozporządzenia). Projekt rozporządzenia zawiera nawet definicję legalną deepfake’a, na gruncie omawianej regulacji zgodnie z językową treścią przepisu definicja legalna będzie odnosiła się do deepfake’a, który znajdzie zastosowanie w obrocie gospodarczym. Ponadto *in principio* zgodnie z art. 52 pkt 3 projektu rozporządzenia oznacza: „[...] system sztucznej inteligencji, który generuje obrazy, treści dźwiękowe lub treści wideo, które ludzko przypominają istniejące osoby, obiekty, miejsca lub inne podmioty lub zdarzenia, lub który tymi obrazami i treściami manipuluje, przez co osoba będąca ich odbiorcą mogłaby niesłusznie uznać je za autentyczne lub prawdziwe („deepfake”) [...]”. Definicja legalna zaproponowana w projekcie ujmuje szeroko zakres treści składający się na deepfake’a, nie ograniczając go jedynie do wizerunku człowieka (obiekty, miejsca, inne przedmioty, zdarzenia). Przyszłe regulacje AI ukierunkowane będą na: istnienie funkcjonowanie i rozwój nowych technologii, przy zabezpieczeniu interesów zarówno osób fizycznych, jak i ogółu społeczeństwa. Bezsprzecznie, problemy prawne, jakie mogą wyniknąć w związku ze stosowaniem technologii deepfake, to nieuczciwe praktyki rynkowe, marketing, reklamy wprowadzające w błąd, inne podobne praktyki naruszające dobre obyczaje (Kidyba 2018: 217), w tym również naruszenie praw do wizerunku osoby fizycznej. Regulacje unijne w zakresie technologii deepfake zmierzać będą do określenia odpowiedzialności za naruszenia wywołane przez deepfake. Jednocześnie aktualnie trudno ocenić definitywnie, w jaki sposób regulacje unijne będą dookreślać odpowiedzialność za takie naruszenie, a tym samym, czy wywołają kolizję z dotychczasowymi regulacjami krajowymi.

4. Współczesne ujęcie prawa do wizerunku, zasady ochrony wizerunku na gruncie prawa prywatnego

Zarówno w polskim, jak i unijnym prawie brak definicji legalnej pojęcia wizerunku. Liczne definicje wizerunku wypracowała doktryna i judykatura. Dla potrzeb niniejszej publikacji należy wyróżnić kilka zasadniczych wspólnych cech ujęcia wizerunku *in abstracto*: wizerunek jest wartością związaną z osobą fizyczną (por. sygn. akt. I CKN 100/01: zob. też Markiewicz [red.] 2021: 1918; Osajda [red.] 2021: nb. 91); wizerunek jest dobrem niematerialnym – wizerunkiem określa się fizyczny obraz człowieka oraz cechy szczególne, charakterystyczne dla danej osoby, w tym przyjmuje się także charakterystyczną prezentację osoby – dodatkowe utrwalone elementy wizerunku, takie jak ubiór, charakteryzacja (Grzybowski 1957: 96); wizerunek osoby może zostać utrwalony na jakimkolwiek materialnym nośniku (Święcicka, Święcicki 2004: 140); wizerunek musi być możliwy do zidentyfikowania przez grupę odbiorców, przy czym podkreśla się, że wystarczy zobiektywizowana wąska grupa – współpracownicy, znajomi

(Niewęglowski 2021: 919). Zbiorczo wizerunek można spróbować określić jako formę-wzór myślowy, który umożliwia jednemu człowiekowi wyobrażenie, skategoryzowanie i utożsamienie z innym człowiekiem. Szczegółowy opis czyjegoś wizerunku może pełnić funkcję podobną jak desygnat, który pozwala zidentyfikować konkretny podmiot poprzez nazwę. Pośrednim elementem związanym z wizerunkiem będą również emocje towarzyszące odbiorcy wizerunku, jego własne odczucia związane z wyobrażeniem o innej osobie.

Wizerunek człowieka i kwestia jego ochrony w doktrynie prawa prywatnego powoduje wiele wątpliwości zarówno w teorii, jak i w praktycznym stosowaniu prawa. Przede wszystkim trudności stwarza dwutorowość uregulowań prawa do wizerunku – cywilnoprawna konstrukcja wizerunku i jego ochrony zawarta w Kodeksie cywilnym (art. 23, art. 24, art. 448 k.c.) oraz konstrukcja wizerunku i jego ochrony zawarta w Ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych (art. 81 i art. 83 w zw. z art. 78 u.p.a.p.p.) (Matlak 2004: 321). Istnieją koncepcje, że przepisy prawa cywilnego autonomicznie chronią wizerunek jako ideę – wartość, niematerialne, niemajątkowe prawo podmiotowe osoby fizycznej wywodzące się z godności człowieka, wygasające z chwilą jego śmierci (sygn. akt VI ACa 1781/15). Natomiast przepisy prawa autorskiego w założeniu miałyby chronić tylko wizerunek rozumiany jako odzwierciedlenie obrazu fizycznego człowieka – utwór (np. obraz, fotografia) postrzegany za dobro o charakterze majątkowym (sygn. akt V ACa 814/12). Jednak – jak słusznie zauważa wielu przedstawicieli doktryny – rozróżnienie takie, chociaż pożądane, w obecnym stanie prawnym nie może mieć miejsca (Szatkowska [red.] 2020: 22–23). Przyjmuje się, *lege non distinguente*, że w świetle art. 81 u.p.a.p.p., skoro rodzaj wizerunku nie został uszczegółowiony w ustawie, jest on chroniony na podstawie prawa cywilnego oraz prawa autorskiego, i stanowi prawo niemajątkowe (Markiewicz [red.] 2021: 1916). Ochrona zawarta w Kodeksie cywilnym chroni sam fakt utrwalenia wizerunku i z tym związane dobra osobiste człowieka, takie jak cześć, prywatność, czy uprawnienie do niezakłóconego kultu pamięci osoby zmarłej (sygn. akt VI ACa 595/17). Wskazany wyżej pogląd ma potwierdzenie w art. 24 § 3 k.c., zgodnie z którym przepisy regulujące dobra osobiste nie uchybiają uprawnieniom przewidzianym w innych przepisach, w szczególności w prawie autorskim oraz w prawie wynalazczym. Przepis jednocześnie daje pierwszeństwo ochrony wizerunku przez prawo cywilne, natomiast subsydiarnie ochrona ta zapewniona jest w innych przepisach prawa. Zatem podstawową regulacją prawa do wizerunku stanowią przepisy Kodeksu cywilnego uzupełniane przepisami szczególnymi. Szczególną ochronę realizować będą między innymi przepisy prawa autorskiego zapewniające ochronę przed rozpowszechnianiem wizerunku (Markiewicz [red.] 2021: 1918–1919). Przesłanki ochrony wizerunku chronią to samo dobro pomimo różnych podstaw zastosowania, czego skutkiem jest możliwość do-

magania się dodatkowej ochrony prawa do wizerunku (naruszenie wizerunku przez rozpowszechnianie z jednoczesnym nieingerowaniem w dobra osobiste lub naruszenie wizerunku przy nieuprawnionej ingerencji w dobra osobiste, przy stosowaniu się do zasad ochrony wizerunku w prawie autorskim). Odrębną kwestię stanowi ochrona wizerunku po śmierci. Wizerunek zmarłego (w tym postaci historycznych) nie podlega szczególnej ochronie prawnej, do wyjątku należy ochrona wizerunku Fryderyka Chopina uregulowana specjalną ustawą o ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina (Ustawa z dnia 3 lutego 2001 r. o ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina). Wizerunek rozumiany jako dobro osobiste zmarłego wygaśnie wraz ze śmiercią uprawnionego (art. 23 k.c. i wniosując *a contrario* art. 8 k.c.). Pośrednią ochronę czci zmarłego zapewnią roszczenia z tytułu naruszenia dóbr osobistych zainteresowanych osób bliskich (prawo do więzi ze zmarłym czy prawo do poszanowania pamięci o zmarłym). W doktrynie podnoszona jest jednak wątpliwa ochrona wizerunku zmarłego przed rozpowszechnianiem. Ochronę taką miałyby zapewniać norma wynikająca z wykładni porównawczej przepisów art. 83 u.p.a.p.p. w zw. z art. 78 ust. 1 i 2 u.p.a.p.p. lub art. 83 u.p.a.p.p. w zw. z art. 78 ust. 1 w zw. z art. 82 u.p.a.p.p. Językowa treść przywołanych przepisów prowadzi do wniosku, że w przypadku śmierci osoby, której wizerunek rozpowszechniono, brakowałoby podmiotu legitymowanego czynnie do wystąpienia z roszczeniami wskazanymi w art. 83 w zw. z ust. 1 art. 78 u.p.a.p.p. Wizerunek ma charakter niemajątkowy, jest to prawo ściśle osobiste, niezbywalne, niedziedziczne i wygasa wraz ze śmiercią podmiotu uprawnionego (Matlak 2004: 326). Pogląd ten należy podzielić. Wskazana konstrukcja może powodować zastrzeżenia systemowe, będzie ona spreczna przede wszystkim z celami regulacji oraz z klasycznym podziałem na prawa majątkowe i niemajątkowe. Nie można uznać, że konstrukcja ochrony wskazana przez ustawodawcę do stanów faktycznych związanych z prawami majątkowymi będzie właściwa do oceny stanów faktycznych związanych z ochroną praw niemajątkowych. Konstrukcja ta nie rozstrzyga dostatecznie braku legitymacji czynnej potencjalnych spadkobierców. Na gruncie obecnej ustawy o prawie autorskim nie jest możliwe wyprowadzenie nawet wykładnią systemową normy statuującej majątkowy charakter prawa do wizerunku lub majątkowych elementów związanych z naruszeniem wizerunku, tym samym nie jest możliwe dziedziczenie tych praw zgodnie z art. 922 § 2 k.c. Stanowisko to znajduje także potwierdzenie w orzecznictwie (sygn. akt ACz 2501/14).

Za „wizerunek” potocznie można również uznać wygląd zewnętrzny postaci fikcyjnych z utworów takich jak: gry komputerowe, komiksy, kreskówki czy obrazy. W świetle przepisów prawa chodzić będzie o prawa osobiste i majątkowe twórcy do utworu. Dodać należy, że tak jak dobra osobiste, autorskie prawa osobiste mają charakter bezwzględny, są to prawa związane z osobą twórcy.

W piśmiennictwie uznaje się, że postać fikcyjna jest częścią więzi emocjonalnej twórcy do utworu, stanowi ona wytwór myślowy twórcy, a dla utworu służy jako cecha rozpoznawcza (Grzybczyk 1997: 234–235). Zatem „wizerunek” postaci fikcyjnej podlegać będzie ochronie prawnej, jeśli będzie spełniał przesłanki utworu z art. 1 u.p.a.p.p. Dysponentem praw do „wizerunku” postaci fikcyjnej będzie jej twórca. Ochrona praw do „wizerunku” postaci fikcyjnej, tak jak ochrona wizerunku osoby fizycznej, opierać się będzie na ochronie prawnoautorskiej – którą zapewnią w zależności od przypadku przepisy chroniące autorskie prawa osobiste, a także autorskie prawa majątkowe (art. 16 i art. 78 u.p.a.p.p. i art. 17, art. 79 i art. 80 u.p.a.p.p.), oraz na ochronie cywilnoprawnej (art. 23, art. 24, i art. 448 k.c.). Ochrona praw osobistych twórcy do utworu uzupełniana będzie także przepisami o ochronie dóbr osobistych z Kodeksu cywilnego, twórczość człowieka jest bowiem jednym z dóbr osobistych skatalogowanym bezpośrednio w treści art. 23 k.c. (sygn. akt I ACr 436/91). Jako przykład dóbr osobistych twórcy do dzieła wskazuje się: prawo dobrej sławy dzieła lub prawo do dobrego imienia dorobku twórcy, twórca może także przeciwdziałać zachowaniom naruszającym renomę dzieła lub reputację autora (sygn. akt I ACa 303/12).

Ostatni rodzaj wizerunku stanowić będzie wizerunek komercyjny. Obecnie wizerunek znanych osób żyjących lub zmarłych (historycznych) ma wartość rynkową, jest powszechnie wykorzystywany w reklamach, istnieje zatem silna potrzeba uznania wizerunku również za dobro o charakterze majątkowym i przyznania odpowiedniej ochrony prawnej. Jako wzorową instytucję wskazuje się amerykańskie rozwiązanie prawne – *right of publicity* (Wojewódzka 2020: 598–600). Celem *right of publicity* jest ochrona przed komercyjnym wykorzystaniem wizerunku, w tym ochrona przed uszczerbkiem majątkowym (*danum emergens, lucrum cessans*) za niezgodne z wolą zezwalającego użycie wizerunku, oraz przede wszystkim ochrona interesów majątkowych zezwalającego na użycie wizerunku (Aleksandrowicz 2015: 39). Instytucja ta stanowi prawo o charakterze majątkowym, a więc jest ono zbywalne, dziedziczne i nie wygasa wraz ze śmiercią uprawnionego. Jak słusznie podnosi się w doktrynie, wprowadzenie *right of publicity* do polskiego systemu prawnego stanowiłoby rozwiązanie kompromisowe, które usunęłoby wiele zastrzeżeń interpretacyjnych i dostosowało system prawny do współczesnej rzeczywistości (Traple 2007: 824).

Dokonana wyżej analiza prowadzi do wniosku, że brakuje jednolitego stanowiska co do określenia pojęcia wizerunku. Umiejscowienie w przepisach wizerunku i jego ochrony w obydwu wspomnianych ustawach uzasadnia pogląd o niemajątkowym charakterze tego prawa. Należy podzielić stanowiska podnoszone w doktrynie, że obecne czasy wymagają stworzenia odrębnej instytucji uznającej wizerunek za prawo majątkowe i przyznające temu odpowiednią

ochronę, tak jak ma to miejsce obecnie w przypadku prawa do „wizerunku” postaci fikcyjnych. Rozwiązaniem takim mogłoby być wprowadzenie do polskiego systemu prawnego instytucji wzorowanej na amerykańskim *right of publicity*.

5. Deepfake a naruszenie wizerunku

Tworzenie i rozpowszechnianie deepfake'ów może się wiązać z naruszeniem różnych przepisów. Problemy prawne w zakresie ochrony wizerunku pojawiać się będą w kilku zasadniczych obszarach: zastosowanie właściwych przepisów prawa, na których podstawie można będzie rozstrzygnąć naruszenie spowodowane przez deepfake (w tym należy każdorazowo uwzględnić przepisy regulaminu strony internetowej na której został rozpowszechniony); określenie prawa właściwego do rozstrzygnięcia sporu (naruszenie wizerunku odbywać się będzie w przestrzeni internetowej – brak terytorium), ponadto trudności może stwarzać ustalenie odpowiednich norm kolizyjnych, norma wynikająca z konwencji czy norma ustawowa (Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. z 2015 r. poz. 1792.)) (Rycko 2018: 81–83). Kolejne problemy dotyczyć będą wskazania podmiotu odpowiedzialnego za naruszenia wywołane przez deepfake'a – dokładne ustalenie podmiotu odpowiedzialnego za stworzenie i pierwsze rozpowszechnienie deepfake'a w sieci może okazać się niemożliwe. Problemy dotyczyć będą także wykorzystania zdjęć lub filmów stanowiących pierwotne dane, na podstawie których stworzono deepfake. Ponadto problematyczne może okazać się wykazanie przesłanki wystąpienia zagrożenia lub naruszenia dóbr osobistych albo określenia odpowiedniego dobra osobistego stanowiącego podstawę roszczenia, w tym określenia granic okoliczności wyłączających bezprawność naruszonego wizerunku, czy też wskazania osób legitymowanych czynnie do wystąpienia z powództwem o ochronę wizerunku osoby zmarłej.

W dalszej części zostaną poddane analizie przykłady kilku możliwych przypadków, wraz z próbą ich rozwiązania.

Pierwsza podstawowa sytuacja będzie dotyczyła wykorzystania przez podmiot naruszający zdjęcia wizerunku osoby pokrzywdzonej udostępnione w mediach społecznościowych do stworzenia deepfake'a. Deepfake będzie miał charakter prześmiewczy, obraźliwy. We wskazanym stanie faktycznym sposób ochrony będzie następujący: rozpowszechnianie deepfake'a ze zdjęciami wizerunku osoby pokrzywdzonej naruszy art. 81 u.p.a.p.p., wizerunek wykorzystano bez zgody pokrzywdzonego, nie ma znaczenia sposób jego wykorzystania; dodatkowej ochrony pokrzywdzony będzie mógł się domagać na podstawie Kodeksu cywilnego, jeśli wykaże, że działania podmiotu naruszyły jego dobra osobiste (tj. udowodni istnienie dobra osobistego i naruszenie lub zagrożenie tego dobra). Ponadto osoba pokrzywdzona w razie wątpliwości co do rodzaju naruszonego dobra osobistego

będzie mogła wnieść do sądu powództwo o ustalenie istnienia prawa zgodnie z art. 189 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (przy czym powód pokrzywdzony będzie musiał wykazać swój interes prawny w ustaleniu tego prawa). W praktyce próby zastosowania wskazanych wyżej środków ochrony mogą okazać się niemożliwe. Szczególnie jeśli chodzi o prawidłową identyfikację podmiotu legitymowanego biernie, gdy deepfake zostanie udostępniony anonimowo na portalu internetowym. Odpowiedzialność z tytułu art. 81 u.p.a.p.p. każdorazowo ponosić będą osoby rozpowszechniające deepfake'a. Dodać należy, że za rozpowszechnianie przyjmuje się również zamieszczanie tzw. głębokiego linku (*deep link*), który pozwala użytkownikom otwarcie rekomendowanej witryny z pominięciem struktury nawigacyjnej innego portalu (sygn. akt I ACa 564/04). Na gruncie Kodeksu cywilnego nie będzie możliwe domaganie się roszczeń niemajątkowych. Zgodnie z art. 24 k.c. odpowiedzialna jest jedynie osoba, która dopuściła się naruszenia. Pokrzywdzony będzie mógł się dochodzić jednak roszczeń o charakterze majątkowym, o ile wykaże, że pozwany rozpowszechniający przyczynił się do naruszenia dóbr osobistych (art. 448 i art. 422 k.c.). Odpowiedzialnością za opublikowanie deepfake'a może zostać obciążony administrator portalu internetowego świadczący usługę *hostingu* (sygn. akt I ACa 974/17). Administrator będzie odpowiadać za zaniechanie, wnioskując *a contrario* na podstawie art. 14 i art. 15 Ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (dalej: u.ś.u.d.e.), w zw. z art. 448 i art. 422 k.c.

Dru ga sytuacja odnosi się do podobnego stanu faktycznego, jednak przyjmując, że wizerunek dotyczy zdjęć osoby zmarłej (historycznej). W tym przypadku nie będzie możliwości ochrony na zasadach prawa autorskiego, ponieważ – jak już zostało stwierdzone – brakuje podmiotu legitymowanego czynnie do wystąpienia z roszczeniami z art. 83 w zw. z art. 78 ust. 1 u.p.a.p.p. Ochrona zostanie zapewniona jedynie na podstawie Kodeksu cywilnego. Tak jak w pierwszym kazusie, jeśli niemożliwe będzie pociągnięcie do odpowiedzialności faktycznego naruszciciela prawa do wizerunku, bliscy zmarłego będą mogli domagać się usunięcia ze strony internetowej deepfake'a oraz roszczeń jedynie od administratora portalu internetowego za publikowane treści godzące w ich dobra osobiste (wnioskując *a contrario* art. 14 i art. 15 u.ś.u.d.e. w zw. z art. 448 i art. 422 k.c.).

Trzecia sytuacja odnosić się będzie do wykorzystania wizerunku osoby fizycznej, która zgodziła się na pozowanie do deepfake'a, a następnie na jego opublikowanie, jednak wykorzystanie tego wizerunku będzie sprzeczne z postanowieniami umowy. Utrwalanie i rozpowszechnianie wizerunku w określonych okolicznościach będzie dopuszczalne prawnie; szczególną uwagę należy zwrócić na przesłankę oświadczenia o wyrażeniu zgody na utrwalanie i rozpowszechnianie wizerunku. Przepisy dość ogólnie wskazują wymogi co do złożenia oświadczenia. Oświadczenie o wyrażeniu zgody udostępniającego wizerunek będzie dotyczyć

również jego rozpowszechniania, ale podstawy tych dwóch oświadczeń woli mogą być także udzielone rozłącznie, odrębnie na utrwalanie wizerunku (art. 24 k.c.), odrębnie na jego rozpowszechnianie (art. 81 u.p.a.p.p.). W obydwu przypadkach ustawy nie normują formy szczególnej złożenia oświadczenia woli. Udostępniający wizerunek może zatem złożyć oświadczenie w sposób dowolny, ciężar dowodowy istnienia oświadczenia będzie spoczywał na tym, kto będzie chciał się na niego powołać (art. 6 k.c.). Oświadczenie to powinno wyczerpująco określać zakres udzielanej zgody: wskazywać, kto jest uprawniony do utrwalenia i rozpowszechniania wizerunku, określać czas rozpowszechniania wizerunku, a także miejsce publikacji (sygn. akt I ACa 1044/97). Udostępniający wizerunek może również zobowiązać się wobec przyjmującego oświadczenie, że na czas trwania złożonego oświadczenia nie wykorzysta uprawnień do jego odwołania, jeżeli zaś udostępniający odwoła oświadczenie, będzie odpowiadać *ex contractu* (art. 471 k.c.). Jeśli przy podjęciu decyzji przez udostępniającego albo przy wyrażeniu woli wystąpią nieprawidłowości, to zgodnie z art. 65¹ k.c. do omawianych oświadczeń znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy o wadach oświadczenia woli.

Czwarta sytuacja będzie dotyczyć wykorzystania wizerunku powszechnie znanej postaci fikcyjnej do stworzenia deepfake'a bez uprzedniego uzyskania zgody twórcy. Twórca postaci fikcyjnej będzie mógł domagać się ochrony praw do postaci na podstawie roszczeń ochronnych, osobistych i majątkowych praw autorskich oraz ochrony dóbr osobistych twórcy. Tak samo jak przy ochronie wizerunku *sensu stricto*, osoba tworząca i rozpowszechniająca deepfake'a będzie mogła wykorzystać wizerunek (prawa autorskie do postaci fikcyjnych), jeśli w przypadku praw majątkowych uzyska zgodę twórcy (art. 17 u.p.a.p.p.), albo będzie korzystać z utworu w granicach dozwolonego użytku (art. 23–35 u.p.a.p.p.). Natomiast roszczenia twórcy z tytułu autorskich praw osobistych lub dóbr osobistych mogą zostać zredukowane umową stron, na mocy której twórca postaci fikcyjnej zobowiązuje się nie wykonywać swoich niemajątkowych praw; skutek niewykonania umowy twórca postaci fikcyjnej będzie odpowiadać *ex contractu* (art. 471 k.c.).

Piąta sytuacja będzie dotyczyć będzie stworzenia i wykorzystania wizerunku osoby powszechnie znanej w nieuczciwej reklamie w formie deepfake'a, która wprowadzi konsumenta w błąd. Co do zasady wizerunek osoby znanej publicznie, przykładowo polityka, celebryty, nie będzie wymagał uzyskania zezwolenia na rozpowszechnianie, jeżeli wizerunek wykonano w związku z pełnieniem przez nią funkcji publicznych, w szczególności politycznych, społecznych, zawodowych. Do stworzenia deepfake'a mogą być wykorzystane zdjęcia lub filmy zgodne z dyspozycją art. 81 ust. 2 pkt 1 u.p.a.p.p., jednak takie działanie będzie niezgodne z celem wskazanej regulacji, brakować będzie podstawy do uznania takiej sytuacji za wyłączenie wymaganego w przepisie uzyskania zezwolenia (sygn. akt I CSK 497/18). Celem stworzenia deepfake'a we wskazanym stanie

faktycznym będzie jego komercyjne wykorzystanie, naruszy on dobra chronione podmiotów: wizerunek osoby znanej publicznie oraz prawo konsumenta (grupy konsumentów) do rzetelnej i prawdziwej informacji na temat produktu (art. 2 pkt. 2 i 12 Ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym [Dz.U. z 2017 r. poz. 2070.], w zw. z art. 221 k.c.) oraz prawo przedsiębiorcy-konkurenta (grupy przedsiębiorców-konkurentów) do prowadzenia niezakłóconej, konkurencyjnej działalności gospodarczej (art. 2 i 18 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Przedstawiona powyżej próba rozwiązania kilku przykładowych przypadków nie rozstrzyga wszystkich wątpliwości, jakie powodują analizowane instytucje prawne. Należy stwierdzić, że istnieją podstawowe mechanizmy ochrony prawa do wizerunku, ale nie jest możliwa bezpośrednia subsumpcja stanu faktycznego do norm prawnych. Wyinterpretowanie norm prawnych może być zatem niejednoznacznie oceniane z punktu widzenia poglądów doktryny i orzecznictwa. Taki stan rzeczy nie będzie sprzyjać pewności prawa. Problem pojawia się przy określeniu odpowiedzialności AI oraz wskazaniu podmiotów legitymowanych biernie. AI nie ma zarówno w prawie krajowym, jak i europejskim osobowości prawnej, w związku z czym odpowiedzialność za naruszenie wizerunku może ponosić tylko osoba fizyczna lub osoba prawna (niepełna osoba prawna), która się nią posługuje. Podmiot dochodzący odpowiedzialności majątkowej z tytułu naruszenia prawa do wizerunku każdorazowo będzie musiał wykazać winę sprawcy. W świetle powyższych uwag wydaje się, że celowe byłoby (co jest podnoszone w doktrynie) wprowadzenie odpowiedzialności na zasadzie ryzyka użytkownika AI oraz twórcy programu. Pokrzywdzony nie zawsze będzie w stanie wskazać osobę odpowiedzialną za naruszenia prawa do wizerunku, więc domaganie się w danych okolicznościach roszczeń niemajątkowych nie będzie możliwe do wyegzekwowania. Uszczegółowienia wymagałyby również przepisy wyłączające bezprawność zachowania sprawcy naruszającego wizerunek. Ponadto w systemie prawnym brakuje jednolitych przepisów, które umożliwiłyby komercyjne wykorzystanie wizerunku (wprowadzenie *right of publicity*). Uzasadnione byłoby również doregulowanie formy szczególnej zawarcia umowy o komercyjne wykorzystanie wizerunku.

Zakończenie

Analiza naruszenia wizerunku wskutek wykorzystania technologii deepfake na gruncie prawa prywatnego prowadzi do następującego wniosku – wizerunek należy postrzegać przez pryzmat dwóch płaszczyzn:

– Płaszczyzna ustawowa – wizerunek w funkcjonującym prawie oznacza dobro niemajątkowe (niezbywalne, niedziedziczne, wygasające wraz ze śmiercią)

osoby fizycznej, osoba fizyczna jest dysponentem tego dobra, może zdecydować o jego utrwaleniu oraz o jego rozpowszechnianiu, prawo zapewnia ochronę tak rozumianego wizerunku.

– Płaszczyzna pozaustawowa – wizerunek w wymiarze rzeczywistym, dostosowany do współczesnego społeczeństwa. Ma on charakter komercyjny, stanowi narzędzie do reklamowania towarów i usług. Postrzega się go za prawo majątkowe (zbywalne, dziedziczne, niewygasające wraz ze śmiercią) osoby fizycznej, którego naruszenie wiąże się ze skutkami powstania szkody majątkowej. Charakter komercyjny rozciąga się nawet na „wizerunek” postaci fikcyjnych.

Ponadto wizerunek obecnie podlega zagrożeniom ze strony nowych technologii. Technologia deepfake dotyczy przetwarzania wizerunku (a także innych obiektów) za pomocą AI w celu przygotowania i przedstawienia określonej informacji odbiorcy lub grupie odbiorców. Deepfake to przede wszystkim nośnik informacji określonej treści, może stanowić rodzaj memu internetowego albo profesjonalny film reklamowy. Bez wątplenia dotychczasowy sposób wykorzystania tej technologii świadczy o potencjalnym zagrożeniu dla dóbr osobistych osób fizycznych, a w szczególności wizerunku. Jednocześnie należy stwierdzić, że brakuje jednoznacznych uregulowań co do określenia prawa właściwego do rozstrzygania sporów z deliktów popełnionych w przestrzeni internetowej. Nie ma również uregulowań, które konkretyzowałyby odpowiedzialność za naruszenie prawa do wizerunku w Internecie. Problem związany z naruszeniem wizerunku przez nowe technologie w istocie rzeczy sprowadza się do określenia odpowiednich źródeł prawa służących jego ochronie. Wizerunek i prawa z nim związane uregulowane są w sporej liczbie aktów normatywnych, jednak w żadnym z aktów wizerunek nie został uregulowany kompleksowo i na tyle kazuistycznie, żeby spełniał wymagania współczesnego społeczeństwa. W praktyce zastosowanie funkcjonujących przepisów prawa w odniesieniu do wizerunku rozumianego współcześnie prowadzi do wielu, często sprzecznych wykładni przepisów, a tym samym do powstawania wielu sprzecznych norm prawnych. Charakter technologii deepfake, jego publiczno-internetowa sfera oddziaływania skłania do refleksji nad bardziej szczegółowym uregulowaniem wizerunku i jego ochrony. Ewentualnie należałoby się zastanowić nad uogólnieniem już funkcjonujących przepisów prawa i tym samym zwiększyć zakres interpretacji norm przez podmioty praktycznie stosujące prawo.

Wykaz skrótów

Akty prawne

k.c. – Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny

k.p.c. – Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego

u.p.a.p.p. – Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. – Prawo autorskie
u.ś.u.d.e. – Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. – o świadczeniu usług drogą elektroniczną

Inne

AI – Sztuczna Inteligencja
SN – Sąd Najwyższy
SA – Sąd Apelacyjny
TSUE – Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Bibliografia

Akty prawne

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny. Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.
Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego. Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.
Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913, z 2021 r. poz. 1655.
Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Dz.U. z 2021 r. poz. 1062, z 2022 r. poz. 655.
Ustawa z dnia 3 lutego 2001 r. o ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina. Dz.U. z 2021 r. poz. 1578.
Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Dz.U. z 2020 r. poz. 344.
Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Dz.U. z 2017 r. poz. 2070.

Dokumenty UE

Wniosek w sprawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji (akt w sprawie sztucznej inteligencji) i zmieniającego niektóre akty ustawodawcze Unii, COM (2021) 206 final, 21.04.2021. Dostęp: 04.12.21. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?qid=1623335154975&uri=CEL>
Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 20 października 2020 r. z zaleceniami dla Komisji w sprawie systemu odpowiedzialności cywilnej za sztuczną inteligencję (2020/2014(INL)) Dz.U. UE. C. z 2021 r. Nr 404.

Orzecznictwo

Wyrok TSUE z dnia 16 lipca 2009 r., C-5/08. Dostęp: 11.12.21. LEX nr 505783.
Wyrok SN z dnia 25 kwietnia 1973 r., I CR 91/73. Dostęp: 15.11.21. LEX nr 1643.

- Wyrok SN z dnia 7 marca 2003 r., I CKN 100/01. Dostęp: 15.11.21. LEX nr 83833.
- Wyrok SN z dnia 25 stycznia 2006 r., I CK 281/05. Dostęp: 15.02.22. LEX nr 181263.
- Wyrok SN z dnia 4 grudnia 2019 r., I CSK 497/18. Dostęp: 23.03.22. LEX nr 3019499.
- Wyrok SA w Warszawie z dnia 30 października 1991 r., I ACr 436/91. Dostęp: 17.11.21. LEX nr 62606.
- Wyrok SA w Warszawie z dnia 12 lutego 1998 r., I ACa 1044/97. Dostęp: 15.11.21. LEX nr 81433.
- Wyrok SA w Krakowie z dnia 20 lipca 2004 r., I ACa 564/04. Dostęp: 21.01.22. LEX nr 142138.
- Wyrok SA w Białymstoku z dnia 31 lipca 2012 r., I ACa 303/12. Dostęp: 17.12.22. LEX nr 1220403.
- Wyrok SA w Gdańsku z dnia 25 października 2012 r., V ACa 814/12. Dostęp: 16.03.22. LEX nr 1305947.
- Postanowienie SA w Warszawie z dnia 7 stycznia 2015 r., I ACz 2501/14. Dostęp: 12.11.21. LEX nr 1744683.
- Wyrok SA w Warszawie z dnia 23 października 2015 r., I ACa 121/15. Dostęp: 15.12.21. LEX nr 1950255.
- Wyrok SA w Warszawie z dnia 22 lutego 2017 r., VI ACa 1781/15. Dostęp: 17.02.22. LEX nr 2402439.
- Wyrok SA w Warszawie z dnia 19 września 2018 r., VI ACa 595/17. Dostęp: 15.02.22. LEX nr 2593593.
- Wyrok SA w Warszawie z dnia 29 listopada 2018 r., I ACa 974/17. Dostęp: 18.02.22. LEX nr 2691182.

Opracowania

- Aleksandrowicz, Marta. 2015. *Naruszenie wizerunku osób publicznych w reklamie*. Warszawa: Helsińska Fundacja Praw Człowieka.
- Balyan, Archana. Agrawal, S.S. Dev, Amita. 2013. Speech Synthesis. A Review, *International Journal of Engineering Research & Technology (IJERT)* 2(6): 57–75. DOI: 10.17577/IJERTV2IS60087.
- Banaszczyk, Zbigniew. 2020. Komentarz do artykułu 4491 k.c. W: *Kodeks cywilny. Komentarz*, (red.) Krzysztof Pietrzykowski, Warszawa: C.H. BECK, wydanie elektroniczne LEGALIS. Dostęp: 15.11.2021.
- Barszczewski, Maciej. 2007. Atrybuty działalności intelektualnej warunkujące ochronę prawnoautorską. Glosa do wyroku SN z dnia 25 stycznia 2006 r. I CK 281/05. *Gdańskie Studia Prawnicze Przegląd Orzecznictwa* 4: 71–73.
- Barta, Janusz. Czajkowska-Dąbrowska, Monika. Ćwiąkalski, Zbigniew. Markiewicz, Ryszard. Traple, Elżbieta (red.). 2005. *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*. Kraków: Zakamycze.
- Barta, Janusz. Markiewicz, Ryszard. 2002. Wokół prawa do wizerunku. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej* 80: 11–31.
- Barta, Janusz. Markiewicz, Ryszard. 2019. *Prawo autorskie*. Warszawa: Wolters Kluwer.

- Dąbrowska, Iwona. 2020. Deepfake, nowy wymiar internetowej manipulacji. W: *Zarządzanie Mediami*, t. 8(2), (red.) Bogusław Nierenberg, 96–97. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Ferenc-Szydelko, Ewa. 2021. Komentarz do artykułu 1. W: *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych Komentarz*, (red.) Ewa Ferenc-Szydelko. Warszawa: C.H. BECK, wydanie elektroniczne LEGALIS. Dostęp: 15.11.2021.
- Grzybczyk, Katarzyna. 1997. Prawnoautorska ochrona postaci fikcyjnej. *Monitor Prawniczy*, 6: 234–239.
- Grzybowski, Stefan. 1957. *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych Kodeksu cywilnego*. Warszawa: Wydawnictwa Prawnicze.
- Grzybowski, Stefan. Kopff, Andrzej. Serda Jerzy. 1973. *Zagadnienia prawa autorskiego*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Hardie, Cate. Fahim, Dalvi. Zeshan, Hussain. 2017. DeepFace: Face Generation using Deep Learning. *arXiv*. DOI 10.48550/ARXIV.1701.01876.
- Kidyba, Andrzej. 2018. *Prawo handlowe*. Warszawa: C.H. BECK.
- Matlak, Andrzej. 2004. Cywilnoprawna ochrona wizerunku. *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 13(2): 317–358.
- Niewęglowski, Adrian. 2021. *Prawo autorskie. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Nirkin, Yuval. Keller, Yosi. Hassner, Tal. 2019. FSGAN: Subject Agnostic Face Swapping and Reenactment. *arXiv*.
- Nowak-Gruca, Aleksandra. 2020. Użytkownik forever off. Wybrane problemy cyfrowego „życia po życiu” związane z ochroną wizerunku i korespondencji. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej* 147: 130–144.
- Okoń, Zbigniew. 2019. Wykorzystanie utworów dla potrzeb głębokiego uczenia w świetle europejskiego prawa autorskiego. W: *Sztuczna inteligencja, blockchain, cyberbezpieczeństwo oraz dane osobowe. Zagadnienia wybrane*, (red.) Kinga Flaga-Gieruszyńska, Jacek Gołaczyński, Dariusz Szostek, 103–114. Warszawa: C.H. BECK.
- Pązik, Adam. 2020. Komentarz do art. 81. W: *Ustawy autorskie. Komentarze*, (red.) Ryszard Markiewicz. Warszawa: C.H. BECK wydanie elektroniczne LEGALIS. Dostęp: 17.11.2021.
- Perov, Ivan. Gao, DAiheng. Chervoniy, Nikolay. Liu, Kunlin. Marangonda, Sugasa. Umé, Chris. Jiang, Jian. RP, Luis. Zhang, Sheng. Wu, Pingyu. Zhang, Weiming. 2020. DeepFaceLab: Integrated, flexible and extensible face-swapping framework. *arXiv*. DOI: 10.48550/ARXIV.2005.05535.
- Poźniak-Niedzielska, Maria. Szczotka, Jerzy. 2020. *Prawo autorskie. Zarys problematyki*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Rycko, Nikodem. 2018. Prawo właściwe dla ochrony dóbr osobistych w wiążących Polskę dwustronnych umowach międzynarodowych. *Zeszyty Prawnicze* 18(4): 67–87. DOI: 10.21697/zp.2018.18.4.03.
- Sadomski, Jacek. 2021. Komentarz do art. 23. W: *Kodeks cywilny. Komentarz*, (red.) Konrad Osajda, Witold Borysiak. Warszawa: C.H. BECK wydanie elektroniczne LEGALIS. Dostęp: 17.11.2021.
- Szatkowska, Ewelina. 2020. Wizerunek w prawie cywilnym i prawie autorskim: zakres roszczeń. Utrwalanie a rozpowszechnianie wizerunku oraz sprzeczne linie orzecznicze w zakresie rozpoznawalności osoby. W: *Współczesne problemy prawa do wizerunku*.

- Zagadnienia wybrane*, (red.) Ewelina Szatkowska. 13–38. Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego.
- Szpyt, Kamil. 2019. Sztuczna inteligencja i nowe technologie (nie zawsze) w służbie ludzkości, czyli cywilnoprawna problematyka rozwoju i popularyzacji technologii deepfake. W: *Sztuczna inteligencja, blockchain, cyberbezpieczeństwo oraz dane osobowe. Zagadnienia wybrane*, (red.) Kinga Flaga-Gieruszyńska, Jacek Gołaczyński, Dariusz Szostek, 75–94. Warszawa: C.H. BECK.
- Święcka, Krystyna, i Święcki, Juliusz. 2004. *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz – wybór międzynarodowych aktów prawnych*. Warszawa: Kodeks.
- Traple, Elżbieta. 2007. Dobra osobiste w reklamie. W: *Prawo reklamy i promocji*, (red.) Elżbieta Traple. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis 811–838.
- Wasiuta, Olga. Wasiuta, Sergiusz. 2019. Deepfake jako skomplikowana i głęboko fałszywa rzeczywistość. *Annales Universitatis Paedagogicae Cracoviensis Studia de Securitate* 9(3): 19–30. DOI 10.24917/26578549.9.3.2.
- Wojewódzka, Joanna. 2020. Ochrona wizerunku jako dobra osobistego oraz jako instytucji własności intelektualnej – glosa – I ACa 137/1. *Monitor Prawniczy* 11: 597–600.
- Zieliński, Maciej. 2017. *Wykładnia prawa zasady – reguły – wskazówki*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Źródła internetowe

- Deepfake For Marketing: This Israeli Startup Sells Synthetic Characters Of Real People. Dostęp: 14.11.21. <https://analyticsindiamag.com/deepfake-for-marketing-this-israeli-startup-sells-synthetic-characters-of-real-people/>
- Deepfake o deepfake. Dostęp: 14.11.21. <https://www.youtube.com/watch?v=zA0W8-DadBW0>
- Dwa razy więcej deepfake'ów w internecie. Jak się przed nimi bronić? Dostęp: 10.11.21. <https://superbiz.se.pl/technologie/dwa-razy-wiecej-deepfakeow-w-internecie-jak-sie-przed-nimi-bronic-aa-5qNK-fgXK-sNxf.html>
- Here Come the Fake Videos, Too. Dostęp: 04.11.21. <https://www.nytimes.com/2018/03/04/technology/fake-videos-deepfakes.html>
- Koniec DeepNude'a. Twórcy aplikacji do rozbierania kobiet wygaszają projekt. Dostęp: 04.12.21. <https://spidersweb.pl/2019/06/deep-nude-aplikacja-do-rozbierania-kobiet-zamknieta.html>

Volume 20, Issue 1
June 2022

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2022-03-19
accepted 2022-04-17



Prawne aspekty twórczości *commentary*

Legal aspects of commentary

DOMINIK GABOR

Uniwersytet Śląski w Katowicach
ORCID: 0000-0003-3405-4026, dominik.gabor@us.edu.pl

Citation: Gabor, Dominik. 2022. Prawne aspekty twórczości *commentary*. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 20(1): 33–54. DOI: 10.25167/osap.4768

Abstract: Commentary-production work is one of the current trends on the Polish Internet. More and more Internet users start their adventure by creating materials that comment, discuss and sometimes stigmatize the behavior of other Internet users – especially influencers. The article discusses the key, in the author's opinion, legal problems resulting from the type of creativity, that is commentary-type materials. The study analyzes copyright issues in the form of the right to quote, protection of personal rights – dignity and good name, criminal law – defamation, and the secrecy of information sources. The article also provides practical advice for commentary creators to facilitate their online activities.

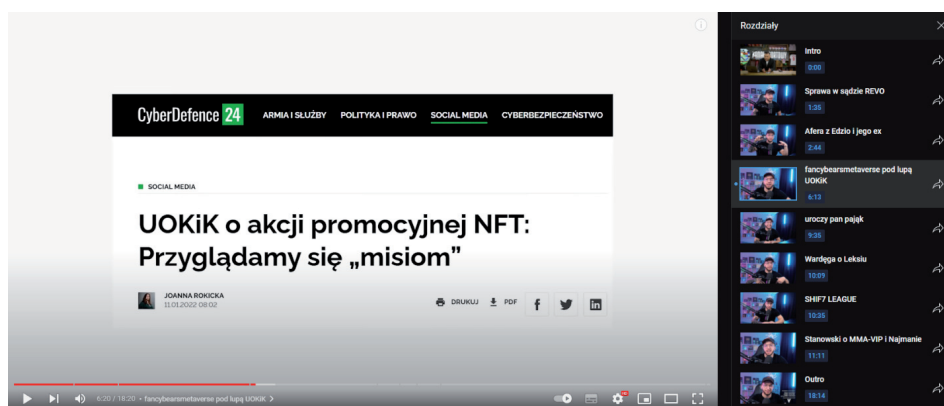
Keywords: copyright, personal rights, commentary, defamation, the Internet

Abstrakt: Twórczość *commentary* jest jednym z obecnych trendów w polskim Internecie. Coraz więcej internautów rozpoczyna swoją przygodę z tworzeniem materiałów komentujących, omawiających, a czasem i piętnujących zachowania innych użytkowników Internetu – zwłaszcza influencerów. W artykule omówiono kluczowe w opinii autora problemy prawne wynikające z rodzaju twórczości, jaką są materiały typu *commentary*. W opracowaniu przeanalizowano: problematykę prawa autorskiego w postaci prawa cytatu, ochrony dóbr osobistych – czci i dobrego imienia, prawa karnego – zniesławienia, a także zagadnienie tajemnicy źródeł informacji. W artykule przedstawiono również praktyczne porady dla osób zajmujących się *commentary*, aby ułatwić im działalność w Internecie.

Słowa kluczowe: prawo autorskie, dobra osobiste, zniesławienie, *commentary*, Internet

1. Wprowadzenie

Twórczość *commentary* jest udostępniana w mediach strumieniowych, czyli za pomocą streamingu – sposobu transmisji danych w Internecie (Gabor, Grzyb-czyk 2021: 99) i portalach społecznościowych. Opiera się na śledzeniu, analizie oraz komentowaniu poczynąń internetowych twórców. Jest to rodzaj treści tworzonych w sieci, charakterystyczny w szczególności dla platformy YouTube, dlatego też niniejszy artykuł skupi się na omówieniu audiowizualnej twórczości *commentary*. Wynika to z większych możliwości oferowanych przez tę platformę w zakresie tworzenia materiałów audiowizualnych w porównaniu do innych stron internetowych. *Commentary* zakłada stałe śledzenie najnowszych wiadomości ze świata cyfrowego oraz reagowanie na te wydarzenia. W przeciwieństwie jednak do typowych tabloidów, np. „Faktu”, czy tzw. portali plotkarskich, takich jak Plotek – twórcy treści *commentary* co do zasady nie dążą wyłącznie do tworzenia prowokacyjnych treści opartych na sensacji. Nie zmienia to faktu, że sensacja jest wpisana w charakter materiału, jeśli twórca *commentary* porusza omawiane zagadnienie jako pierwszy. Opisywany typ materiałów audiowizualnych opiera się na analizie krytycznej wydarzeń świata cyfrowego. Zawiera własne stanowisko twórcy, które jest niejednokrotnie uatrakcyjniane treściami satyrycznymi, prześmiewczymi. *Commentary* można podzielić na dwa typy. Pierwszy – tzw. przegląd Internetu – zakłada omawianie wielu aktualnych w sieci tematów, np. transmisje na żywo prowadzone przez kanał Aferki (Aferki 2022). Drugim typem są materiały, w których twórca podejmuje jeden, wybrany przez siebie problem, np. materiały przygotowane przez youtubera Gargamela (GargamelVlog 2022).



Ryc. 1. Przykładowy materiał *commentary* – tzw. „przegląd Internetu” udostępniony na platformie YouTube. Na grafice widoczny jest odtwarzacz filmu z wyświetlonym materiałem, który podlega omówieniu. Po prawej stronie znajduje się podział filmu oparty na kolejnych analizowanych w materiale zagadnieniach (źródło grafiki: Stanowski ATAKUJE Szefa Mafii!.tomasz gimper działowy. Dostęp: 26.01.2022. 6:20. <https://www.youtube.com/watch?v=YKkwWIORNVg>)

Tego typu materiały nie są nowe. Na platformie YouTube można znaleźć pierwszy контент *commentary* datowany już na 2015 r. Za prekursora i najbardziej rzetelnego twórcę tego rodzaju materiałów w Polsce uważa się Sylwestra Wardęgę. Poza Sylwestrem Wardęgą popularnymi twórcami *commentary* w Polsce na przełomie lat 2021 i 2022 są: Tomasz Bagiński ps. „REVO”, Mikołaj Tylko ps. „Konopsky” oraz Tomasz Działowy ps. „Gimper”. Analizowany rodzaj twórczości internetowej najbardziej na znaczeniu zyskał w 2021 r., kiedy Sylwester Wardęga podjął się dwóch spraw, które wywołały prawdziwe zamieszanie w świecie cyfrowym – zwłaszcza w środowisku influencerów. Pierwszą sprawą było korzystanie przez jedną z najpopularniejszych influencererek w Polsce – Weronikę Sowę ps. „Wersow” z grafiki w ramach logo swojego kanału bez uprawnień, które wynikałyby z udzielonej licencji lub umowy przenoszącej prawa autorskie do grafiki (HIPOKRYZJA EKIPY... 2021: 4:50–9:32). Drugą sprawą było zainicjowanie akcji walki z tzw. scamami, czyli produktami, które nie posiadają właściwości, jakie są przedstawiane w materiałach sponsorowanych udostępnianych przez influencerów albo nie są w ogóle dostarczane kupującym (FRIZ OSKARŻA... 2021: 0:00–19:35). Nic więc dziwnego, że coraz więcej internetowych twórców zaczyna swoją przygodę z kontentem *commentary*. Sama tego rodzaju twórczość jest też wskazywana jako jeden z trendów polskiego YouTube’a na 2022 rok (Polski YouTube... 2022: 27:20–34:12). Następne lata również powinny być sprzyjające dla zasięgów materiałów twórców kontentu *commentary*, ponieważ rynek influencerów nieustannie dostarcza kolejnych kontrowersji i afer do przeanalizowania.

Z twórczością *commentary* wiąże się szereg zagadnień prawnych, z których zwykli internauci, a nawet i sami twórcy, mogą nie zdawać sobie sprawy. Przed wszystkim wynikają one z samej charakterystyki opisywanego rodzaju materiałów w Internecie, które skupione są na analizie i nierzadko krytyce innych użytkowników sieci. W artykule zostaną zaprezentowane wybrane i w ocenie autora kluczowe zagadnienia prawne powiązane z *commentary*: prawo cytatu, dobra osobiste, zniesławienie oraz tajemnica źródeł informacji.

2. Prawo cytatu

Działalność w Internecie, która polega na tworzeniu materiałów komentujących poczynania innych twórców, od razu rodzi problem wykorzystywania przez twórców prawa cytatu. Prawo cytatu zostało uregulowane w art. 29 ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej: PrAut). Przepis ten zezwala na przytaczanie w innych utworach części, urywków innych utworów lub wskazanych w treści rodzajów utworów w całości. Jednakże ustawodawca ograniczył możliwość korzystania z tego prawa wyłącz-

nie do przypadków, w których cytata realizuje określone cele: wyjaśniania, polemiki, analizy krytycznej lub naukowej, nauczania lub praw gatunku twórczości (art. 29 PrAut). Wbrew wciąż obecnemu pogładowi niektórych internautów – prawo autorskie nie określa dozwolonego cytatu audiowizualnego jako możliwe wykorzystanie 30 sekund jego czasu trwania. Taki pogląd wykształcił się najpewniej z reguł działania systemów dbających o nienaruszanie praw autorskich na platformach, np. w systemie ContentID funkcjonującym w ramach YouTube. W amerykańskim systemie dozwolonego użytku *fair use* w praktyce mediów powszechnie przyjęto stosowanie wytycznych w zakresie dozwolonego użytku dla mediów edukacyjnych stworzonych przez Uniwersytet Waszyngtonu. Zasady te określają wykorzystanie 10% muzyki i tekstu z pojedynczego utworu muzycznego w edukacyjnym multimediu, jednak zawsze część tego wykorzystanego utworu nie może być dłuższa niż 30 sekund (University of Washington 1996). Przeniesienie tych zasad do systemów dbających o poszanowanie praw autorskich mogło spowodować ograniczenie analizy o treści zawierające inne materiały, które są krótsze niż 30 sekund.

Prawo cytatu to jedna z najczęściej wykorzystywanych postaci dozwolonego użytku (Markiewicz [red.] 2021: 777), która wspiera postępowanie oraz progresję kultury, pozwala na wymianę myśli w społeczeństwie, a także jest podstawą istnienia niektórych rodzajów twórczości (Machała, Sarbiński [red.] 2019: 637), jak np. twórczości recenzenckiej. Dozwolony użytek, a w przypadku prawa cytatu – dozwolony użytek publiczny wprowadzony z uwagi na interesy społeczne, to konstrukcja umożliwiająca korzystanie z utworów chronionych bez zgody uprawnionego (Barta, Markiewicz 2017: 95). Utwór korzystający, zawierający cytaty, nazywany jest również utworem z zapożyczeniami, który jest jednym z typów utworów niesamoistnych (Sieńczyło-Chalbiczy [red.] 2021: 123). Twórcy *commentary* chętnie wprowadzają do swoich materiałów fragmenty, a czasem nawet całe cudze utwory. Jest to naturalne, biorąc pod uwagę, że na tej podstawie budują oni cały udostępniany materiał. Jednakże twórcy ci muszą być świadomi wymogów, jakie dla legalności zastosowania prawa cytatu z art. 29 PrAut ustanowił ustawodawca.

Przed wszystkim dzieło, w którym umieszcza się cytata, musi być utworem w rozumieniu prawa autorskiego, a zatem musi spełniać wszystkie przesłanki z art. 1 ust. 1 PrAut. Dzieło musi: być przejawem działalności twórczej, posiadać indywidualny charakter oraz zostać ustalone. Literatura oraz orzecznictwo w tym zakresie są niezwykle bogate. Dlatego, skracając rozważania w tym zakresie do niezbędnego minimum, należy zwrócić uwagę na podstawowe definiowanie wskazanych w art. 1 ust. 1 PrAut przesłanek. Działalność twórcza jest subiektywną nowością dla twórcy dzieła, określaną również jako „oryginalność” (Barta, Markiewicz [red.] 2011: 29–30). Indywidualny charakter to możliwość

podejmowania przez twórcę swobodnych i twórczych (inaczej kreatywnych) wyborów, które w efekcie pozwolą na stworzenie danego wytworu intelektu (Markiewicz [red.] 2021: 55). Ustalenie oznacza możliwość zakomunikowania dzieła przynajmniej jednej osobie poza samym twórcą (Markiewicz [red.] 2021: 63). Materiały *commentary* spełniają te przesłanki, dzięki czemu są odrębnymi utworami. Twórcy *commentary* dokonują twórczych wyborów w postaci: wyboru tematu, jego opisanie, sformułowania własnych przemyśleń, stworzenia całego „opakowania” w postaci audialnej oraz wizualnej. Dzięki temu takie materiały są równocześnie oryginalne. Stanowią ponadto samoistną całość – cytat nie przejmuje kontroli twórczej nad utworem cytującym. Prawo autorskie w art. 1 ust. 2 pkt 9 PrAut wprost wskazuje na to, że utworami są w szczególności utwory audiowizualne, tj. m.in. dzieła stanowiące połączenie audio oraz wideo (Markiewicz [red.] 2021: 124). Status utworu chronionego wynika również z charakterystyki materiałów *commentary*. Są one bowiem podobne do recenzji, krytyki literackiej, a nawet reportażu czy dokumentu. Jeżeli jednak dana treść nie spełniałaby przesłanek uznania jej za utwór – zapożyczone fragmenty należy oznaczyć, ujawniając jednocześnie twórcę oraz źródło zapożyczenia (Niewęglowski 2021: 367).

Ustawa uzależnia wielkość fragmentu możliwego do zaczerpnięcia w ramach cytatu od rodzaju utworu, z którego określony wycinek pochodzi. W całości mogą zostać zacytowane wyłącznie utwory plastyczne, np. obrazy, utwory fotograficzne – zdjęcia lub drobne utwory (art. 29 PrAut). Pozostałe dzieła chronione prawem autorskim mogą zostać zacytowane wyłącznie w urywkach (art. 29 PrAut). Ustawa nie definiuje pojęć „urywek” oraz „drobny utwór”. Orzecznictwo jednak, które można wykorzystać do wypracowania znaczenia obydwu przedstawionych wyżej pojęć (Michalak [red.] 2019: 256), wskazuje, że do każdego przypadku należy podchodzić indywidualnie przy wykorzystaniu porównania rozmiaru dzieła cytującego z dziełem cytowanym (sygn. akt I ACa 275/16). Nie może być bowiem wątpliwości, że, mimo wykorzystania cytatu, powstało odrębne dzieło (sygn. akt I CK 232/04). Sam cytat powinien być podrzędny w stosunku do utworu głównego i być na tyle duży, aby realizował cel cytatu i został przez odbiorców zrozumiany, a jednocześnie nie był zbyt obszerny (sygn. akt III CSK 11/17). Niezależnie jednak od wielkości cytowanych utworów każdorazowo muszą one być rozpowszechnione. Przepis art. 6 ust. 1 pkt 3 PrAut stanowi, że: „utworem rozpowszechnionym jest utwór, który za zezwoleniem twórcy został w jakikolwiek sposób udostępniony publicznie”, czyli np. kiedy utwór taki został opublikowany na platformie YouTube.

Dla cytowania kluczowe jest ograniczenie prawa cytatu wyłącznie do sytuacji, w których jego zastosowanie spełnia co najmniej jeden z wyczerpująco wymienionych przez ustawodawcę celów: wyjaśniania, polemiki, analizy kry-

tycznej lub naukowej, nauczania lub praw gatunku twórczości (art. 29 PrAut). Wyjaśnianie to ułatwianie odbioru danego dzieła poprzez cytaty, które mogłyby być niezrozumiałe lub zostać zrozumiane niewłaściwie lub w sposób niepełny (Machała, Sarbiński [red.] 2019: 651). Cel polemiki to wykorzystanie cytatu do podjęcia dyskusji, ustosunkowania się do argumentów innych twórców (Ferenc-Szydełko [red.] 2021: 196). Analiza krytyczna jest procesem rozważania i badania cytowanej treści dla potrzeb jej oceny (Małek 2011: 286). Prawa gatunku twórczości to możliwość samodzielnej twórczości, która ze swojej istoty oparta jest na nawiązaniu wprost do innego dzieła (Barta, Markiewicz [red.] 2011: 270). Przed wyodrębnieniem art. 29¹ PrAut to parodia była podstawowym przykładem takiego gatunku twórczości (Ferenc-Szydełko [red.] 2021: 196–197). Obecnie można się zgodzić ze stanowiskiem, że cel cytatu w postaci praw gatunku twórczości jest na tyle nieskonkretyzowany, że pozwala na objęcie wielu rodzajów cytowania, które nie mieściłyby się w pozostałych celach wymienionych w art. 29 PrAut, np. cytaty filmowe, cytaty muzyczne, motto (Markiewicz [red.] 2021: 788–789).

Twórczość *commentary* spełnia cele wyznaczone przez ustawodawcę. Cel wyjaśniania osiąga się zobrazowaniem przekazywanej treści materiałem, na bazie którego ta treść powstała. Cel polemiki wypełniany jest w przypadku ustosunkowania się twórcy do odpowiedzi na jego wcześniejszy materiał. Cel analizy krytycznej jest podstawowym celem działalności twórców *commentary*, zwłaszcza w przypadkach, w których opublikowany materiał przypomina efekt dziennikarskiego śledztwa. Można również zastanowić się, czy twórczość *commentary* nie jest na tyle niezależna i ugruntowana w kulturze Internetu, że może stanowić swoiste prawa gatunku twórczości. Kluczowe byłoby jednak potwierdzenie takiego stanowiska w orzecznictwie. Jednakże nie będzie spełniało celów cytatu takie przytoczenie innego utworu chronionego, które nie wniesie wartości twórczej – artystycznej i będzie wyłącznie tłem w materiale *commentary* (Wachowska 2009: 41).

W materiałach *commentary* często cytuje się fragmenty utworów audiowizualnych. Treści wideo zawierają najczęściej utrwalony wizerunek influencera, który następnie z uwagi na cytaty jest przenoszony do treści *commentary*. Można wykorzystać w ramach cytatu fragment filmu wraz z wizerunkiem influencera, jeżeli wizerunek ten został pierwotnie rozpowszechniony przy zachowaniu wymagań art. 81 PrAut. W przypadku internetowych twórców materiałów audiowizualnych – zwykle będzie to wynikało z wypełnienia przesłanki zgody na rozpowszechnienie wizerunku. Zgoda zostanie najczęściej wyrażona w formie autozezwolenia wynikającego z występowania w stworzonym przez siebie materiale. Przepis art. 29 PrAut dotyczy utworów niezależnie od ich elementów składowych. Dlatego cytowanie nie będzie naruszało zasad rozpo-

wszechniania wizerunku, jeśli w zacytowanym utworze audiowizualnym został on rozpowszechniony zgodnie z art. 81 PrAut. W innym przypadku wystąpi konieczność indywidualnej analizy sytuacji dla oceny wystąpienia ewentualnego naruszenia.

Niezwykle istotną kwestię reguluje art. 34 PrAut. Prawo autorskie wymaga, aby cytujący przy wykorzystaniu istniejących możliwości wskazywał imię oraz nazwisko twórcy lub twórców oraz źródło, z którego cytowany materiał został pozyskany. Z racji dostępności tego typu informacji w Internecie zasadniczo nie powinny wystąpić problemy z określeniem twórcy cytowanego dzieła. Jednakże jeśli oznaczenie twórcy i źródła jest niepełne ze względu na obiektywne okoliczności – nie jest to naruszenie prawa autorskiego (Niewęglowski 2021: 436). W zakresie przytaczania internetowych materiałów wydaje się niecelowe wymuszanie wskazywania imienia i nazwiska twórcy cytowanego utworu. W Internecie funkcjonuje bowiem sposób określania użytkowników poprzez nicki, które niekoniecznie można bezpośrednio powiązać z konkretną osobą, np. w przypadku ukrywania imienia i nazwiska oraz wizerunku. Dlatego należy dopuścić wskazanie nazwy użytkownika zamiast imienia i nazwiska, jeżeli w ten sposób twórca cytowanych treści określa sam siebie. Wynika to również z możliwości oznaczania swoich utworów przez autorów pseudonimem lub udostępniania ich anonimowo, co umożliwia art. 16 pkt 2 PrAut. Dlatego też w przypadku twórców *commentary* istniejące możliwości dotyczą przede wszystkim zdalnych do zastosowania w danym przypadku technologii, które mogą posłużyć zgodnie z prawem oznaczeniu cytatu np. możliwość umieszczenia planszy z oznaczeniem cytatu w materiale audiowizualnym.

Oznaczanie cytatu opiera się na zwyczaju funkcjonującym w konkretnych dziedzinach twórczości (Barta, Markiewicz [red.] 2011: 288). Co jednak istotne – wskazanie wyłącznie w opisie materiału na portal, w którym go opublikowano, bez jakichkolwiek wyjaśnień – nie spełnia warunku wskazanego w art. 34 PrAut (sygn. akt I CR 191/71). Choć powoływany wyżej wyrok Sądu Najwyższego pochodzi jeszcze z czasów obowiązywania poprzedniej ustawy prawnoautorskiej, to jego tezy w zakresie oznaczania cytatu pozostają nadal aktualne. Sąd Najwyższy wskazał wprost, że nie można dopuścić do sytuacji, w której cytowania są oznaczone w spisie bez wyjaśnienia jakiego fragmentu cytującego utworu dotyczą, a także jaki jest zakres wykorzystania dzieła cytowanego (sygn. akt I CR 191/71). Należy również zauważyć, że z racji rozwoju technologicznego zwiększyła się ilość treści możliwych do zacytowania, np. utwory audiowizualne w sieci czy posty publikowane w mediach społecznościowych. Do nowych rodzajów treści należy zastosować odpowiednio wymogi stawiane cytatami pochodzącym z tradycyjnie pojmowanych źródeł, np. książek.

Zdaniem autora opracowania cytowanie najczęściej wykorzystywanych do tego celu treści w ramach materiału audiowizualnego typu *commentary* powinno wyglądać w następujący sposób:

1. Piśmiennictwo tradycyjne:

a) w przypadku prac indywidualnych: imię i nazwisko lub pseudonim twórcy, tytuł utworu, miejsce wydania lub wydawca, rok wydania, zakres cytowanych stron, ewentualnie wskazanie jednostek redakcyjnych, np. rozdział, podrozdział, punkt;

b) w przypadku prac zbiorowych: imię i nazwisko lub pseudonim twórcy, tytuł fragmentu – w tym miejscu pojawia się oznaczenie wskazujące na część pracy zbiorowej: „[w:]”, imię i nazwisko lub pseudonim redaktora, tytuł pracy zbiorowej, miejsce wydania lub wydawca, rok wydania, zakres cytowanych stron, ewentualnie wskazanie jednostek redakcyjnych.

2. Artykuły dostępne w Internecie oraz materiały z mediów społecznościowych: imię i nazwisko lub pseudonim, tytuł utworu, link bezpośrednio kierujący do materiału, data dostępu do danej treści – dla zabezpieczenia przed usunięciem materiału lub jego modyfikacją, a tym samym przed zarzutami o niewłaściwość oznaczenia.

3. Grafika: zakres tożsamy z powyższym pkt. 2.

4. Materiały audiowizualne: imię i nazwisko, pseudonim twórcy lub nazwa profilu, np. kanału na platformie YouTube, tytuł utworu, zakres cytowanego materiału – oznaczenie przedziału czasowego materiału audiowizualnego, link bezpośrednio kierujący do materiału, data dostępu do danej treści.

Sposób prezentacji cytatu może być oczywiście różny. Najefektywniejszym sposobem dla twórców *commentary* będzie umieszczenie tekstu obok prezentowanego na filmie materiału, ewentualnie stworzenie pojawiającego się paska ze stosowną informacją. Twórca może również przedstawić cytat, wypowiadając go. W przypadku linku będzie wymagało to podania go w formie znaków wyświetlonych w materiale lub przekierowania przez twórcę do opisu materiału. W opisie twórca będzie mógł umieścić link, aby uniknąć konieczności wypowiedzenia całego adresu URL. Do cytowania można wykorzystać różne jego formatowania. Nie trzeba każdorazowo wskazywać przy cytowanym utworze całego zakresu danych. Oznaczenie może przybrać formę skrótową, jednak sam materiał lub jego opis muszą zawierać spis pełnych informacji o cytowanym utworze. Przykładem tego typu cytowania jest wykorzystane w artykule formatowanie: *The Chicago Manual of Style*.

Ostatnią z kwestii wartych poruszenia w zakresie prawa cytatu są granice dozwolonego użytku uregulowane w art. 35 PrAut. Przepis ten stanowi klauzulę generalną, odwołującą się do pozaprawnych ocen (Barta, Markiewicz 2017: 98). Jest to tzw. test trójstopniowy (Trapele 2011: 290), który zakłada wyważenie

interesów: podmiotu praw autorskich – najczęściej twórcy utworu, podmiotu innych praw wyłącznych, pozostałych osób oraz całego społeczeństwa (Barta, Markiewicz 2017: 96). Analiza zgodności, czyli identyfikacji braku naruszenia przepisu art. 35 PrAut, wykorzystuje odwołanie do ogólnych zasad prawa autorskiego oraz funkcji, które to prawo spełnia wraz ze zbadaniem, czy podmiot uprawniony otrzymał odpowiednie w danym przypadku wynagrodzenie (Barta, Markiewicz 2017: 96).

3. Dobra osobiste

Twórcy *commentary* nie mogą jednak ograniczać się do zapewnienia zgodności z prawem wyłącznie samych materiałów. Powinni również zwrócić uwagę na efekt tych treści. Zwłaszcza na to, jak ich twórczość wpływa na osoby, które poddawane są ocenie. W swoich wypowiedziach twórca kontentu *commentary* nie może przekroczyć granicy wyznaczonej przez ustawodawcę w art. 23 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (dalej: KC) i naruszyć dóbr osobistych osoby ocenianej w publikowanym materiale.

Dobra osobiste to wartości niemajątkowe, które są na stałe związane z osobą fizyczną lub prawną i zapewniają jej samorealizację (Radwański, Olejniczak 2021: 171–172). Dobra te są osobistymi stanami rzeczy, zawierającymi w sobie cielesną i duchową integralność osoby, jej indywidualność, godność oraz status społeczny (Radwański, Olejniczak 2021: 171). Wyjątkowy charakter tych dóbr wynika z wartości, które nadaje im całe społeczeństwo (Gniewek, Machnikowski [red.] 2021: 61). Ustawodawca zdecydował się nie wymieniać ostatecznie wszystkich dóbr osobistych i pozostawił ich katalog otwarty. Jest to umożliwienie określenia przez społeczeństwo nowych dóbr w wyniku zmian stosunków społecznych (Dmowski, Rudnicki [red.] 2011: 109). Przykładowo za dobro osobiste została uznana nazwa użytkownika Internetu (sygn. akt II CSK 539/07). W szczególności w przypadku oceniania innych twórców przez osobę tworzącą *commentary* należy zwrócić uwagę na dobro osobiste w postaci czci. Cześć człowieka obejmuje wszystkie dziedziny jego życia osobistego, zawodowego i społecznego (sygn. akt II CR 269/87). Wyraża się w aspekcie zewnętrznym jako jego dobre imię oraz w aspekcie wewnętrznym jako godność osoby ludzkiej (sygn. akt V CSK 361/13). Dobre imię to postrzeganie osoby przez środowisko zewnętrzne, a godność to wewnętrzne przekonanie człowieka o swojej wartości (sygn. akt V CSK 361/13).

Twórcy *commentary* raczej nie tworzą treści, które naruszałaby godność człowieka, dlatego analiza powinna być dokonana z punktu widzenia naruszenia czci zewnętrznej. Przede wszystkim należy wyróżnić dwa rodzaje wypowiedzi – opisowe oraz oceniające (Pietrzykowski [red.] 2020: 123). Wypowiedzi opisowe

dotyczą faktów i podlegają weryfikacji w zakresie ich prawdziwości (Pietrzykowski [red.] 2020: 123). Wypowiedź fałszywa (nieprawdziwy zarzut) stanowi naruszenie dóbr osobistych innej osoby (sygn. akt I ACa 1459/01). Jednakże w tym wyroku Sąd wyjaśnił również, że: dobra wiara naruszcyciela stanowi jedynie o wyłączeniu jego winy, a naruszenie dalej występuje z uwagi na utrzymanie waloru bezprawności działania osoby naruszającej (sygn. akt I ACa 1459/01). Dobra wiara w rozumieniu Sądu oznacza oparcie się na danych, które zostały zweryfikowane z należytą starannością (sygn. akt I ACa 1459/01). Wypowiedzi oceniające są wyrażeniem opinii o innej osobie (Pietrzykowski [red.] 2020: 123). Do naruszenia w tym przypadku dochodzi wtedy, gdy krytyczna ocena nie jest ani rzetelna, ani rzeczowa (Pietrzykowski [red.] 2020: 123).

Sąd Apelacyjny w Warszawie w jednym wyroku przedstawił najczęstsze sposoby, w jakich dojść może do zniesławienia, czyli naruszenia czci zewnętrznej – dobrego imienia: pomówienie o niedokonane działania, przypisanie nieposiadanych cech, przypisanie nieprezentowanej postawy (sygn. akt V ACa 378/19). Wyżej wskazane działania osoby naruszającej dobra osobiste są dokonywane w sposób umożliwiający wystąpienie skutku w postaci obniżenia zaufania w ocenie społeczeństwa, które to zaufanie jest wymagane w celu wykonywania określonej aktywności (sygn. akt V ACa 378/19).

W zakresie zniewagi orzecznictwo wskazuje na to, iż naruszenie czci może nastąpić również wtedy, gdy naruszciciel znieważa publicznie lub w zamiarze, aby zniewaga dotarła do osoby znieważanej – nie ma konieczności, aby do naruszenia doszło w obecności tej osoby (sygn. akt V CSK 361/13). Te rozważania można odnieść jednak również do zniesławienia. Istotny jest bowiem skutek czynności naruszcyciela – samo naruszenie dóbr osobistych, a nie sposób jego dokonania. Przy czym dla oceny, czy do naruszenia rzeczywiście doszło, istotny jest cały kontekst wypowiedzi (sygn. akt IV CKN 1076/00).

Zatem twórcy *commentary* muszą uważnie podchodzić do przekazywanej w swoich materiałach treści. Podstawą w tym przypadku jest rzetelność w pozyskiwaniu danych, tj. wykorzystywanie jedynie tych, które pochodzą ze źródeł cieszących się zaufaniem. Ponadto twórcy muszą zapewnić weryfikację pozyskiwanych danych z rzeczywistym stanem faktycznym, aby uniknąć możliwych pomyłek, które skutkować mogą naruszeniami dóbr osobistych. Taki błąd w weryfikacji wystąpił w przypadku wypowiedzi jednego z twórców *commentary*, który przedstawił innego internetowego twórcę jako osobę, która będąc pełnoletnią, chciała spotkać się z osobą poniżej 15. roku życia w celu współżycia seksualnego (LEKSIU GATE... 2022: 0:00–1:18). Ostatecznie ta wypowiedź okazała się niezgodna z rzeczywistym stanem rzeczy (LEKSIU GATE... 2022: 1:18–9:05). Opisana afery została w sieci nazwana jako „Leksiu Gate”. Dyskusja w sieci jest dopuszczalna, jednak wymiana poglądów powinna

się odbywać w dopuszczalnej formule (sygn. akt V CSK 109/11). Z uwagi na obowiązek rozpatrywania naruszenia przez pryzmat kontekstu uzasadnione jest, aby na ocenę miała wpływ atmosfera, sposób komunikacji oraz aranżacja prezentowana w materiałach naruszydela, która wynika z założonej konwencji publikowanych treści.

Naruszenie dóbr osobistych związane jest z odpowiedzialnością cywilną określoną w art. 24 KC. Główne roszczenie, jakie może okazać się niezwykle przydatne dla internetowych twórców, których dobra osobiste zostały naruszone, to: żądanie dokonania czynności potrzebnych do usunięcia skutków naruszenia (art. 24 §1 KC). Możliwym dookreśleniem tego żądania jest wskazanie na usunięcie materiału zawierającego wypowiedź naruszającą dobra osobiste, a także złożenie oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie. Biorąc pod uwagę możliwości platformy YouTube – takie żądanie może polegać na wycięciu z materiału audiowizualnego oznaczonego fragmentu, zastąpieniu go planszą z oświadczeniem lub odsyłającą do osobno opublikowanego oświadczenia. Przy znaczących naruszeniach, które skutkują utratą kontraktów reklamowych lub sponsorskich przez ocenianego w materiale *commentary* twórcę, można żądać naprawienia szkody na zasadach ogólnych, która obejmuje rzeczywistą stratę oraz utracone korzyści (art. 24 §2 KC w zw. z art. 361 KC). Bezprawność naruszenia wyłącza m.in. istnienie uzasadnionego interesu społecznego – publicznego lub prywatnego (Gutowski [red.] 2021: 237).

Należy również zaznaczyć, że może dojść do naruszenia dóbr osobistych osoby prawnej na mocy art. 43 KC. W tym przypadku cześć osoby prawnej jest rozumiana jako jej dobre imię, renoma oraz marka (Gniewek, Machnikowski [red.] 2021: 101). Zatem naruszenie może dotyczyć nie tylko innej osoby znanej w Internecie, ale również reprezentującej jej agencji menadżerskiej, funkcjonującej np. jako spółka z ograniczoną odpowiedzialnością np. Spotlight Agency.

Jednakże nie w każdej sytuacji art. 24 KC wraz z art. 23 KC będą stanowiły samodzielną podstawę odpowiedzialności za naruszenie (Piesiewicz 2019: 95). Niejednokrotnie należy zwrócić uwagę na inne przepisy kształtujące odpowiedzialność użytkowników Internetu.

Nie tylko inni użytkownicy platform będą zainteresowani ochroną przed zamieszczaniem materiałów o bezprawnym charakterze – naruszających dobra osobiste. Administratorzy platform – usługodawcy również będą starali się zabezpieczyć przed obecnością takich treści w ich serwisach, ponieważ ponoszą oni odpowiedzialność za przechowywane dane (sygn. akt I ACa 1208/16). Administratorzy platform nie będą jednak ponosić odpowiedzialności, jeżeli nie mają świadomości istnienia na ich serwerach materiałów audiowizualnych o bezprawnym charakterze. Jeśli usługodawca wejdzie w posiadanie informacji o takich

treściach poprzez urzędowe zawiadomienie lub wiarygodną informację – powinien on bez zbędnej zwłoki zablokować dostęp do takich danych. W ten sposób na mocy art. 14 ust. 1 z dnia 18 lipca 2002 roku ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną (dalej: UŚUDE) administrator platformy uchroni się przed odpowiedzialnością za przechowywanie takich danych. Ponadto na podstawie art. 14 ust. 3 UŚUDE, jeśli usługodawca zawiadomi niezwłocznie użytkownika, który zamieścił bezprawny materiał, o zamiarze zablokowania dostępu, to nie będzie odpowiadał za szkodę wywołaną taką blokadą. Dlatego nie tylko świadomość istnienia treści o bezprawnym charakterze, lecz także brak reakcji na informację o takich materiałach będzie stanowił o odpowiedzialności administratora platformy (sygn. akt I ACa 1208/16).

4. Zniesławienie

Przy okazji rozważań na temat naruszania czci innej osoby nie należy pomijać wątku prawnokarnego, który występuje równolegle z zagadnieniami prawa cywilnego i dóbr osobistych.

Przepis art. 212 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku Kodeks karny (dalej: KK) ustanawia przestępstwo zniesławienia, które swoją treścią koresponduje z wyjaśnieniami w zakresie istoty naruszenia czci zewnętrznej osoby. Wskazane przestępstwo można popełnić wyłącznie umyślnie, co oznacza, że sprawca musi być świadomy oraz chcieć lub godzić się na to, że przekazana wiadomość o postępowaniu lub właściwościach może poniżyć inną osobę w opinii publicznej lub pozbawić ją zaufania (sygn. akt VI KO 14/59). Komunikat zakwalifikowany jako zniesławienie nie może być zaadresowany (zasłyszany, odebrany) wyłącznie przez samego pokrzywdzonego – musi istnieć przynajmniej jedna osoba trzecia, która odbierze komunikat (Wróbel, Zoll [red.] 2017: 33). Dla zaistnienia wskazanego przestępstwa nie jest konieczny skutek w postaci rzeczywistego poniżenia lub utraty zaufania (sygn. akt II KK 105/10). Opisywanego przestępstwa można dokonać tylko przez działanie (zatem nie przez np. niezaprzeczenie pewnym komunikatom), ale sama treść przekazu nie musi mieć skonkretyzowanego charakteru, a nawet może mieć charakter hipotetyczny (Grześkowiak, Wiak [red.] 2021: 1281). O zniesławieniu nie decyduje jednak subiektywna ocena pokrzywdzonego, a obiektywna analiza przez pryzmat ocen społeczeństwa (Grześkowiak, Wiak [red.] 2021: 1283).

Ustawodawca nałożył większą odpowiedzialność między innymi na internetowych twórców, w tym na tych zajmujących się działalnością *commentary*. Przede wszystkim to te osoby są objęte wprowadzonym przez ustawodawcę typem kwalifikowanym przestępstwa zniesławienia. Dokonanie omawianego przestępstwa za pomocą środków masowego komunikowania, tj. Internetu,

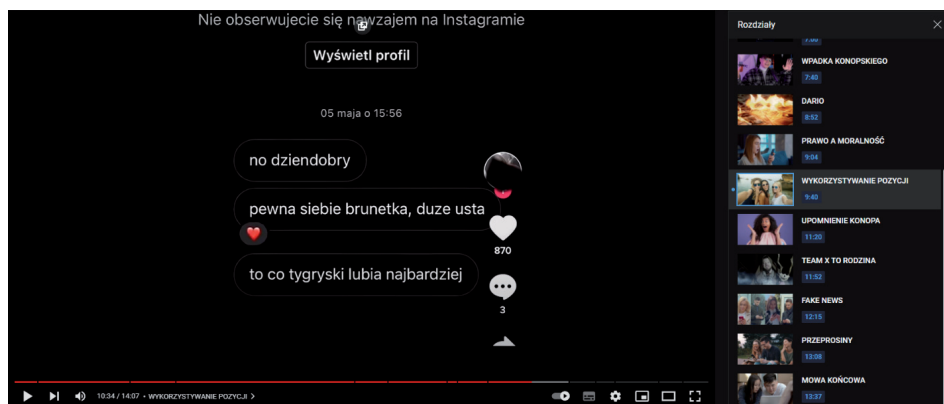
w szczególności mediów społecznościowych, jest zagrożone grzywną, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku (art. 212 §2 KK). Środki masowego komunikowania charakteryzują się masową dostępnością przekazywanych informacji, a nie masową dostępnością środka jako takiego (sygn. akt V KK 231/14). Typ podstawowy przestępstwa zniesławienia nie obejmuje sankcji w postaci kary pozbawienia wolności do roku.

Omawiane przestępstwa ścigane są z oskarżenia prywatnego (art. 212 §4 KK). Oznacza to, że pokrzywdzony samodzielnie wnosi akt oskarżenia do sądu i podtrzymuje go w toku trwania postępowania. Taka osoba musi sama zebrać wszelkie dowody i przedstawić argumentację, z której wynikać będzie popełnienie przestępstwa z art. 212 KK przez konkretną osobę. Oczywiście nie wyłącza to możliwości skorzystania z profesjonalnej pomocy prawnej, która może również reprezentować oskarżyciela prywatnego przed sądem w toku procesu.

Dla twórców materiałów *commentary* znaczenie będzie miał przewidziany w art. 213 §2 pkt 2 KK jeden z rodzajów kontratypu dozwolonej krytyki, który został uregulowany w art. 213 KK (Grześkowiak, Wiak [red.] 2021: 1288). Wyłączenie bezprawności, co równocześnie wyłącza karalność czynu, następuje, gdy twórca wyraził zarzut zniesławiający, jednak prawdziwy i służący obronie społecznie uzasadnionego interesu. Społecznie uzasadniony interes jest skonkretyzowany, wynika z określonej sytuacji faktycznej i realnie wymaga obrony (sygn. akt V KRN 358/73). Warunkami wskazanego wyżej kontratypu w każdym przypadku są charakter publiczny zarzutu oraz jego prawdziwość. W zakresie zarzutu dotyczącego życia prywatnego lub rodzinnego ustawodawca zakłada, że badanie jego prawdziwości może wystąpić jedynie wtedy, gdy sprawca wykaże swoją intencję w zapobieżeniu niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia człowieka albo demoralizacji małoletniego (Grześkowiak, Wiak [red.] 2021: 1290).

5. Tajemnica źródeł informacji

Twórczość *commentary* opiera się na informacjach. Są one kluczowe w stworzeniu materiału, który ma zawierać opis, ocenę i stanowisko twórcy wobec zachowania innych internetowych osobowości. Informacje te pozyskiwane są z różnych źródeł. Czasem twórca samodzielnie poszukuje materiałów, które wykorzysta w swoim dziele – najczęściej korzystając z zasobów sieci Internet. Jednak niejednokrotnie, prowadząc swoje internetowe śledztwo, korzysta z informacji udostępnionych mu przez innych użytkowników. Te pozyskane wiadomości mogą mieć formę rozmowy lub wywiadu z informa-



Ryc. 2. Fragment materiału *commentary* podczas którego analizowany jest fragment korespondencji z aplikacji Instagram, którą uzyskał twórca materiału audiowizualnego (źródło grafiki: SEKRETNY FOLDER LEKSIA – Leksiu Gate (Konopsky, Team X, Wardęga). WATAHA – Krulestwo. 10:34. Dostęp: 01.02.2022. <https://www.youtube.com/watch?v=etEjBscP8HQ>)

torem, printscreenów rozmów z komunikatorów internetowych, skanów lub zdjęć dokumentów.

W związku z tak prowadzoną działalnością znaczenia nabierają przepisy gwarantujące ochronę tajemnicy źródeł informacji. Regulacje określające zakres tej ochrony są rozproszone po różnych gałęziach prawa. Pod uwagę należy wziąć trzy podstawowe filary. Prawo karne ze względu na przestępstwa ujawniania informacji w związku z wykonywaną funkcją (art. 266 KK) oraz bezprawne uzyskanie informacji (art. 267 KK). Prawo cywilne z racji ochrony dóbr osobistych w postaci: tajemnicy korespondencji, prawa do komunikowania się oraz prawa do prywatności (Osajda [red.] 2017: 181, 190). Prawo autorskie, w szczególności art. 84 PrAut, które uszczegóławia wybrane zagadnienia znajdujące się w Kodeksie cywilnym.

Współczesna społeczność międzynarodowa przyjęła za standard ochronę prywatności oraz korespondencji. Na poziomie międzynarodowym wynika to z art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie 4 listopada 1950 roku, zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2. Polska w prawie krajowym podstawowe standardy ochrony prywatności oraz korespondencji wyznaczyła w art. 47, art. 49 oraz art. 51 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku. Przedstawione artykuły dotyczą kolejno: prawa do ochrony prywatności, tajemnicy i ochrony tajemnicy komunikowania się, prawa ochrony danych osobowych.

Ochrona prywatności, tajemnicy korespondencji, a także wynikająca z tych obszarów tajemnica źródeł informacji jest rozproszona po wielu aktach praw-

nych należących do różnych gałęzi prawa. Ponadto wartości te są chronione nie tylko na poziomie krajowym, ale, co zostało już wyżej zaakcentowane, również na poziomie międzynarodowym.

W Polsce na podstawie art. 23 KC ustanowiono domyślną ochronę prywatności, w tym danych osobowych, oraz korespondencji przed bezprawnym ujawnieniem. Oznacza to, że twórcy *commentary* muszą zawsze wychodzić z założenia, że nie mogą ujawnić informacji o informatorze wraz z treścią przekazanych w korespondencji wiadomości. Aby dokonać naruszenia nie jest konieczne ujawnienie imienia i nazwiska – wystarczą informacje, po których będzie można zidentyfikować konkretną osobę. Taka sytuacja może wystąpić, gdy artykuł prasowy nie wskazuje wprost na imię i nazwisko opisywanej osoby (Osajda [red.] 2017: 181). Bezprawności zachowania, w przeciwieństwie do ochrony czci, nie wyłącza prawdziwość ujawnionych wiadomości (sygn. akt I CR 4/86). Jeżeli twórcy zarzucono by naruszenie dobra osobistego w postaci prywatności – może on odeprzeć ten zarzut argumentacją wskazującą na cel moralizatorski mieszczący się w granicach wartości nadrzędnych i powiązanych z człowiekiem. Taką analizę dotyczącą działalności dziennikarskiej przedstawił Sąd Najwyższy (sygn. akt I CR 400/83). W tym samym wyroku Sąd Najwyższy zidentyfikował również przykładowe czynności naruszające prywatność: ujawnianie faktów z życia osobistego i rodzinnego, nadużywanie uzyskanych informacji, zbieranie w drodze prywatnych wywiadów informacji i ocen ze sfery intymności, w celu publikacji lub rozgłoszenia w inny sposób (sygn. akt I CR 400/83). Naruszenie zostanie wyłączone przez zgodę dysponenta dobra. Taka zgoda może zostać wyrażona w dowolnej postaci, jednak dla bezpieczeństwa twórcy powinna być przedstawiona na piśmie lub co najmniej w trwałej postaci elektronicznej.

Tajemnica korespondencji, wynikająca z art. 23 KC, chroni treść komunikatów bez względu na środek użyty do ich wyrażenia, o ile nie jest to środek publicznego komunikowania się (Osajda [red.] 2017: 190). Takim środkiem publicznym jest np. post w serwisie Facebook udostępniony przez użytkownika jako „publiczny”. Rozpowszechnienie cudzej korespondencji stanowi również naruszenie prywatności, wystarczy jednak samo zapoznanie się z jej treścią, aby dokonać naruszenia (Osajda [red.] 2017: 191). Korespondencja w stosunkach cywilnoprawnych jest utwaloną informacją, która została zaadresowana do określonego kręgu osób, np. list, e-mail, SMS (Markiewicz 2012: 92–93). Dobro osobiste tajemnicy korespondencji przysługuje zarówno odbiorcy, jak i nadawcy (Osajda [red.] 2017: 191), jednak to odbiorca korespondencji posiada większe uprawnienia w zakresie zarządzania tym dobrem osobistym. Choć zarówno nadawca, jak i odbiorca mają prawo do decydowania o jej rozpowszechnieniu lub nie (sygn. akt VI ACa 1875/15), to na podstawie art. 82 PrAut to osoba, do której kierowana jest korespondencja może określić, kto po jej

śmierci będzie mógł zezwolić na jej rozpowszechnienie. Prawo do zezwalania na rozpowszechnianie korespondencji zakłada, że każde jej rozpowszechnienie powinno zostać poprzedzone zezwoleniem – nie tylko to pierwsze (Markiewicz 2012: 110). Szczegółne uregulowanie odpowiedzialności za rozpowszechniania korespondencji bez wymaganego zezwolenia odbiorcy w art. 78 ust. 1 PrAut w zw. z art. 83 PrAut nie stoją na przeszkodzie uprawnieniom przewidzianym w innych przepisach (Barta, Markiewicz [red.] 2011: 531).

Prawo autorskie ustanawia również regulację chroniącą tajemnicę źródeł informacji w art. 84 PrAut. Jest on istotny dla twórców *commentary*, którzy najczęściej nie będą objęci regulacją znajdującą się w art. 15 ustawy z 26 stycznia 1984 roku Prawo prasowe (dalej: PrPr). Zatem na podstawie wyżej wskazanego przepisu prawa autorskiego – twórca ma ustawowy obowiązek nieujawniania źródeł informacji, które zostały przez niego wykorzystane w utworze, a także dokumentów, które są związane z tymi informacjami. Słowo „dokument” oznacza nośnik informacji bez względu na to, czy zawiera znaki w postaci pisma lub został utrwalony w formie papierowej (Niewęglowski 2021: 947).

W doktrynie wyrażony został pogląd, że obowiązek nieujawniania źródeł informacji oraz dokumentów aktualizuje się w momencie zastrzeżenia tajemnicy przez informatora (Ferenc-Szydełko [red.] 2021: 563). Jednakże właściwy jest pogląd przeciwny, który wskazuje na to, że tajemnica powinna być chroniona bez względu na zastrzeżenie informatora (Ślęzak [red.] 2017: 587). Wynika to z kategorycznego sformułowania treści przepisu. Nienależnie jednak od przyjęcia jednego z powyższych stanowisk – zachowanie tajemnicy jest wiążące dla twórcy dopiero w momencie stworzenia utworu (Barta, Markiewicz [red.] 2011: 533). Janusz Barta i Ryszard Markiewicz nie wykluczają jednak zastosowania art. 84 PrAut przez analogię do wytworów ludzkiego intelektu, które jeszcze nie przybrały formy utworów chronionych prawem autorskim (Barta, Markiewicz [red.] 2011: 533).

Obowiązek nałożony na twórcę poprzez art. 84 PrAut nie zaistnieje lub wygaśnie w momencie, w którym:

- 1) twórca dysponował uprzednio informacjami o źródle lub objętymi tajemnicą dokumentami,
- 2) twórca wszedł później w posiadanie informacji lub dokumentów, których nie wiąże obowiązek zachowania tajemnicy,
- 3) treść informacji lub dokumentów została rozpowszechniona,
- 4) osoba powierzająca tajemnicę zmarła,
- 5) sąd wydał orzeczenie zezwalające na publikację informacji lub dokumentów objętych tajemnicą (Barta, Markiewicz [red.] 2011: 533–534).

Do wskazanych wcześniej sytuacji należy oczywiście dodać zezwolenie informatora na rozpowszechnienie źródła informacji lub związanych z informacją

dokumentów. W takim stanie faktycznym twórca musi dokonać ustaleń, jakie wiadomości o źródłach i jakie dokumenty może rozpowszechnić, aby uniknąć potencjalnego sporu z informatorem.

Choć prawo autorskie nie określa sankcji za naruszenie obowiązku zachowania tajemnicy z art. 84 PrAut, tak w tym zakresie należy wykorzystać regulację art. 24 KC. We wskazanym zakresie przepisy Kodeksu cywilnego stanowią bowiem przepisy ogólne wobec przepisów prawnoautorskich, dlatego w zakresie nieuregulowanym należy wykorzystywać odpowiednio przepisy o szerszym zakresie stosowania. W ten sposób uzupełnia się normę wynikającą z art. 84 PrAut o sankcję, dzięki czemu jest to norma kompletna.

Poza ochroną źródeł informacji, danych informatorów, korespondencji oraz przekazanych dokumentów, ochroną objęty jest również wizerunek informatorów na podstawie art. 23 KC oraz art. 81 PrAut.

Do twórców *commentary* zastosowanie będą miały przepisy prawa prasowego w przypadku wypełnienia przez publikowane przez nich treści przesłanek uznania za prasę, które zostały wskazane w art. 7 ust. 2 pkt 1 PrPr. Materiały udostępniane w Internecie są kwalifikowane jako prasa, jeżeli są periodyczne, tj. ukazują się w określonych odstępach czasu, oraz opatrzone stałym tytułem albo nazwą oraz numerem bieżącym i datą, np. w ramach serii odcinków udostępnianych na platformie YouTube, którym nadaje się kolejne numery i daty publikacji. Periodyczność oznacza ukazywanie się w określonych odstępach czasu. Nie należy jednak utożsamiać jej z regularnością lub tożsamością okresów między poszczególnymi publikacjami (Siwicki 2014: 88). Ponadto sama ustawa wskazuje, że prasą mogą być wszelkie istniejące i powstające w wyniku postępu technicznego środki masowego przekazywania, które upowszechniają publikacje za pomocą wizji oraz fonii, np. kanały użytkowników w serwisie YouTube. Kwalifikacji materiałów internetowych jako prasy sprzyja również otwarty katalog publikacji za nią uznawanych. Sam katalog obejmuje programy telewizyjne, które są zbliżone formą do internetowych materiałów audiowizualnych. Za prasę mogą zostać uznane – po spełnieniu opisanych przesłanek – publikacje w formie postów w social mediach oraz transmisje na żywo.

6. Podsumowanie

Twórczość *commentary* to nie tylko możliwość zdobycia ogromnych zasięgów, wyświetleń i popularności. Ten typ materiałów w Internecie łączy się z bardzo dużą odpowiedzialnością. Zwracać uwagę należy nie tylko na wypowiedziane w materiale słowa, ale również na wydźwięk prezentowanych w utworze: dokumentów, grafik, filmów, elementów dźwiękowych. Istotny jest również sposób montażu i ogólny wydźwięk stworzonego materiału.

Twórcy *commentary* powinni być świadomi, że ustawodawca nałożył również na ich rodzaj działalności twórczej określone obowiązki. Są one związane z:

1) wykorzystywaniem elementów chronionych prawem autorskim na zasadach prawa cytatu;

2) ochroną podstawowych wartości uznanych przez społeczeństwo, które przypisane są każdemu człowiekowi – dóbr osobistych;

3) odpowiedzialnością prawnokarną za krzywdzące treści poprzez przestępstwo zniesławienia;

4) tajemnicą źródeł informacji w postaci: źródeł informacji samych w sobie, dokumentów związanych z przekazanymi informacjami, a także tajemnicą korespondencji i ochroną wizerunku informatora.

Twórcy kontentu *commentary* muszą równocześnie być świadomi, że wiążą ich nie tylko przepisy prawa powszechnie obowiązującego. Rejestrując się na określonej platformie, np. YouTube, zawierają oni umowę z operatorem tego serwisu (Janas, Ratusznik 2022: 245, 248). Zatem istotne jest również zapoznanie się i stosowanie postanowień regulaminów lub warunków korzystania, które funkcjonują jako warunki umów z platformami, na których publikuje się swoje treści.

Zasadne jest zatem skierowanie apelu do twórców materiałów *commentary*, niejednokrotnie wciąż młodych ludzi, aby nie bali się oni korzystać z pomocy specjalistów – prawników. Jednakże nie należy udawać się po fachową pomoc prawną tylko w momencie „pożaru” i kłopotów związanych z publikowanymi w Internecie treściami. Wsparcie prawników może okazać się nieocenione na etapie produkcji materiału, kiedy będą mogli oni zbadać poziom ryzyka i zaproponować działania minimalizujące, a czasem nawet i zupełnie wyłączone wystąpienie negatywnych skutków dla twórcy.

Wykaz skrótów

KC	– ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny
KK	– ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku Kodeks karny
PrAut	– ustawa z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych
PrPr	– ustawa z dnia 26 stycznia 1984 roku Prawo prasowe
UŚUDE	– ustawa z dnia 18 lipca 2002 roku o świadczeniu usług drogą elektroniczną

Bibliografia

Akty prawne

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284, tekst jednolity.

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483 ze zm., tekst jednolity.
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm., tekst jednolity.
- Ustawa z dnia 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe, Dz.U. z 2018 r. poz. 1914, tekst jednolity.
- Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Dz.U. z 2021 r. poz. 1062, tekst jednolity.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz.U. z 2021 r. poz. 2345 ze zm., tekst jednolity.
- Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, Dz.U. z 2020 r. poz. 344.

Orzecznictwo

- Wyrok SN z dnia 29 grudnia 1971 r., I CR 191/71, Dostęp: 19.03.2022. OSNC 1972/7-8/133.
- Wyrok SN z dnia 25 września 1973 r., V KRN 358/73, Dostęp: 19.03.2022. OSNKW 1974/2/27.
- Wyrok SN z dnia 18 stycznia 1984 r., I CR 400/83, Dostęp: 19.03.2022. OSNCP 1984/11/195.
- Wyrok SN z dnia 11 marca 1986 r. I CR 4/86, Dostęp: 19.03.2022. OSPiKA 1987/4/86.
- Wyrok SN z dnia 8 października 1987 r., II CR 269/87, Dostęp: 19.03.2022. OSNCP 1989/4/66.
- Wyrok SN z dnia 23 maja 2002 r., IV CKN 1076/00, Dostęp: 19.03.2022. OSNC 2003//9/121.
- Wyrok SN z dnia 23 listopada 2004 r., I CK 232/04, Dostęp: 19.03.2022. OSNC 2005/11/195.
- Wyrok SN z dnia 11 marca 2008 r., II CSK 539/07, Dostęp: 19.03.2022. OSNC-ZD 2008/D/125.
- Wyrok SN z dnia 8 marca 2012 r., V CSK 109/11, Dostęp: 19.03.2022. BSN 2012/6.
- Wyrok SN z dnia 8 maja 2014 r., V CSK 361/13, Dostęp: 19.03.2022. OSNC-ZD 2015/C/38.
- Wyrok SN z dnia 7 listopada 2014 r., V KK 231/14, Dostęp: 19.03.2022. Legalis nr 1180521.
- Wyrok SN z dnia 22 lutego 2019 r., III CSK 11/17, Dostęp: 19.03.2022. LEX nr 2623948.
- Uchwała sądu 7 sędziów SN z dnia 17 grudnia 1965 r., VI KO 14/59, Dostęp: 19.03.2022. OSNKW 1966/2/14.
- Postanowienie SN z dnia 14 października 2010 r., II KK 105/10, Dostęp: 19.03.2022. Prok. i Pr. 2011/3/11.
- Wyrok SA w Katowicach z dnia 24 maja 2002 r., I ACa 1459/01, Dostęp: 19.03.2022. OSA 2003/7/30.
- Wyrok SA w Krakowie z dnia 10 czerwca 2016 r., I ACa 275/16, Dostęp: 19.03.2022. LEX nr 2096219.

- Wyrok SA w Warszawie z dnia 16 lutego 2017 r., VI ACa 1875/15, Dostęp: 19.03.2022. Legalis nr 1595127.
- Wyrok SA w Warszawie z dnia 13 października 2017 r., I ACa 1208/16, Dostęp: 24.04.2022. LEX nr 2402446
- Wyrok SA w Warszawie z dnia 29 stycznia 2020 r., V ACa 378/19. Dostęp: 19.03.2022. Legalis nr 2301586.

Opracowania

- Barta, Janusz, Ryszard Markiewicz. 2011. Komentarz do art. 1. W: J. Barta, R. Markiewicz (red.). *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*. Wyd. V. 17–46. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Barta, Janusz, Ryszard Markiewicz. 2011. Komentarz do art. 83. W: J. Barta, R. Markiewicz (red.). *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*. Wyd. V. 530–532. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Barta, Janusz, Ryszard Markiewicz. 2011. Komentarz do art. 84. W: J. Barta, R. Markiewicz (red.). *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*. Wyd. V. 532–534. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Barta, Janusz, Ryszard Markiewicz. 2017. *Prawo autorskie i prawa pokrewne*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Błońska, Barbara. 2019. Komentarz do art. 29. W: W. Machała, R. M. Sarbiński (red.). *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*. 634–659. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Dmowski, Stanisław. 2011. Komentarz do art. 23. W: S. Dmowski, S. Rudnicki (red.). *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*. Wyd. X. Warszawa: LexisNexis.
- Ferenc-Szydełko, Ewa. 2021. Komentarz do art. 84. W: E. Ferenc-Szydełko (red.). *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Gabor, Dominik, Katarzyna Grzybczyk. 2021. Digimodernizm: wpływ nowych technologii na kulturę XXI wieku. *Prawo Nowych Technologii*, 1, 93–101.
- Gienas, Krzysztof. 2021. Komentarz do art. 29. W: E. Ferenc-Szydełko (red.). *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Hypś, Sławomir. 2021. Komentarz do art. 212. W: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.). *Kodeks karny. Komentarz*. Wyd. 7. Warszawa: C.H. Beck.
- Hypś, Sławomir. 2021. Komentarz do art. 213. W: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.). *Kodeks karny. Komentarz*. Wyd. 7. Warszawa: C.H. Beck.
- Janas, Tomasz, Ratusznik, Piotr. 2022. Gdy YouTube zawiesza Ci Kanał Sportowy. Mapa drogowa dla youtubera. *Monitor Prawniczy*, 5, 244–255.
- Laskowska-Litak, Ewa. 2021. Komentarz do art. 1. W: R. Markiewicz (red.). *Ustawy autorskie. Komentarze*. T. I. 39–132. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Machnikowski, Piotr. 2021. Komentarz do art. 23. W: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.). *Kodeks cywilny. Komentarz*. Wyd. 10. Warszawa: C.H. Beck.
- Małek, Leszek. 2011. *Cytat w świetle prawa autorskiego*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Markiewicz, Michał. 2012. Cywilnoprawna ochrona korespondencji. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej*, 1 (115), 90–128.

- Matlak, Andrzej. 2021. Komentarz do art. 29. W: R. Markiewicz (red.). *Ustawy autorskie. Komentarze*. T. I. 776–792. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Niewęglowski, Adrian. 2021. *Prawo autorskie. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Pacek, Grzegorz. 2019. Komentarz do art. 29. W: A. Michalak (red.). *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Panowicz-Lipska, Janina. 2021. Komentarz do art. 24. W: M. Gutowski (red.). *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1–352*. T. I. Wyd. 3. Warszawa: C.H. Beck.
- Pazdan, Maksymilian. 2020. Komentarz do art. 23. W: K. Pietrzykowski (red.). *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 1–449¹⁰*. T. 1. Wyd. 10. Warszawa: C.H. Beck.
- Piesiewicz, Piotr F. 2019. Zarys problematyki odpowiedzialności cywilnej za naruszenie dóbr osobistych w postaci wpisów umieszczanych na forach internetowych. *Państwo i Prawo*, 10/2019 (884), 91–104.
- Radwański, Zbigniew, Adam Olejniczak. 2021. *Prawo cywilne – część ogólna*. Wyd. 16. Warszawa: C.H. Beck.
- Raglewski, Janusz. 2017. Komentarz do art. 212. W: W. Wróbel, A. Zoll (red.). *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 212–277d*. T. II. Cz. II. 27–54. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Sieńczyło-Chalbic, Joanna. 2021. *Podmioty praw autorskich. Inne niż twórca podmioty. Rodzaje utworów*. W: J. Sieńczyło-Chalbic (red.). *Prawo własności intelektualnej. Teoria i praktyka*. 115–150. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Siwicki, Maciej. 2014. Pojęcie prasy i przestępstwa prasowego. *Prokuratura i Prawo*, I: 85–105.
- Sobolewski, Przemysław. 2017. Komentarz do art. 23. W: K. Osajda (red.). *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna. Przepisy wprowadzające. Kodeks cywilny. Prawo o notariacie (art. 79–95 i 96–99)*. T. I. Warszawa: C.H. Beck.
- Strugała, Radosław. 2021. Komentarz do art. 43. W: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.). *Kodeks cywilny. Komentarz*. Wyd. 10. Warszawa: C.H. Beck.
- Ślęzak, Piotr. 2017. Komentarz do art. 84. W: P. Ślęzak (red.). *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Traple, Elżbieta. 2011. Komentarz do art. 29. W: J. Barta, R. Markiewicz (red.). *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*. Wyd. V. 267–275. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Traple, Elżbieta. 2011. Komentarz do art. 34. W: J. Barta, R. Markiewicz (red.). *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*. Wyd. V. 287–289. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Traple, Elżbieta. 2011. Komentarz do art. 35. W: J. Barta, R. Markiewicz (red.). *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*. Wyd. V. 289–291. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Wachowska, Agnieszka. 2009. Cytat utworu audiowizualnego w świetle ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej*, 2 (104), 22–64.

Źródła internetowe

- Aferki. YouTube. Dostęp: 25.01.2022. <https://www.youtube.com/c/Aferkitv>.
- Fair Use Guidelines For Educational Multimedia. University of Washington, 1996. Dostęp: 24.04.2022. https://depts.washington.edu/uwcopy/Using_Copyright/Guidelines/Fair.php.
- GargamelVlog. YouTube. Dostęp: 25.01.2022. <https://www.youtube.com/watch?v=gOCLvO2-laMQ>.
- Stanowski ATAKUJE Szefa Mafii!. tomasz gimper działowy. Dostęp: 26.01.2022. 6:20. <https://www.youtube.com/watch?v=YKwkWIOrNVg>.
- FRIZ OSKARŻA MNIE O BRAK HONORU (Wersow, Natsu, Ekipa, Team X). WATAHA – Krulestwo. 2021. Dostęp: 26.01.2022. 0:00-19:35 <https://www.youtube.com/watch?v=1WnwnFEa3m4>.
- HIPOKRYZJA EKIPY FRIZA (Wersow, Nowciax, Friz, Wujek Luki). WATAHA – Krulestwo. 2021. Dostęp: 26.01.2022. 4:50-9:32. <https://www.youtube.com/watch?v=YDSvyrbPXX>.
- LEKSIU GATE – Weryfikacja dowodów (Team X, Konopsky, Wardęga). WATAHA – Krulestwo. 2022. Dostęp: 30.01.2022. 0:00-9:05. https://www.youtube.com/watch?v=3aFCXSLN_Uk.
- SEKRETNY FOLDER LEKSIA – Leksiu Gate (Konopsky, Team X, Wardęga). WATAHA – Krulestwo. Dostęp: 01.02.2022. 10:34. <https://www.youtube.com/watch?v=etEjBsc-P8HQ>.
- Polski YouTube REWIND 2021. Z Dvpy. Dostęp: 07.02.2022. 27:20-34:12. https://www.youtube.com/watch?v=nn3_xOn6qo8.

Volume 20, Issue 1
June 2022

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2022-02-28
accepted 2022-04-01



Ochrona konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi na rynku finansowym*

Consumer protection against unfair market practices on the financial market

PIOTR HOROSZ

Katedra Prawa Cywilnego, Gospodarczego i Prywatnego Międzynarodowego
Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie
ORCID: 0000-0001-6547-5072, horoszp@uek.krakow.pl

Citation: Horosz, Piotr. 2022. Ochrona konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi na rynku finansowym. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 20(1): 55–74, DOI: 10.25167/osap.4753.

Abstract: The article focuses on issues of consumer protection against unfair market practices in the financial sector, discussing in this respect the legal regulations contained in the provisions of the Act on Counteracting Unfair Market Practices.

When discussing market practices that are detrimental to consumers' interests, in particular-misleading practices and aggressive market practices, the author points to a general prohibition of such practices, also applicable to consumers using financial services. At the same time, the author emphasizes that the protection of consumers against unfair market practices in the financial market is strengthened in comparison with the protection of consumers in other markets. This is due especially to the functioning of specific bodies on the financial market, particularly the Polish Financial Supervision Authority and the Financial Ombudsman, which, within their general powers, may also take measures to protect consumers of financial services against unfair market practices.

Keywords: consumer protection, unfair market practices, financial market

* Publikacja została dofinansowana ze środków subwencji przyznanej Uniwersytetowi Ekonomicznemu w Krakowie.

Abstrakt: Artykuł koncentruje się na problematyce ochrony konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi w sektorze finansowym, omawiając pod tym kątem regulacje prawne zawarte w przepisach ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

Omawiając praktyki rynkowe godzące w interes konsumentów, zwłaszcza praktyki wprowadzające w błąd oraz agresywne praktyki rynkowe, autor wskazuje na generalny zakaz stosowania takich praktyk, obowiązujący również w przypadku konsumentów korzystających z usług finansowych. Jednocześnie autor podkreśla, że ochrona konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi na rynku finansowym jest wzmocniona w porównaniu z ochroną konsumentów na innych rynkach. Wynika to zwłaszcza z funkcjonowania na rynku finansowym szczególnych organów – zwłaszcza Komisji Nadzoru Finansowego i Rzecznika Finansowego, które w ramach swoich ogólnych kompetencji mogą również podejmować działania służące ochronie konsumentów usług finansowych przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi.

Słowa kluczowe: ochrona konsumentów, nieuczciwe praktyki rynkowe, rynek finansowy

1. Wprowadzenie

Odrębne regulacje prawne mające na celu ochronę konsumentów są wprawdzie zjawiskiem stosunkowo nowym, niemniej jednak ich rozwój następuje bardzo szybko. Na przestrzeni lat znacząco zmieniło się przy tym podejście prawodawców do kwestii ochrony konsumentów, czego przykładem jest ewolucja odnośnych regulacji prawa europejskiego. W początkowym okresie funkcjonowania EWG ochrona konsumentów miała być zagwarantowana poprzez samo kreowanie konkurencji i wolnego rynku (Bazylińska 2012: 68). Założenie takie przyjmowano również początkowo w przypadku rynków finansowych – w warunkach wolnego rynku i swobodnej konkurencji instytucje finansowe miały zabiegać o konsumenta, oferując mu jak najlepsze warunki umów i dostosowując ofertę do jego aktualnych potrzeb (Cyman 2016: 39).

W praktyce jednak formalna równość stron umów zawieranych z udziałem konsumentów nie zapewniała im wystarczającej ochrony jako stronie ekonomicznie słabszej, a przy tym nieposiadającej na ogół wiedzy fachowej, którą dysponował przedsiębiorca. Stąd też kolejne regulacje zmierzały do zwiększenia poziomu ochrony konsumentów, która obecnie stanowi jeden z głównych celów Unii Europejskiej (Mazurek 2008: 23; zob. także Dąbrowska, Janoś-Kresło 2012: 22; Bazylińska 2012: 68; Knehans-Olejniki 2015: 51) również w przypadku konsumentów usług finansowych, której to ochronie po kryzysie finansowym 2008 r. nadano w Unii Europejskiej charakter strategiczny (Rutkowska-Tomaszewska 2020: 488). Na rynku finansowym zatem również zaznaczył się trend polegający na wprowadzaniu przez ustawodawców prokonsumenckich regulacji, zmierzających do wyrównania dysproporcji wynikających z różnicy siły rynkowej konsumenta i profesjonalnego dostawcy usług finansowych (Czechowska

2009: 407). Przykładami takich regulacji tylko z ostatnich lat są na gruncie prawa unijnego chroniące konsumentów usług finansowych przepisy zawarte m.in. w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/17/UE z dnia 4 lutego 2014 r. w sprawie konsumenckich umów o kredyt związanych z nieruchomościami mieszkalnymi, dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/97 z dnia 20 stycznia 2016 r. w sprawie dystrybucji ubezpieczeń czy też dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych. Takie protekcyjnistyczne regulacje, zmierzające do ochrony interesów konsumenta jako strony słabszej ekonomicznie, doprowadziły do wykształcenia się szczególnego reżimu prawnego umów konsumenckich, dotyczącego również obrotu bankowego (Rutkowska-Tomaszewska 2009: 139), czy też szerzej – całego rynku finansowego, wobec czego w piśmiennictwie słusznie wskazuje się na ukształtowanie specyficznego konsumenckiego prawa rynku finansowego, określanego również jako konsumenckie prawo usług finansowych (Rutkowska-Tomaszewska 2020: 481).

W związku z dążeniem do wzmocnienia i ujednoczenia poziomu ochrony konsumenta w obrębie wspólnego rynku, w dotyczących tej kwestii aktach prawa UE można zaobserwować zwrot od dyrektyw o charakterze minimalnym do dyrektyw mających na celu maksymalną harmonizację prawa państw członkowskich (Mazurek 2008: 27; Stefanicki 2008: 66). Przykładem jest Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/65/WE z dnia 23 września 2002 r., dotycząca sprzedaży konsumentom usług finansowych na odległość, której celem jest ustanowienie jednolitych standardów ochrony konsumentów w objętym jej regulacją sektorze rynku finansowego poprzez przewidującą maksymalną harmonizację w tym zakresie prawa państw członkowskich (Mazurek 2008: 26). Wzmocnieniu ochrony konsumentów na rynku finansowym mają służyć również programy mające na celu ujednoczenie i zacieśnienie wspólnej polityki ochrony i informowania konsumentów (zob. Rutkowska-Tomaszewska 2009: 140).

Dla ogólnej ochrony konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi zasadnicze znaczenie ma jednak Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym (dalej: Dyrektywa 2005/29/WE). Bezpośrednim jej celem jest przyczynienie się do sprawnego funkcjonowania wspólnego rynku oraz ustalenie wysokich standardów ochrony konsumentów poprzez zbliżenie przepisów państw członkowskich (zob. Michalak 2008: 25–26; Podrecki 2007: 365; Białek, Zajączkowska-Weremczuk 2008: 17). Dyrektywa ta wprawdzie nie wprowadza odrębnych standardów ochrony konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi przedsiębiorców działających w sektorze finansowym, niemniej jednak, obejmując je swoim zakresem na mocy art. 3 ust. 9, w sytuacji gdy przed-

miotem obrotu są nieruchomości oraz usługi finansowe, zezwała ustawodawcom państw członkowskich – w kontekście nieuczciwych praktyk – na ustanowienie surowszych przepisów niż przewidziane w przepisach dyrektywy. Wskazuje to na rolę, jaką prawodawca unijny przywiązuje do poziomu ochrony konsumentów na rynku finansowym.

Rozpatrując kwestię ochrony konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi na rynku finansowym, w pierwszym rzędzie wskazać należy, że – w porównaniu z innymi produktami – usługi finansowe charakteryzują się znacznie większym grożącym konsumentowi ryzykiem ekonomicznym (Smyczek 2007: 31). Konsekwencje podjęcia przez konsumenta błędnej decyzji na rynku finansowym mogą być dla niego znacznie poważniejsze niż w przypadku zwykle dokonywanych przez niego transakcji. Ponadto produkty finansowe są z reguły na tyle skomplikowane, że konsument, nie posiadając specjalistycznej wiedzy, w praktyce nie jest w stanie porównać ofert różnych instytucji finansowych, jak również ocenić właściwie wiążącego się z poszczególnymi produktami finansowymi ryzyka. Za słuszne należy zatem uznać podnoszone w piśmiennictwie postulaty wskazujące na potrzebę zwiększenia poziomu ochrony konsumenta przy nowoczesnej regulacji reżimu prawnego usług finansowych (Rutkowska-Tomaszewska 2009: 140). Wobec stopnia skomplikowania tych usług i potencjalnej skali negatywnych ekonomicznych konsekwencji błędnych decyzji podjętych na tym rynku przez konsumenta konieczne jest w związku z tym zapewnienie konsumentom usług finansowych odpowiedniej ochrony prawnej, w tym zwłaszcza ochrony przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi podmiotów działających na rynku finansowym.

Specyficzny charakter usług finansowych i wskazane wyżej podwyższone ryzyko ekonomiczne ponoszone przez korzystającego z nich konsumenta, uzasadniają, zdaniem autora, silniejszą ochronę konsumentów usług finansowych przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi niż ochrona istniejąca w przypadku innych rynków. Dokonując krótkiego przeglądu istniejących regulacji, autor chciałby odpowiedzieć na pytanie, czy w istocie zapewniają one wzmocnioną ochronę konsumenta przed nieuczciwymi praktykami na rynku finansowym, a także wskazać ewentualne pożądane kierunki zmian w prawie, które mogłyby odpowiedni poziom takiej wzmocnionej ochrony zapewnić.

2. Ochrona konsumenta przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi na rynku finansowym – zagadnienia ogólne

Na gruncie prawa polskiego ochrona konsumentów – w tym również ochrona przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi – stanowi konstytucyjny obowiązek władz państwowych, przewidziany w art. 76 Konstytucji RP (Białek, Zajączkow-

ska-Weremczuk 2008: 18), zawierającym skierowany zarówno do ustawodawcy, jak i do sądów (w odniesieniu do procesu stosowania prawa) nakaz ochrony konsumentów, użytkowników i najemców przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, prywatności i bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi (Bednarczyk 2020: 743). Zakres ochrony – zgodnie z art. 76 Konstytucji RP – określa ustawa. Ten konstytucyjny obowiązek prawodawca realizuje poprzez szereg regulacji zawartych zarówno w ustawach poświęconych w całości konsumentom i ich ochronie, jak i w innych, szerszych aktach prawnych, wśród których w zakresie dotyczącym ochrony przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi podstawowy akt prawny stanowi ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (dalej: u.p.n.p.), implementująca do polskiego porządku prawnego regulacje Dyrektywy 2005/29/WE. Stosując przepisy tej ustawy, należy z tego względu stosować wykładnię przyjazną dla prawa unijnego, uwzględniającą nie tylko literę, ale i ducha tego prawa (Bednarczyk 2020: 743).

Również w przypadku usług finansowych polski ustawodawca w zakresie ochrony praw konsumentów kreuje szczególny reżim prawny dla czynności bankowych oraz czynności ubezpieczeniowych (Smyczek 2007: 136). Przykłady prokonsumenckich regulacji dotyczących rynku finansowego stanowią m.in. ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim, a także szczególne regulacje dotyczące rachunków bankowych. Ponadto, realizując postulaty powołania w Polsce instytucji specjalizującej się w ochronie konsumenta usług finansowych (Smyczek 2007: 158), mocą przepisów ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego i o Rzeczniku Finansowym (dalej: u. o R.F.) powołana została instytucja Rzecznika Finansowego. Do jego zadań, w myśl art. 17 ust. 1 u. o R.F., należy podejmowanie działań w zakresie ochrony klientów podmiotów rynku finansowego, których interesy reprezentuje.

Ustawa ta zatem również wpisuje się w ciąg działań ustawodawcy podejmowanych w celu wzmocnienia ochrony interesów konsumentów (Kalak 2016: 17), służąc przy tym bezpośrednio ochronie interesów konsumentów na rynku finansowym, choć – co należy zaznaczyć – nie uzupełnia ona katalogu nieuczciwych praktyk sformułowanego w przepisach u.p.n.p. o wykaz praktyk specyficznych dla rynku finansowego. Działania służące ochronie konsumentów na rynku finansowym podejmować mogą w ramach swoich ogólnych kompetencji również inne podmioty. W szczególności wymienić należy Komisję Nadzoru Finansowego (KNF) wraz z działającym przy niej Sądem Polubownym, która sprawując nadzór nad rynkiem finansowym, może w ramach swoich ogólnych kompetencji nadzorczych podejmować także działania mające na celu ochronę konsumenta – w tym również ochronę przed nieuczciwymi praktykami ryn-

kowymi działających na tym rynku przedsiębiorców. Ochrona konsumentów na rynku finansowym – zwłaszcza na rynku bankowym i ubezpieczeniowym – stanowi również jeden spośród istotnych obszarów działalności Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zob. także Czechowska 2009: 410–412).

Odnosząc się bezpośrednio do kwestii ochrony konsumenta przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi na rynku finansowym, warto na wstępie podkreślić, że ochrona ta ma charakter dwutorowy. Po pierwsze konsument na tym rynku, tak jak i na innych rynkach, podlega ochronie wypływającej bezpośrednio z przepisów dotyczących przeciwdziałania nieuczciwym praktykom rynkowym – te aktualnie zawarte zostały w u.p.n.p. Po drugie jednak w konkretnych przypadkach konsument usług finansowych może być chroniony przed nieuczciwymi praktykami także na podstawie ogólnych regulacji dotyczących rynku finansowego, które ustanawiając określone standardy dla funkcjonujących na nim podmiotów oraz szczególne mechanizmy nadzoru nad ich działalnością, przyczyniają się pośrednio do wzmocnienia ochrony konsumentów przed próbami stosowania wobec nich nieuczciwych praktyk rynkowych.

Podkreślić jednak przy tym należy, że choć w wielu aktach regulujących funkcjonowanie rynku finansowego znajdują się regulacje dotyczące konkretnych czynności jego uczestników, które mogą w określonych okolicznościach wypełniać znamiona nieuczciwych praktyk rynkowych, to kwestia ta nie stała się przedmiotem odrębnego całościowego uregulowania, podlegając przepisom zawartym w u.p.n.p. Ustawa ta stanowi zatem podstawowy akt prawny mający przeciwdziałać nieuczciwym zachowaniom przedsiębiorców w relacjach z konsumentami, określanych często jako *business to consumer* (zob. przykładowo Michalak 2008: 20), obejmując swoim zakresem również praktyki rynkowe stosowane przez banki oraz inne instytucje finansowe (Białek, Zajączkowska-Weremczuk 2008: 18). Przepisy u.p.n.p., mając na celu ochronę ogółu konsumentów, stanowią zatem również podstawowe narzędzie ochrony konsumentów usług finansowych przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi na rynku finansowym (zob. Rutkowska-Tomaszewska 2020: 487).

3. Zakres regulacji ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym

W art. 1 u.p.n.p. wyznaczony został cel oraz zakres regulacji nieuczciwych praktyk w prawie polskim (Wiewiórowska-Domagalska, Kukiel-Kryńska 2019: art. 1, Nb 6–8). Stanowi on, że przepisy ustawy określają nieuczciwe praktyki rynkowe w działalności gospodarczej i zawodowej oraz zasady przeciwdziałania tym praktykom w interesie konsumentów i w interesie publicznym. W rozumieniu ustawy, zgodnie z art. 2 pkt. 1 u.p.n.p., pod pojęciem przedsiębiorcy

rozumieć należy osobę fizyczną, osobę prawną oraz jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, które prowadzą działalność gospodarczą lub zawodową, nawet jeżeli działalność ta nie ma charakteru zorganizowanego i ciągłego, a także osoby działające w ich imieniu lub na ich rzecz. Ustawa – w celu lepszej ochrony konsumentów – rozszerza zatem pojęcie przedsiębiorców na osoby prowadzące działalność gospodarczą lub zawodową choćby sporadycznie lub incydentalnie (choć w pewien sposób powtarzalnie), a także na osoby działające w imieniu przedsiębiorców (Wiewiórowska-Domagalska, Kukiel-Kryńska 2019: art. 2, Nb 8–9; Michalak 2008: 54). Przepisy u.p.n.p. stosuje się w jednakowym zakresie do praktyk rynkowych wykorzystywanych przez wszystkich przedsiębiorców, niezależnie od przedmiotu ich działalności – a zatem również do przedsiębiorców działających na rynku finansowym.

Odnosnie pojęcia konsumenta art. 2 pkt. 2 u.p.n.p. odwołuje się natomiast do przepisów kodeksu cywilnego, który w art. 22¹ określa konsumenta jako osobę fizyczną dokonującą z przedsiębiorcą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową. Pojęciem, które nie zostało użyte w kodeksie cywilnym, znalazło się natomiast w przepisach u.p.n.p., jest pojęcie przeciętnego konsumenta. Zgodnie z legalną definicją zawartą w art. 2 pkt. 8 u.p.n.p. jest nim konsument, który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny; oceny dokonuje się przy tym z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych i przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy konsumentów, przez którą rozumie się dającą się jednoznacznie zidentyfikować grupę konsumentów, szczególnie podatną na oddziaływanie praktyki rynkowej lub na produkt, którego praktyka rynkowa dotyczy ze względu na szczególne cechy, takie jak wiek, niepełnosprawność fizyczna lub umysłowa zob. przykładowo Michalak 2008: 64; Wiewiórowska-Domagalska, Kukiel-Kryńska 2019: art. 2, Nb 97). Również w przypadku konsumentów przepisy u.p.n.p. zakazujące stosowania wobec nich nieuczciwych praktyk rynkowych mają charakter uniwersalny, niezależny od rodzaju nabywanego przez konsumenta produktu, znajdując zastosowanie także w przypadku konsumentów usług finansowych.

Nadmienić należy, że przepisy u.p.n.p. formułują bardzo szeroką definicję produktu (Białek, Zajączkowska-Weremczuk 2008: 18) – zgodnie z jej art. 2 pkt 3 przez produkt rozumie się każdy towar lub usługę, w tym nieruchomości, prawa i obowiązki wynikające ze stosunków cywilnoprawnych. Produktami w myśl przepisów u.p.n.p. są zatem w istocie jakiegokolwiek dobra materialne i niematerialne oferowane konsumentowi (Michalak 2008: 57; Wiewiórowska-Domagalska, Kukiel-Kryńska 2019: art. 2, Nb 20). Pojęcie produktu w rozumieniu u.p.n.p. obejmuje zatem również wszelkie usługi oferowane na rynkach finansowych.

Podobnie szeroko sformułowane zostało pojęcie praktyki rynkowej – zgodnie z art. 2 pkt 4 u.p.n.p. przez praktyki rynkowe rozumie się działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy, sposób postępowania, oświadczenie lub informację handlową, w szczególności reklamę i marketing, bezpośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta. Ustawa obejmuje zatem swoim zakresem również wszelkie praktyki rynkowe stosowane przez podmioty działające na rynku finansowym. Dla celów ochrony konsumenta przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi na rynku finansowym zastosowanie znajdują zatem te same regulacje u.p.n.p. co w przypadku ochrony innych konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi jakichkolwiek przedsiębiorców, niezależnie od ewentualnych regulacji szczególnych dotyczących konkretnych działań określonych podmiotów rynku finansowego.

4. Schemat ochrony konsumenta w oparciu o przepisy ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym

Tworząc schemat ochrony konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi, w przepisie art. 3 u.p.n.p. ustanowiony został generalny zakaz stosowania nieuczciwych praktyk rynkowych przez przedsiębiorców wobec konsumentów (Sieradzka 2008: 68; Wiewiórowska-Domagalska, Kukiel-Kryńska 2019: art. 3, Nb 1). Pojęcie nieuczciwej praktyki rynkowej określa mający charakter klauzuli generalnej art. 4 ust. 1 u.p.n.p. (zob. m.in. Podrecki 2007: 379; Michalak 2008: 68), stanowiąc iż praktyka rynkowa stosowana przez przedsiębiorców wobec konsumentów jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu.

Na mocy art. 4 ust. 2 u.p.n.p. za nieuczciwą praktykę rynkową uznaje się w szczególności praktykę rynkową wprowadzającą w błąd oraz agresywną praktykę rynkową, a także stosowanie sprzecznego z prawem kodeksu dobrych praktyk. Praktyki te nie podlegają ocenie w świetle przesłanek określonych w art. 4 ust. 1 u.p.n.p., co oznacza, że uznawane są one za nieuczciwe *ex lege* (Michalak 2008: 68; Gliniecki 2008: 3 i nast.; Namysłowska 2007: 1288), bez konieczności wykazywania ich sprzeczności z dobrymi obyczajami i możliwości istotnego zniekształcenia zachowań rynkowych przeciętnego konsumenta.

Za nieuczciwą praktykę rynkową, uznaje się także, z mocy art. 4 ust. 3 u.p.n.p., prowadzenie działalności w formie systemu konsorcyjnego (czyli prowadzenie działalności gospodarczej polegającej na zarządzaniu mieniem gromadzonym w ramach grupy z udziałem konsumentów, utworzonej w celu sfinansowania zakupu produktu na rzecz uczestników grupy) lub organizowanie

grupy z udziałem konsumentów w celu finansowania zakupu w systemie konsorcyjnym. Również w tym przypadku nie jest wymagana jej ocena w świetle przesłanek z art. 4 ust. 1 u.p.n.p.

Nieuczciwe praktyki rynkowe wprowadzające w błąd polegać mogą zarówno na działaniu przedsiębiorcy, jak i na jego zaniechaniu (zob. Sieradzka 2008: 94). Zgodnie z art. 5 ust. 1 u.p.n.p. praktykę rynkową uznaje się za działanie wprowadzające w błąd, jeżeli działanie to w jakikolwiek sposób powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Przy ocenie, czy dane działanie przedsiębiorcy stanowi nieuczciwą praktykę rynkową wprowadzającą w błąd, nie jest zatem konieczne wykazanie, że w błąd został rzeczywiście wprowadzony konkretny konsument, lecz wykazać wystarczy, że możliwość wprowadzenia przeciętnego konsumenta w błąd, choćby potencjalnie, istnieje (Michalak 2008: 98; Sieradzka 2008: 94). Przykładowe wyliczenie stanowiących nieuczciwą praktykę rynkową działań wprowadzających w błąd zawiera art. 5 ust. 2 u.p.n.p., nie jest to jednak katalog zamknięty. Przy ocenie, czy praktyka rynkowa wprowadza w błąd przez działanie, ustawodawca nakazuje uwzględnić wszystkie jej elementy oraz okoliczności wprowadzenia produktu na rynek, w tym sposób jego prezentacji (art. 5 ust. 4 u.p.n.p.).

Kwestii nieuczciwych praktyk rynkowych polegających na wprowadzającym w błąd zaniechaniu ustawodawca poświęcił art. 6 u.p.n.p. Na mocy jego ust. 1 praktykę rynkową uznaje się za zaniechanie wprowadzające w błąd, jeżeli pomija istotne informacje potrzebne przeciętnemu konsumentowi do podjęcia decyzji dotyczącej umowy i tym samym powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Zgodnie z art. 6 ust. 3 u.p.n.p. wprowadzającym w błąd zaniechaniem może być w szczególności:

- 1) zatajenie lub nieprzekazanie w sposób jasny, jednoznaczny lub we właściwym czasie istotnych informacji dotyczących produktu;

- 2) nieujawnienie handlowego celu praktyki, jeżeli nie wynika on jednoznacznie z okoliczności i jeżeli powoduje to lub może spowodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął.

Również przy ocenie, czy praktyka rynkowa wprowadza w błąd przez zaniechanie, należy uwzględnić wszystkie jej elementy oraz okoliczności wprowadzenia produktu na rynek, w tym sposób jego prezentacji.

W kontekście zastosowania ogólnych przepisów u.p.n.p. dla ochrony konsumenta przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi na rynku finansowym warto również zwrócić uwagę na treść art. 7 u.p.n.p, zawierającego listę praktyk wprowadzających w błąd, uznawanych za nieuczciwe w każdych okolicznościach, określanej jako lista „czarnych praktyk” (zob. przykładowo Michalak

2008: 97; Sieradzka 2008: 167). Przytaczanie całej listy byłoby zdaniem autora niecelowe jako wykraczające poza tematykę artykułu. Szczególne znaczenie dla ochrony konsumenta na rynku finansowym może mieć przykładowo uznanie za nieuczciwą praktykę rynkową w każdych okolicznościach twierdzenie przedsiębiorcy że:

a) przedsiębiorca uzyskał stosowne uprawnienie od organu publicznego lub podmiotu prywatnego,

b) praktyki rynkowe lub produkt zostały zatwierdzone, zaaprobowane lub uzyskały inne stosowne uprawnienie od organu publicznego lub podmiotu prywatnego

– przy jednoczesnym niespełnieniu warunków zatwierdzenia, aprobaty lub warunków niezbędnych do uzyskania innego stosownego uprawnienia.

Obok praktyk wprowadzających w błąd ustawodawca w przywołanym wyżej art. 4 ust. 2 u.p.n.p. wymienia tzw. agresywne praktyki rynkowe. Pojęcie to zostało zdefiniowane w art. 8 ust. 1 u.p.n.p., zgodnie z którym praktykę rynkową uznaje się za agresywną, jeżeli przez niedopuszczalny nacisk w znaczny sposób ogranicza lub może ograniczyć swobodę wyboru przeciętnego konsumenta lub jego zachowanie względem produktu i tym samym powoduje lub może powodować podjęcie przez niego decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Za niedopuszczalny nacisk na mocy art. 8 ust. 2 u.p.n.p. uważa się każdy rodzaj wykorzystania przewagi wobec konsumenta, w szczególności użycie lub groźbę użycia przymusu fizycznego lub psychicznego w sposób znacznie ograniczający zdolność przeciętnego konsumenta do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej umowy. Podstawowym sformułowanym przez ustawodawcę kryterium uznania danej praktyki rynkowej za agresywną jest zatem zastosowanie przez przedsiębiorcę niedopuszczalnego nacisku na konsumenta (Sieradzka 2008: 203). Zaznaczyć jednak należy, że przy ocenie, czy praktyka rynkowa jest agresywna, należy w myśl art. 8 ust. 3 u.p.n.p. uwzględnić wszystkie jej cechy oraz okoliczności wprowadzenia produktu na rynek.

Również w przypadku agresywnych praktyk rynkowych ustawodawca sformułował zawartą w art. 9 u.p.n.p. listę praktyk uznawanych za nieuczciwe w każdych okolicznościach, bez potrzeby wykazywania ich agresywności (Michalak 2008: 114; Sieradzka 2008: 210). Na rynku finansowym, można liczyć się w szczególności z następującymi praktykami rynkowymi:

1. Uciążliwym i niewywołanym działaniem albo zaniechaniem konsumenta nakłanianiem go do nabycia produktów przez telefon, faks, pocztę elektroniczną lub inne środki porozumiewania się na odległość, z wyjątkiem przypadków egzekwowania zobowiązań umownych, w zakresie dozwolonym przez obowiązujące przepisy.

2. Wywoływaniem wrażenia, że konsument już uzyskał, uzyska bezwarunkowo lub po wykonaniu określonej czynności nagrodę lub inną porównywalną korzyść, gdy w rzeczywistości nagroda lub inna porównywalna korzyść nie istnieje lub uzyskanie nagrody lub innej porównywalnej korzyści uzależnione jest od wpłacenia przez konsumenta określonej kwoty pieniędzy lub poniesienia innych kosztów.

W katalogu agresywnych praktyk rynkowych, nieuczciwych w każdych okolicznościach znajduje się także sformułowana w art. 9 pkt 4 u.p.n.p. praktyka polegająca na żądaniu od konsumenta zgłaszającego roszczenie w związku z umową ubezpieczenia przedstawienia dokumentów, których w sposób racjonalny nie można uznać za istotne dla ustalenia zasadności roszczenia, lub nieudzielanie odpowiedzi na stosowną korespondencję w celu nakłonienia konsumenta do odstąpienia od zamiaru wykonania jego praw wynikających z umowy ubezpieczenia. Przepis ten, wyodrębniając nieuczciwą praktykę rynkową dotyczącą jedynie działalności ubezpieczeniowej – a zatem praktykę specyficzną dla sektora należącego do rynku finansowego, stanowi jednak wyjątek. Co do zasady przepisy u.p.n.p. mają charakter ogólny, nie wyodrębniają praktyk właściwych dla działalności prowadzonej na rynku finansowym, lecz znajdują do nich zastosowanie na takich samych zasadach, jak w przypadku działań niezwiązanych z tym rynkiem.

5. Odpowiedzialność cywilna i karna podmiotów stosujących nieuczciwe praktyki rynkowe

Przedsiębiorcom dopuszczającym się nieuczciwych praktyk rynkowych na mocy przepisów u.p.n.p. grozi odpowiedzialność cywilna, która jest podstawowym rodzajem odpowiedzialności za ich stosowanie. Ze względu na szczególnie niekorzystne skutki niektórych z takich praktyk dla interesów konsumentów w przypadkach określonych w ustawie osobom stosującym nieuczciwe praktyki rynkowe grozi również odpowiedzialność karna (Sieradzka 2008: 266).

Prawną podstawę odpowiedzialności cywilnej stanowi art. 12 u.p.n.p., który określa zasady odpowiedzialności cywilnej za stosowanie nieuczciwych praktyk rynkowych, zawierając listę roszczeń przysługujących w przypadku stosowania praktyk przez przedsiębiorcę oraz wskazując krąg podmiotów, którym przysługują te roszczenia (Wiewiórowska-Domagalska, Kunkiel-Kryńska 2019: Nb 14). Przepis ten w istocie wprowadza w systemie prawa polskiego nowy rodzaj deliktu – stosowanie nieuczciwej praktyki rynkowej (Jarosiński, Widła 2009: 48). Podmiotem legitymowanym czynnie do wystąpienia z roszczeniami w razie dokonania nieuczciwej praktyki rynkowej jest co do zasady konsument (Michalak 2008: 124; Sieradzka 2008: 241; Jarosiński, Widła 2009: 50), które-

go interes został zagrożony lub naruszony. Może on, zgodnie z art. 12 ust. 1 u.p.n.p., żądać:

- 1) zaniechania tej praktyki,
- 2) usunięcia skutków tej praktyki,
- 3) złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie,
- 4) naprawienia wyrządzonej szkody na zasadach ogólnych, w szczególności żądania unieważnienia umowy z obowiązkiem wzajemnego zwrotu świadczeń oraz zwrotu przez przedsiębiorcę kosztów związanych z nabyciem produktu,
- 5) zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na określony cel społeczny związany ze wspieraniem kultury polskiej, ochroną dziedzictwa narodowego lub ochroną konsumentów.

Ponadto na mocy art. 12 ust. 2 u.p.n.p. z roszczeniami, o których mowa wyżej w pkt. 1, 3 i 5, wystąpić mogą również:

- 1) Rzecznik Praw Obywatelskich,
- 2) Rzecznik Finansowy,
- 3) krajowa lub regionalna organizacja, której celem statutowym jest ochrona interesów konsumentów,
- 4) powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów.

Zgodzić się należy z twierdzeniem, że dla ochrony konsumenta przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi na rynku finansowym szczególne znaczenie może mieć wynikające z art. 12 ust. 1 pkt. 4 u.p.n.p. roszczenie o unieważnienie umowy zawartej pod wpływem tej praktyki (Jarosiński, Widła 2009: 59. Szerzej odnośnie roszczeń przysługujących konsumentowi z mocy art. 12 ust. 1 pkt. 4 zob. m.in. Bednarczyk 2020: 745; Wiewiórowska-Domagalska, Kukiel-Kryńska 2019: art. 12, Nb 46–57). Wykazanie faktu zastosowania przez instytucję finansową będącą drugą stroną takiej umowy zakazanej praktyki rynkowej może być bowiem częstokroć dla konsumenta łatwiejsze niż innych związanych z umową okoliczności powodujących taki skutek prawny, zwłaszcza że w celu lepszej ochrony interesów konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi ustawodawca zdecydował się wprowadzić w przepisach u.p.n.p. szereg rozwiązań mających ułatwić konsumentom dochodzenie ich roszczeń. Przede wszystkim w przypadku tym odwrócona została zasada ponoszenia ciężaru dowodu (Białek, Zajązkowska-Weremczuk 2008: 21): Na gruncie u.p.n.p., zgodnie z jej art. 13, ciężar dowodu, że dana praktyka rynkowa nie stanowi nieuczciwej praktyki wprowadzającej w błąd spoczywa na przedsiębiorcy, któremu zarzuca się stosowanie nieuczciwej praktyki rynkowej (zob. Wiewiórowska-Domagalska, Kukiel-Kryńska 2019: art. 13, Nb 6–8). To przedsiębiorca zatem musi wykazać, że prowadzone przez niego działania nie wprowadzają konsumentów w błąd (Białek, Zajązkowska-Weremczuk 2008: 21; Michalak 2008: 125).

Kolejnym istotnym ułatwieniem w dochodzeniu roszczeń przez konsumentów jest brak konieczności wykazania przez konsumenta, że wskutek nieuczciwej praktyki rynkowej poniósł on szkodę (zob. Gliniecki 2008: 4; Namysłowska 2007: 1291). Wystarczającą przesłanką ponoszenia przez przedsiębiorcę stosującego nieuczciwe praktyki rynkowe odpowiedzialności cywilnej jest bowiem fakt, że interes konsumenta został przez taką nieuczciwą praktykę rynkową naruszony, a nawet że interes ten został jedynie zagrożony (Jarosiński, Widła 2009: 53).

W przypadkach określonych w ustawie osobom stosującym nieuczciwe praktyki rynkowe grozi nie tylko odpowiedzialność cywilna, ale również odpowiedzialność karna. W pierwszym rzędzie wskazać należy art. 15 u.p.n.p. kwalifikujący stosowanie agresywnej praktyki rynkowej jako wykroczenie zagrożone karą grzywny. Ścigane jest ono na żądanie pokrzywdzonego. Ponadto art. 16 u.p.n.p. penalizuje jako przestępstwa określone w nim nieuczciwe praktyki związane ze sprzedażą produktu w systemie konsorcyjnym (Michalak 2008: 228).

6. Wzmocnienie ochrony konsumentów na rynku finansowym

Fakt, że przepisy u.p.n.p. poza art. 9 pkt. 5 nie wyodrębniają szczególnej kategorii nieuczciwych praktyk dotyczących działalności prowadzonej na rynku finansowym, nie oznacza, że konsumenci na tym rynku nie są chronieni przed nieuczciwymi praktykami w stopniu większym niż na pozostałych rynkach. Wzmocnienie ich ochrony ma jednak z reguły charakter pośredni, wynikając ze szczególnych regulacji dotyczących podmiotów prowadzących działalność na tym rynku i zasad jej prowadzenia, oraz powołania szczególnych instytucji nadzorujących działalność na rynku finansowym oraz chroniących konsumentów usług finansowych.

W pierwszym rzędzie wspomnieć należy o Rzeczniku Finansowym jako podmiocie do którego zadań zgodnie z art. 17 u. o R.F. należy podejmowanie działań w zakresie ochrony klientów podmiotów rynku finansowego, których interesy reprezentuje. W szczególności do jego zadań należą rozpatrywanie wniosków w indywidualnych sprawach, wniesionych na skutek nieuwzględnienia roszczeń klienta przez podmiot rynku finansowego w trybie rozpatrywania reklamacji, rozpatrywanie wniosków dotyczących niewykonania czynności wynikających z reklamacji rozpatrzonej zgodnie z wolą klienta oraz informowanie właściwych organów nadzoru i kontroli o dostrzeżonych nieprawidłowościach w funkcjonowaniu podmiotów rynku finansowego (Kalak 2016: 18). Zakres zadań RF może zatem również obejmować przypadki wypełniające znamiona nieuczciwych praktyk rynkowych w rozumieniu wyżej przywołanych przepisów u.p.n.p. – na przykład nieuczciwej praktyki rynkowej polegającej na wprowa-

dzającym w błąd działaniu dotyczącym procedury reklamacyjnej. Ustawodawca najwyraźniej dostrzega ową zależność, dając temu wyraz w treści art. 26 u. o R.F., zgodnie z którym RF może wytoczyć powództwo na rzecz klientów podmiotów rynku finansowego w sprawach dotyczących nieuczciwych praktyk rynkowych dotyczących działalności tych podmiotów, jak również za zgodą powoda wziąć udział w toczącym się już postępowaniu. W przypadku takim stosuje się odpowiednio przepisy o prokuratorze (Kalak 2016: 19). Podkreślić należy, że możliwość wytoczenia powództwa przez RF przewiduje również art. 12 u.p.n.p., przy czym nie wyłącza to możliwości zastosowania przez konsumenta innych środków prawnych przewidzianych w przepisach u.p.n.p.

W myśl art. 24 u. o R.F. Rzecznik może podjąć czynności z urzędu lub na wniosek wskazanych w tym przepisie podmiotów:

- 1) klienta podmiotu rynku finansowego w sytuacji nieuwzględnienia jego roszczeń przez podmiot rynku finansowego w trybie rozpatrywania reklamacji,
- 2) właściwego organu nadzoru, kontroli lub innego organu władzy publicznej,
- 3) organizacji konsumenckich – w zakresie dotyczącym dystrybucji ubezpieczeń w rozumieniu ustawy z dnia 15 grudnia 2017 r. o dystrybucji ubezpieczeń.

Po zbadaniu sprawy Rzecznik może:

- 1) poinformować wnioskodawcę, że nie stwierdził naruszenia jego praw lub interesów,
- 2) zwrócić się do podmiotu rynku finansowego, w którego działalności stwierdził naruszenie praw lub interesów klientów, o ponowne rozpatrzenie sprawy,
- 3) zwrócić się o zbadanie sprawy do właściwego organu, w szczególności do Komisji Nadzoru Finansowego, Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, prokuratury albo organów kontroli państwowej, zawodowej lub społecznej.

Przyznanie RF możliwości podjęcia działań w zakresie ochrony klientów podmiotów rynku finansowego, w tym również wytoczenia na ich rzecz powództwa w sprawach dotyczących nieuczciwych praktyk rynkowych dotyczących działalności tych podmiotów, znacząco wzmacnia ochronę konsumentów usług finansowych przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi na rynku finansowym.

Zwrócić należy również uwagę na nadzór nad podmiotami rynku finansowego sprawowany przez KNF. Wprawdzie przepisy ustawy z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (dalej jako u. o n.f.) nie przyznają jej odrębnych, szczególnych kompetencji dotyczących bezpośrednio ochrony konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi na rynku finansowym,

niemniej jednak przeciwdziałanie naruszającym prawo działaniom wyczerpującym znamiona takich praktyk niewątpliwie mieści się w zakresie ogólnych zadań KNF związanych ze sprawowaniem nadzoru nad rynkiem finansowym. Wniosek taki można wyprowadzić z treści art. 2 u. o n.f., który określając cele nadzoru nad rynkiem finansowym, wskazuje wśród nich zapewnienie ochrony interesów uczestników tego rynku. W doktrynie wskazuje się, że przepis ten umożliwi organom nadzoru finansowego stosowanie instrumentów nadzorczych nie tylko wówczas, gdy dochodzi do naruszenia prawa, lecz także w przypadku nadużywania przez instytucję finansową „uprzywilejowanej pozycji” w sposób inny aniżeli naruszanie konkretnych norm prawnych (Wojno 2018: art. 2, Nb 10). W zakresie owego celu zapewnienia ochrony interesów uczestników rynku finansowego, zdaniem autora niniejszego opracowania, mieści się zatem niewątpliwie również ochrona przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi.

Szczególną uwagę zwrócić należy na działający przy KNF Sąd Polubowny, którego celem, zgodnie z art. 18 ust. 1 u. o n.f., jest rozpatrywanie sporów między uczestnikami rynku finansowego, w szczególności sporów wynikających ze stosunków umownych między podmiotami podlegającymi nadzorowi Komisji a odbiorcami usług świadczonych przez te podmioty (zob. także Mularczyk, Miś, Miś 2011: 89; Izdebski 2019: 35). Na mocy art. 18 ust. 2a u. o n.f. Sąd Polubowny może prowadzić również postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich w rozumieniu ustawy z dnia 23 września 2016 r. o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich na zasadach i w trybie określonych w tej ustawie i w regulaminie Sądu Polubownego.

Mimo że przepisy określające zadania Sądu Polubownego nie odnoszą się wprost do kwestii ochrony konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi na rynku finansowym, przyjęć należy, że owe spory wynikające ze stosunków umownych pomiędzy uczestnikami rynku finansowego – zwłaszcza spory wynikające ze stosunków umownych między podmiotami podlegającymi nadzorowi KNF a odbiorcami ich usług (w tym konsumentami) – mogą w konkretnych przypadkach dotyczyć również działań wypełniających znamiona nieuczciwych praktyk rynkowych. Samo istnienie takiego alternatywnego modelu rozwiązywania sporów uczestników rynku finansowego przyczynia się zresztą do wzmocnienia pozycji usługobiorców (a zatem również konsumentów) na rynku finansowym (zob. także Izdebski 2019: 33).

Postępowanie przed Sądem Polubownym jest przy tym zdecydowanie mniej sformalizowane i szybsze niż przed sądem powszechnym, dając uczestnikom dużo większy zakres swobody i umożliwiając wypracowanie rozwiązania zadowalającego obie strony (Mularczyk, Miś, Miś 2011: 91). Podkreślić należy, że po zatwierdzeniu przez właściwy sąd powszechny wyroku Sądu Polubownego, lub

zawartej przed nim ugody, rozstrzygnięcia Sądu Polubownego mają moc prawną równą z wyrokiem sądu powszechnego (Mularczyk, Miś, Miś 2011: 91).

Omawiając kwestię ochrony konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi na rynku finansowym, wspomnieć również należy o działającym przy Związku Banków Polskich Bankowym Arbitrażu Konsumentckim (BAK). Został on powołany w celu rozstrzygania sporów pomiędzy konsumentami-klientami banków a bankami w zakresie roszczeń pieniężnych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przez bank czynności bankowych lub innych czynności na rzecz konsumenta (zob. także Czechowska 2009: 409). Podobnie jak w przypadku Sądu Polubownego przy KNF również w przypadku określenia zakresu spraw, które mogą być rozstrzygane przez BAK, nie wskazano wprost nieuczciwych praktyk rynkowych, co nie oznacza jednak, że w konkretnych przypadkach poddane arbitrażowi spory nie mogą dotyczyć właśnie działań wypełniających znamiona nieuczciwych praktyk rynkowych.

Instytucja RF, kompetencje nadzorcze KNF oraz funkcjonowanie Sądu Polubownego i BAK przyczyniają się zatem do wzmocnienia ochrony konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi na rynku finansowym, niezależnie od ogólnej ochrony przyznanej im jako konsumentom na mocy przepisów u.p.n.p.

7. Wnioski

Polskie prawo konsumenckie stanowi w ostatnich latach jeden z najbardziej dynamicznie rozwijających się działów prawa. Odpowiada to tendencjom widocznym również w prawie europejskim, gdzie w zakresie regulacji dotyczących ochrony konsumenta nastąpił wyraźny zwrot od dyrektyw o charakterze minimalnym do dyrektyw zmierzających do harmonizacji w tym zakresie prawa państw członkowskich (Mazurek 2008: 27). Przejawem prokonsumenckiego podejścia europejskiego prawodawcy jest także Dyrektywa 2005/29/WE, która została implementowana do polskiego systemu prawnego poprzez u.p.n.p.

W kontekście prowadzonych rozważań podkreślić należy, że w ślad za rozwiązaniami przyjętymi w Dyrektywie 2005/29/WE również przepisy u.p.n.p. nie zawierają odrębnego katalogu nieuczciwych praktyk rynkowych odnoszących się *stricte* do działań podejmowanych na rynkach finansowych. Przyznana konsumentom na mocy przepisów ustawy ochrona konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi ma charakter uniwersalny, obejmując swoim zakresem wszelkie działania wypełniające znamiona nieuczciwych praktyk, na które narażeni są konsumenci na różnych rynkach. Uniwersalny charakter regulacji u.p.n.p. i szeroki zakres pojęć użytych przez ustawodawcę pozwalają na podstawie jej przepisów chronić konsumentów również przed nieuczciwymi

praktykami rynkowymi na rynku finansowym. Szczególnie istotne znaczenie może mieć przy tym dla konsumentów możliwość żądania unieważnienia umowy zawartej pod wpływem nieuczciwej praktyki.

Wobec znacznego ryzyka ekonomicznego, ponoszonego przez konsumenta na rynku finansowym, jak również wysokiego stopnia komplikacji produktów finansowych (Stefanicki, 2008: 67) uzasadnione wydaje się jednak wykreowanie przez ustawodawcę w tym zakresie szczególnego konsumentckiego reżimu prawnego, zwiększającego stopień ochrony praw konsumentów na rynkach finansowych – również w zakresie ochrony przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi.

Analiza istniejących regulacji prawnych w ocenie autora wskazuje, że w istocie prawna ochrona konsumenta przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi na rynku finansowym jest mocniejsza w porównaniu z ochroną konsumenta przed takimi praktykami na innych rynkach. Z reguły jednak nie jest to efektem zmierzających ku temu bezpośrednio działań ustawodawcy, lecz pośrednim rezultatem ogólnych regulacji dotyczących rynku finansowego, zwłaszcza ustanawiających wzmocniony nadzór nad podmiotami działającymi na tym rynku. Organy nadzoru finansowego mogą w ramach swoich zadań i kompetencji przeciwdziałać także takim działaniom podmiotów funkcjonujących na rynku finansowym, które w konkretnych przypadkach wyczerpują znamiona nieuczciwych praktyk rynkowych.

W rezultacie ochrona konsumenta przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi na rynkach finansowych zostaje wzmocniona, albowiem w przypadku określonych działań wyczerpujących znamiona nieuczciwych praktyk rynkowych może on podlegać zarówno ochronie wynikającej z przepisów u.p.n.p., jak i ochronie wynikającej z przepisów regulujących rynek finansowy.

Znaczne ryzyko ekonomiczne ponoszone przez konsumenta na rynku usług finansowych, jak również stopień komplikacji współczesnych produktów finansowych, zwłaszcza w powiązaniu z niską świadomością konsumentką na rynku usług bankowych (Dąbrowska, Janoś-Kresło 2012: 133) i innych usług finansowych, czy wręcz nieznanymi produktami bankowymi i brakiem wiedzy finansowej (Butor-Keler 2017: 15), uzasadniać mogą jednak podjęcie dyskusji o celowości stworzenia w ramach u.p.n.p. odrębnego katalogu nieuczciwych praktyk rynkowych przedsiębiorców działających na rynku finansowym w celu wzmocnienia ochrony konsumentów usług finansowych. W tej chwili takie regulacje ograniczone są do przywołanego wyżej art. 9 pkt. 5 u.p.n.p., który stanowi jednak wyjątek, ograniczony przy tym jedynie do fragmentu rynku finansowego, a mianowicie działalności ubezpieczeniowej. Wyjątek ten wskazuje jednak, że możliwe jest umieszczenie w ramach katalogu nieuczciwych praktyk określonych w przepisach u.p.n.p. również praktyk typowych dla dzia-

łałości prowadzonej na rynku finansowym. Wobec znaczenia rynku finansowego i skali negatywnych konsekwencji ekonomicznych mogących dotknąć w wyniku nieuczciwych praktyk konsumentów usług finansowych idąca w tym kierunku rozbudowa zawartego w przepisach u.p.n.p. katalogu nieuczciwych praktyk powinna być zdaniem autora poddana przez ustawodawcę pod głęboką refleksją, zwłaszcza że wspomniany art. 3 ust. 9 Dyrektywy 2005/29/WE w przypadku usług finansowych pozwala prawodawcom poszczególnych państw członkowskich na ustanowienie w kontekście nieuczciwych praktyk surowszych przepisów niż przewidziane w regulacjach dyrektywy.

Wykaz skrótów

- BAK – Bankowy Arbitraż Konsumentcki
KNF – Komisja Nadzoru Finansowego
RF – Rzecznik Finansowy
u. o n.f. – ustawa z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym
u. o R.F. – ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego i o Rzeczniku Finansowym
u.p.n.p. – ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym

Bibliografia

Akty prawne

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/65/WE z dnia 23 września 2002 r., dotycząca sprzedaży konsumentom usług finansowych na odległość oraz zmieniająca Dyrektywę Rady 90/619/EWG oraz Dyrektywy 97/7/WE i 98/27/WE (Dz.Urz.U.E.L Nr 271).
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/29/WE z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca Dyrektywę Rady 84/450/EWG, Dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz Rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.Urz.U.E.L Nr 149).
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/17/UE z dnia 4 lutego 2014 r. w sprawie konsumentkich umów o kredyt związanych z nieruchomościami mieszkalnymi (Dz.U. UE L 60 z 28.2.2014 r.).
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/97 z dnia 20 stycznia 2016 r. w sprawie dystrybucji ubezpieczeń (Dz.Urz. UE L 26 z 2.02.2016 r.).
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE z dnia 15 maja 2014 roku w sprawie rynków instrumentów finansowych (Dz.U. UE 2014.173.349 z 12.06.2014 r.).
- Ustawa z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym, Dz.U. 2020, poz. 2059, tekst jednolity.

- Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, Dz.U. 2017, poz. 2070, tekst jednolity.
- Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim, Dz.U. 2022, poz. 246, tekst jednolity.
- Ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego i o Rzeczniku Finansowym, Dz.U. 2022, poz. 187, tekst jednolity.
- Ustawa z dnia 23 września 2016 r. o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich, Dz.U. 2016, poz. 1823.
- Ustawy z dnia 15 grudnia 2017 r. o dystrybucji ubezpieczeń, Dz.U. 2019, poz. 1881, tekst jednolity.

Opracowania

- Bazylińska, Justyna. 2012. *Ochrona zbiorowych interesów konsumentów w prawie Unii Europejskiej i w wybranych porządkach prawnych państw członkowskich*. Toruń: TNOiK.
- Białek, Tadeusz, Katarzyna Zajączkowska-Weremczuk. 2008. Nieuczciwe praktyki rynkowe. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* 3: 16–24.
- Bednarczyk, Piotr. 2020. Żądanie unieważnienia umowy – próba wykładni art. 12 ust. 1 pkt 4 ustawy z 23.8.2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. *Monitor Prawniczy* 14: 740–746.
- Butor-Keler, Agnieszka. 2017. Misselling a ochrona konsumenta na rynku usług finansowych, *Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach* 326: 9–20.
- Cyman, Dariusz. 2016. Kierunki zmian ochrony konsumenta usług finansowych w Unii Europejskiej. *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio H – Oeconomia* L(4): 39–48. DOI: 10.17951/h.2016.50.4.39.
- Czechowska, Iwona D. 2009. Ochrona konsumenta rynku usług bankowych. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Ekonomiczne problemy usług* 38(548): 407–413.
- Dąbrowska, Anna, Mirosława Janoś-Kresło. 2012. *Ochrona konsumentów na rynku usług bankowych i telekomunikacyjnych*. Warszawa: Oficyna wydawnicza SGH.
- Gliniecki, Bartłomiej. 2008. Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym – nowe środki ochrony praw konsumentów. *Edukacja Prawnicza* 2: 3–7.
- Izdebski, Paweł. 2019. Instytucjonalny model ADR z udziałem konsumentów na rynku kapitałowym. *ADR – Arbitraż i Mediacja* 2: 31–45.
- Jarosiński, Wojciech, Bohdan Widła. 2009. Odpowiedzialność cywilna według ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym w świetle dyrektywy 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach rynkowych. *Transformacje Prawa Prywatnego* 1–2: 37–65.
- Kalak, Jakub. 2016. Pozasądowe postępowanie w sprawie rozwiązywania sporów między klientem a podmiotem rynku finansowego. *ADR – Arbitraż i Mediacja* 2: 17–38.
- Mazurek, Michał. 2008. Wpływ maksymalnych dyrektyw konsumenckich na funkcjonowanie skodyfikowanych systemów prawa cywilnego. *Transformacje Prawa Prywatnego* 2: 23–48.

- Michalak, Arkadiusz. 2008. *Przeciwdziałanie nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Mularczyk, Krystian, Grzegorz Miś, Małgorzata Miś. 2011. Wybrane instytucje rozstrzygające spory konsumenckie na drodze polubownej. *ADR – Arbitraż i Mediacja* 3: 79–92.
- Namysłowska, Monika. 2007. Nowa ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. *Monitor Prawniczy* 23: 1287–1292.
- Podrecki, Paweł. 2007. *Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych i jej implementacja do prawa polskiego*. W: *Prawo własności intelektualnej wczoraj, dziś i jutro*, red. J. Barta, A. Matlak, *Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej Uniwersytetu Jagiellońskiego* 100: 365–386.
- Rutkowska-Tomaszewska, Edyta. 2009. Ochrona interesów konsumenta a polubowne sposoby rozstrzygania sporów na rynku usług bankowych. Materiały pokonferencyjne „Perspektywy rozwoju sądownictwa arbitrażowego” Katowice, 20–21.11.2008 r. *ADR – Arbitraż i Mediacja* 2: 139–144.
- Rutkowska-Tomaszewska, Edyta. 2020. Prawo ochrony konsumenta usług finansowych w świetle założenia racjonalnego ustawodawcy — kilka wybranych uwag. *Acta Universitatis Wratislaviensis* 3978: *Przegląd Prawa i Administracji* CXX(2): 481–498. DOI: 10.19195/0137-1134.120.85.
- Sieradzka, Małgorzata. 2008. *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*. Warszawa: Oficyna a Wolters Kluwer business.
- Smyczek, Sławomir. 2007. Ochrona interesów konsumentów na rynku usług finansowych. W: *Ochrona interesów konsumentów w Polsce w aspekcie integracji europejskiej*, (red.) Ewa Kieźel, 130–158. Warszawa: Difin.
- Stefanicki, Robert. 2008. Ochrona konsumenta banku w świetle ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (cz. I). *Prawo Bankowe* 6: 66–77.
- Wiewiórska-Domagalska, Aneta, Aleksandra Kunkiel-Kryńska. 2019. Komentarz do art. 1. W: *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, (red.) Konrad Osajda, wydanie elektroniczne Legalis. Dostęp: 24.02.2022.
- Wiewiórska-Domagalska, Aneta, Aleksandra Kunkiel-Kryńska. 2019. Komentarz do art. 2. W: *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, (red.) Konrad Osajda, wydanie elektroniczne Legalis. Dostęp: 24.02.2022.
- Wiewiórska-Domagalska, Aneta, Aleksandra Kunkiel-Kryńska. 2019. Komentarz do art. 3. W: *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, (red.) Konrad Osajda, wydanie elektroniczne Legalis. Dostęp: 24.02.2022.
- Wiewiórska-Domagalska, Aneta, Aleksandra Kunkiel-Kryńska. 2019. Komentarz do art. 12. W: *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, (red.) Konrad Osajda, wydanie elektroniczne Legalis. Dostęp: 24.02.2022.
- Wiewiórska-Domagalska, Aneta, Aleksandra Kunkiel-Kryńska. 2019. Komentarz do art. 13. W: *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, (red.) Konrad Osajda, wydanie elektroniczne Legalis. Dostęp: 24.02.2022.
- Wojno, Bartosz. 2018. Komentarz do art. 2 ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym. W: *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, 3 wydanie, (red.) Marek Wierzbowski, Ludwik Sobolewski, Paweł Wajda, wydanie elektroniczne Legalis. Dostęp: 20.02.2022.

Volume 20, Issue 1
June 2022

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2022-03-16
accepted 2022-05-11



Rekwizycje wojskowe w prawie francuskim

Military requisitions in French law

MARCIN KONARSKI

Wyższa Szkoła Menedżerska w Warszawie

ORCID: 0000-0001-8791-884X, marcin.konarski@wsm.warszawa.pl

Citation: Konarski, Marcin. 2022. Rekwizycje wojskowe w prawie francuskim. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 20(1): 75–97. DOI: 10.25167/osap.4766.

Abstract: The subject of this analysis is related to the French legal regulations in the field of military requisitions. They are treated as an element of a coherent system of State defence, which is based in the normative sphere on the fundamental legal act – the Code of Defence (*Le code de la defense*) of 2004. In the course of his discussion, the author presents the scope of legal solutions relating to military requisitions, the procedure of their performance, the system of compensation and indemnities, as well as criminal sanctions established to prevent violation of the requisition regulations.

Keywords: administrative law, public burdens, requisitions

Abstrakt: Przedmiot niniejszej analizy związany jest z francuskimi regulacjami prawnymi w zakresie rekwizycji wojskowych będącymi elementem spójnego systemu obrony państwa, który opiera się w sferze normatywnej na zasadniczym akcie prawnym, jakim jest kodeks obrony (*Le code de la defense*) z 2004 r. W trakcie rozważań autor przedstawia zakres rozwiązań prawnych odnoszących się do rekwizycji wojskowych, procedury ich dokonywania, systemu rekompensat i odszkodowań oraz sankcji karnych ustanowionych za przekroczenie przepisów rekwizycyjnych.

Słowa kluczowe: prawo administracyjne, ciężary publiczne, rekwizycje

1. Wprowadzenie

Nowożytny system rekwizycji wojskowych powstał we Francji w pierwszych latach Wielkiej Rewolucji Francuskiej za sprawą reform społeczno-ustrojowych

państwa (Konarski 2016: 31–47), w tym również licznych przeprowadzonych w tym czasie reform organizacji wojska. W dalszej kolejności w okresie tzw. wojen napoleońskich ten przemyślany system zaopatrywania wojska został rozwinięty i przeniknął do wielu państw europejskich, tworząc podstawy współczesnych rozwiązań prawnych w zakresie rekwizycji wojskowych (Wise 1944: 47–62).

Co do zasady rekwizycja w znaczeniu ścisłym oznacza skierowane przez władzę państwową do jednostki samorządu terytorialnego lub osoby prywatnej żądanie, za wynagrodzeniem, pewnego rodzaju świadczeń w naturze poparte w razie odmowy odpowiednim przymusem państwowym. Prawu do rekwizycji, przysługującemu władzy państwowej, odpowiada ze strony ludności kraju obowiązek o charakterze konstytucyjnym ponoszenia odpowiednich świadczeń. W ten sposób rozumiana rekwizycja jest świadczeniem w naturze, przy czym przedmiotem rekwizycji są świadczenia zarówno rzeczowe, jak i osobiste, do których należy np. obowiązek dostarczania różnego rodzaju środków transportowych (samochody, samoloty, konie itp.), obowiązek dostarczania kwater dla wojska i urzędników cywilnych, czy obowiązek dostarczania wszystkich innych wskazanych przez właściwe organy władzy państwowej przedmiotów i produktów, np. żywności (Mathiez 1920: 231–254; Cobbett 1937: 173–174). Z kolei osobisty charakter tych świadczeń odnosi się do obowiązków związanych z wykonywaniem różnego rodzaju prac fizycznych i wykonywaniem świadczeń na rzecz wskazanych podmiotów (np. roboty fortyfikacyjne). Tak rozumiane obowiązki świadczeń ludności na rzecz wojska egzekwowane przez władze państwowe w drodze rekwizycji swoje źródło znajdują w powinnościach, które zakładają, że każdy obywatel powinien przykładać się do zaspokojenia potrzeb państwa przede wszystkim w razie nagłych wypadków, gdy idzie o istnienie kraju, do poświęcenia własności prywatnej na rzecz obrony Ojczyzny (Okolski 1884: 35).

Ze względu na cel, ewentualnie na podmiot, dla którego dokonuje się rekwizycji, można podzielić je na rekwizycje wojskowe i cywilne. Te pierwsze stanowią jeden z rodzajów zaspokajania potrzeb przez wojskowe organy władzy państwowej, zazwyczaj w czasie pokoju lub w sytuacjach stanów nadzwyczajnych (Konarski 2020a: 83–109). Tego rodzaju rekwizycje oznaczają żądanie od mieszkańców kraju dokonania świadczeń w naturze (rzeczowych lub osobistych) na potrzeby wojska, wyrażone w formie nakazu rekwizycyjnego i poparte w razie odmowy odpowiednim przymusem państwowym. Rekwizycje wojskowe należy odróżnić od rekwizycji wojennych, które dokonywane są wyłącznie w czasie wojny, ewentualnie w czasie częściowej lub powszechnej mobilizacji (Cybichowski 1914: 72–81; Zakrzewski 1938: 89–93; Konarski 2020b: 8–37; Konarski 2020c: 43–60; Konarski 2020d: 335–351). Poza tym rekwizycje wojenne

nie stanowią jednolitej instytucji prawnej, bowiem rozróżnia się je na te dokonywane we własnym kraju i te dokonywane w kraju nieprzyjacielskim (Bierzanek 1982: 247–256)¹.

Z kolei w przypadku rekwizycji cywilnych to co do zasady są one dokonywane na potrzeby administracji publicznej lub ludności cywilnej (Konarski 2021b: 153–187). Rekwizycje te naruszają zasadę nietykalności prawa własności i stanowią ingerencję w to prawo, przez co mogą być stosowane wyłącznie w wyjątkowych wypadkach określonych przez ustawodawcę. Nie będziemy się tutaj nimi zajmowali, wobec czego odsyłamy do wybranej literatury w tym przedmiocie (Soubelet 1992: 215–217; Weclawiak 2003: 1023–1072; Beauvironnet 2016–2019a: online; Beauvironnet 2016–2019b: online).

Celem badawczym artykułu jest przede wszystkim analiza logiczno-językowa francuskich rozwiązań normatywnych w zakresie rekwizycji wojskowych, która stanowić ma w założeniu punkt wyjścia do refleksji nad systemem polskich rozwiązań prawnych w przedmiotowym obszarze i podjęciem ewentualnie w niedalekiej przyszłości dyskusji nad potrzebą dokonania zmian normatywnych w rodzimym systemie prawnym. Ograniczone ramy publikacji nie pozwalają jednak odnieść się szerzej do tej materii w tym miejscu, wobec czego jedynie w sposób symboliczny zostaną na końcu sformułowane uwagi *de lege ferenda*.

W niniejszej analizie oparto się na logice odkrycia naukowego (Popper 1977: 29; Pietruska-Madej 1995: 69–72), stosując metodę domatyczno-prawną, która posłużyła do badania przedmiotowych norm prawnych w ujęciu statycznym i metodę historyczno-prawną umożliwiającą wszechstronne oświetlenie zagadnienia na tle przeszłych pomników prawa, głównie XVIII i XIX wieku (Łyskowski 1929: 1–2), której wykorzystanie związane jest z badaniem norm prawnych dotyczących rekwizycji wojskowych w ujęciu dynamicznym. Poza tym oczywiście wykorzystano komparatystyczną metodę badawczą rozumianą jako proces porównywania systemów prawnych (Szymczak 2014: 42–44), która podobnie jak metoda historyczna bada prawo w ujęciu dynamicznym (Ziemiński 1974: 220–225; Barankiewicz 2010: 129). W trakcie rozważań zastosowano również metodę analizy systemowej i pomocniczo wykorzystano sposób rozumowania o charakterze intuicyjno-normatywnym. Podkreślić w końcu należy, że dobierając na potrzeby niniejszej analizy poszczególne metody badawcze kierowano się przez wzgląd na przedmiot rozważań paradygmatem właściwym dla prawa administracyjnego (Peszowski 2020: 166–193; Izdebski 2021: 25–38).

¹ Instytucja rekwizycji wojennych znana jest prawu międzynarodowemu publicznemu od dawna i regulowana przez szereg aktów normatywnych, zob. Regulamin dotyczący praw i zwyczajów wojny lądowej załączony do IV Konwencji przyjętej w Hadze dnia 18 października 1907 r., Dz.U. 1927 r., Nr 21, poz. 161; Konwencja Genewska z dnia 12 sierpnia 1949 r. o ochronie osób cywilnych podczas wojny, Dz.U. 1956 r., Nr 38, poz. 171.

2. Francuski system rekwizycji na potrzeby własne sił zbrojnych i innych formacji

Konstytucja Republiki Francuskiej z dnia 4 października 1958 r. (art. 34), podobnie jak konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (art. 84 i art. 85 ust. 1), czy np. konstytucja Republiki Federalnej Niemiec z dnia 23 maja 1949 r. (art. 12a), konstytucja Republiki Greckiej z dnia 9 czerwca 1973 r. (art. 18 ust. 3), czy konstytucja Federacji Rosyjskiej z 12 grudnia 1993 r. (art. 55 ust. 3 i art. 56 ust. 1) zawiera wyłącznie ogólne postanowienia dotyczące obowiązków związanych ze świadczeniami osobistymi i rzeczowymi na rzecz obrony państwa (Viel 1995: 60–61). Do najbardziej powszechnych obowiązków w zakresie świadczeń o charakterze osobistym należą wszystkie, które nie pozostają związane ze służbą wojskową, a więc świadczenia pracy na rzecz władz cywilnych i wojskowych w postaci dostarczania siły roboczej, zaś w zakresie świadczeń o charakterze rzeczowym wskazać można na obowiązek dostarczania na potrzeby wojska kwater, różnego rodzaju środków transportowych (lądowych, wodnych, powietrznych) czy innego mienia służącego szeroko rozumianym potrzebom zaopatrzenia wojska².

Podobnie jak w przypadku wskazanych wyżej ustaw zasadniczych, zgodnie z art. 34 konstytucji francuskiej szczegółowe normy odnoszące się do tych świadczeń nakładanych na obywateli i ich majątek określa ustawa (Shnyakina 2014: 31–40). Podstawowym aktem normatywnym obowiązującym w systemie prawnym V Republiki Francuskiej, który reguluje w sposób kompleksowy zagadnienia rekwizycji wojskowych jest *Le code de la defense* (Kodeks Obrony, dalej jako: KO), który został ustanowiony ma mocy ordonansu nr 2004–1374 z 20 grudnia 2004 r.³ Ten zasadniczy w zakresie obronności państwa francuskiego akt normatywny opracowany został przez Dyрекcję ds. Prawnych przy ministerstwie obrony, szefów sztabów wojskowych oraz dyrekcje i służby pozostałych ministerstw, zaaprobowanie każdej z części zaś zostało powierzone Premierowi, Najwyższej Radzie Kodyfikacji i Radzie Państwa (Gregorczyk 2011: 56). Akt

² Por. szereg polskich regulacji prawnych odnoszących się do świadczeń osobistych i rzeczowych, jak np.: art. 200–232a ustawy z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. 2021, poz. 372, 1728, tekst jednolity; ustawa z dnia 22 czerwca 1995 r. o kwaterowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. 2020, poz. 2017, tekst jednolity; § 49–62 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 5 lutego 2002 r. w sprawie świadczeń na rzecz obrony, Dz.U. Nr 18, poz. 1102; art. 25, 26 ust. pkt 6, art. 27 i 29 ustawy z dnia 29 sierpnia 2002 r. o stanie wojennym oraz kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i zasadach jego podległości konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. 2017, poz. 1932, tekst jednolity; rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 11 sierpnia 2004 r. w sprawie świadczeń osobistych i rzeczowych na rzecz obrony w razie ogłoszenia mobilizacji i w czasie wojny, Dz.U. Nr 203, poz. 2081.

³ Journal officiel de la République française „Lois et décrets” Nr 0296 z dnia 21 grudnia 2004 r.

ten składa się z dwóch części, które zostały określone jako część prawodawcza (*partie législative*) – obejmująca swoim zakresem ustawy, i regulacyjna (*partie réglementaire*) – obejmująca zakresem dekrety. Regulacje prawne w obszarze rekwizycji wojskowych znajdują się w części prawodawczej i zostały zgrupowane w księdze 2 części 2 KO. Obejmują one tytuły (I, II, II bis, III), które dzielą się na rozdziały i sekcje, zaś podstawową jednostką redakcyjną są artykuły.

Postanowienia zawarte we francuskim KO (art. L. 2221-2 KO) odnoszą się do rekwizycji na potrzeby własne sił zbrojnych i formacji do nich przyłączonych. W przypadku ogłoszenia częściowej lub powszechnej mobilizacji (*mobilisation partielle ou générale*) do Ministra Obrony (*ministre de la défense*) należy określenie terminu rozpoczęcia obowiązku świadczeń niezbędnych do uzupełnienia niedoborów zwykłych środków zaopatrzenia armii i innych formacji (np. żandarmerii) na całym terytorium Francji lub na jego części. Poza tym przepisy dotyczące rekwizycji wojskowych stosuje się do przymusowych świadczeń osobistych i rzeczowych realizowanych dla potrzeb Marynarki Wojennej oraz Sił Powietrznych i Korpusu Kosmicznego, przy czym Rada Państwa (*Conseil d'Etat*) w drodze dekretu może wskazać inne władze państwowe, którym zgodnie z art. L. 2221-3 KO przyznawać można uprawnienia w zakresie stosowania prawa rekwizycji.

W świetle art. L. 2141-1 i art. L. 2141-3 KO powszechna mobilizacja wdraża wszystkie przygotowane środki obronne, w tym również te odnoszące się do rekwizycji wojskowych, a więc nakłada obowiązki związane ze świadczeniami osobistymi i rzeczowymi na rzecz wojska (Zakrzewski 1938: 89–93). Zapotrzebowanie na te świadczenia przekazywane jest przez władzę wojskową do gminy (*commune*), przy czym o potrzebie przeprowadzenia rekwizycji zawiadamia się burmistrza (*maire*) będącego organem wykonawczym gminy wybieranym przez radę gminy (*conseil municipal*). Jeżeli jednak żaden członek organu gminy nie jest obecny w siedzibie gminy lub jeżeli pilna rekwizycja ma miejsce w punkcie odległym od siedziby gminy, wtedy w myśl art. L. 2221-7 może ona być skierowana bezpośrednio przez władzę wojskową do obecnych w tym czasie mieszkańców.

Zapotrzebowania wojskowe są zawsze formułowane na piśmie i podpisywane. Zawierają one rodzaj i liczbę wymaganych świadczeń oraz, w miarę możliwości, czas ich trwania. Zgodnie z art. L. 2221-5 KO za wykonane świadczenia zawsze wystawiane jest pokwitowanie (*reçu*). Jeśli mieszkańcy odmawiają zgody na przeprowadzenie rekwizycji, to zgodnie z art. L. 2221-10 KO władze wojskowe zostały upoważnione do uzyskania świadczeń w celu zaspokojenia swoich potrzeb przy użyciu siły. Pamiętać jednak należy, że wszystkie świadczenia stanowią podstawę do rekompensaty odpowiadającej ich wartości lub odszkodo-

wania, z wyjątkiem przypadków szczególnych określonych w artykule L. 2234-8 KO (np. zakwaterowanie wojska w domach mieszkańców do 3 dni).

Dokonywanie proporcjonalnego podziału wymaganych świadczeń na rzecz wojska pomiędzy mieszkańców należy do burmistrza, który koordynuje również dostarczanie wskazanych przedmiotów i usług na rzecz wojska. W świetle postanowień art. L. 2221-8 KO, co do zasady, wszelkie czynności związane z rekwizycjami przeprowadza on wraz ze wskazanymi czterema członkami rady miejskiej, jednakże w razie sytuacji spowodowanej działaniem siły wyższej lub wyjątkowo pilnej potrzeby może on podejmować je bez ich udziału. Oczywiście gdy wymagane przez wojsko przedmioty i usługi nie zostały przekazane w przewidzianych terminach, organ wojskowy dokonuje samodzielnie, z urzędu, ich proporcjonalnego podziału między mieszkańców.

Dostarczanie świadczeń osobistych i rzeczowych niezbędnych dla sił zbrojnych, które jest wymagane w drodze rekwizycji obejmuje w szczególności: 1) zakwaterowanie w domach prywatnych i kwaterowanie personelu w dostępnych pomieszczeniach i budynkach wszystkich rodzajów służb zależnych od sił zbrojnych; 2) codzienne posiłki dla personelu wojskowego zakwaterowanego w domach prywatnych (*alimentation quotidienne des militaires logés chez l'habitant*); 3) żywność i ogrzewanie dla sił zbrojnych; 4) wszelkiego rodzaju środki transportu wraz z niezbędnym wyposażeniem, w tym personel i materiały niezbędne do ich eksploatacji; 5) łodzie lub jednostki pływające po rzekach, jeziorach i kanałach; 6) materiały, narzędzia, maszyny i inne urządzenia niezbędne do budowy lub naprawy szlaków komunikacyjnych oraz, ogólnie, do wykonania wszystkich prac wojskowych; 7) dostarczanie kierowców (*conducteurs*) i personelu do wszystkich prac, które mają być wykonywane przez siły zbrojne i związanych z nimi formacji; 8) leczenie chorych lub rannych w domach miejscowej ludności; 9) dostarczanie artykułów odzieżowych, wyposażenia obozowego, pościeli, lekarstw i materiałów opatrunkowych (*objets d'habillement, d'équipement, de campement, d'armement et de couchage, les médicaments et moyens de pansement*); 10) dostarczanie wszystkich innych przedmiotów, materiałów i usług, których dostawa jest wymagana w interesie wojskowym.

Stosownie do postanowień art. L. 2222-1 KO rekwizycja może dotyczyć tylko czasowego korzystania z rzeczy, która po zakończeniu wskazanego terminu jest zwracana właścicielowi. Z wyjątkiem mobilizacji przedmiotem rekwizycji mogą być wyłącznie świadczenia wymienione w punktach 1–6. Statki powietrzne (*aéronefs*), wszelkiego rodzaju środki transportu i ich wyposażenie, łodzie i statki mogą być również rekwirowane za każdym razem jedynie na okres nie dłuższy niż dwadzieścia cztery godziny z wyjątkiem mobilizacji lub koncentracji wojsk (*mobilisation ou de rassemblement de troupes*). Poza przypadkami mobilizacji czy tworzenia jednostek w celu odbycia ćwiczeń mobilizacyjnych

i zbierania oddziałów w wyniku powołania rezerwistów zgodnie z artykułem L. 4231-4 KO środki transportu wszelkiego rodzaju i ich wyposażenie, w tym łodzie i statki, mogą być zarekwirowane każdorazowo jedynie na okres nie dłuższy niż dwadzieścia cztery godziny.

W nagłych wypadkach na rozkaz Ministra Obrony Narodowej lub upoważnionej władzy wojskowej odpowiedzialnej za obronę danego obszaru mogą zostać ustanowione przepisy mające na celu zobowiązanie do zaopatrzenia niezbędnego dla utrzymania mieszkańców miast garnizonowych (*villes de garnison*). Zapotrzebowanie na te dostawy może być zrealizowane przez władze administracyjne na mocy specjalnego upoważnienia dowódcy wojskowego (*délégation spéciale du commandant d'armes*).

Podkreślić należy, że na mocy postanowień art. L. 2232-1 władze państwowe mogą w czasie pokoju, na warunkach określonych dekretem przez Radę Państwa, przeprowadzać różnego rodzaju spisy osób, sprzętu, pojazdów, materiałów lub przedmiotów, produktów, artykułów żywnościowych, narzędzi, budynków, instalacji lub przedsiębiorstw, które mogą być potrzebne w czasie mobilizacji lub w razie, gdy władze państwowe uznają to za niezbędne.

Poza tym na warunkach i na czas określony dekretem Rady Państwa organ uprawniony do rekwizycji może zarządzić uprzednie zablokowanie mienia ruchomego w celu jego zarekwirowania (*blocage préalable des biens mobiliers, en vue de procéder à leur réquisition*). Środek ten stosownie do wspomnianego wyżej art. L. 2233-1 KO pociąga za sobą dla właściciela lub posiadacza przedmiotów obowiązek przedstawienia ich na każde żądanie administracji państwowej we wskazanym miejscu i w stanie, w jakim znajdowały się w dniu zatrzymania. Jeżeli w bezpośrednim następstwie zatrzymania i podczas jego trwania powstają dodatkowe koszty ochrony, konserwacji i w stosownych przypadkach, uszkodzenia lub pogorszenia stanu zatrzymanych przedmiotów, właściciel lub posiadacz tych towarów może zażądać zwrotu tych kosztów.

3. Zakres podmiotowy i przedmiotowy rekwizycji wojskowych

3.1. Świadczenia osobiste

Zgodnie z art. L. 2212-1 KO zarówno na mężczyzn, jak i na kobiety, którzy nie zostali powołani do służby wojskowej lub służby bezpieczeństwa narodowego (*service militaire ou du service de sécurité nationale*), może zostać nałożony obowiązek świadczeń osobistych lub zbiorowych na rzecz wojska, przy czym powołanie do sił zbrojnych wyłącza *ipso iure* obowiązek tych świadczeń. Ponadto obowiązkiem świadczeń osobistych mogą zostać objęte wszystkie osoby, które

zachowały swoją funkcję lub stanowisko, a także cały personel wchodzący w skład służby lub przedsiębiorstwa uznanego za niezbędne dla potrzeb kraju.

Poza tym jednak obowiązkowi świadczeń osobistych podlegają osoby otrzymujące emeryturę (*pension de retraite*) z tytułu związku w jakimkolwiek charakterze zarówno z administracją państwową lub samorządową, jak i ze służbami publicznymi. Osoby te pozostają do dyspozycji administracji lub służb państwowych, z którymi były związane przez okres pięciu lat od dnia przejścia na emeryturę, pod warunkiem jednak, że spełniają niezbędne kryteria sprawności fizycznej i intelektualnej.

W odniesieniu do kobiet prawo francuskie stanowi według postanowień art. L. 2212-2 KO, że ani kobiety w ciąży, ani te sprawujące niezawodową opiekę nad jednym lub większą liczbą dzieci do górnej granicy obowiązku szkolnego, ani nad jedną lub większą liczbą osób w wieku powyżej 70 lat lub cierpiących na niepełnosprawność wymagającą stałej opieki nie podlegają obowiązkowi świadczeń osobistych na rzecz wojska.

Z kolei w przypadku personelu kobiecego (*personnels féminins*), który może zajmować stanowiska niezbędne dla obronności, na podstawie decyzji właściwych ministrów sporządzana jest lista, a kobiety znajdujące się na niej podlegają w każdym czasie obowiązkowi rejestracji i składania deklaracji dotyczących stanu cywilnego, miejsca zamieszkania lub pobytu oraz sytuacji zawodowej i rodzinnej. W dalszej kolejności organ wnioskujący o przydzielenie wskazanych kobiet powiadamia je listem poleconym za potwierdzeniem odbioru o powierzonym w ramach świadczenia osobistego zadaniu oraz sposobie dalszego postępowania. W celu przygotowania personelu kobiecego organizowane są szkolenia trwające do 3 dni w roku.

Skierowanie przez władze państwowe w ramach świadczeń osobistych do prac w każdym departamencie odbywa się zgodnie z art. L. 2213-3 KO na podstawie przekazanych informacji i zapewnić ma rozdział zasobów ludzkich między wskazane administracje i służby publiczne oraz zakłady z uwzględnieniem znaczenia ich z punktu widzenia obrony narodowej, a w szczególności pierwszeństwa zakładów wykonujących świadczenia na rzecz sił zbrojnych (*établissements travaillant pour les armées*).

3.2. Świadczenia związane z zakwaterowaniem wojska

Świadczenia związane z zakwaterowaniem wojska nakładane na ludność przez władze państwowe należą do jednych z najbardziej uciążliwych, wobec czego szczegółowe uregulowanie tej materii stanowi od dawna zasadniczy przedmiot zainteresowania zarówno ustawodawcy (Henry 1919a: 5–40; Henry 1919b: 191–238), jak i administracji wojskowej (Clausewitz 1928: 304–310). Od cza-

sów napoleońskich zagadnienia kwaterunku wojska stanowią również istotny element polskiego systemu rekwizycji wojskowych (Filipiak 2011: 215–229; Konarski 2021a: 125–148; Konarski 2021b: 153–187).

W świetle prawa francuskiego zakwaterowanie wojsk (*logement des troupes*) na kwaterach lub w marszu (rozumianym jako ruch miarowy pochodu wojska do wskazanego punktu lub celu) w domach miejscowej ludności polega na umieszczeniu, w przypadku braku specjalnych koszar, personelu i sprzętu w częściach mieszkań lub budynków osób prywatnych, uznanych po przeprowadzeniu spisu ludności za odpowiednie do tego celu i ustalonych proporcjonalnie do zasobów każdej osoby. Warunki umieszczenia odnoszące się do personelu wojskowego każdego stopnia oraz do sprzętu są ponadto określone przez odrębne przepisy wykonawcze.

Rozmieszczanie wojsk na stacjach lub w marszu (*en station ou en marche*) polega w świetle postanowień art. L. 2223-1 KO na umieszczeniu personelu i sprzętu w mieszkaniach, zakładach, budynkach lub schronach wszelkiego rodzaju należących bądź do osób prywatnych, bądź do władz lokalnych i ich zakładów, bądź do państwa, bez uwzględniania warunków rozmieszczenia przypisanych w odniesieniu do wyżej określonych pomieszczeń personelowi wojskowemu każdego stopnia i sprzętowi, lecz wykorzystując, o ile to konieczne, pojemność pomieszczeń, z zastrzeżeniem jednak, że właściciele lub posiadacze zachowują przez cały czas niezbędne im pomieszczenia.

Zgodnie z postanowieniami artykułu L. 2222-1 KO i w przypadku niewystarczającej liczby budynków wojskowych przeznaczonych do zakwaterowania wojsk w miastach garnizonowych należy je uzupełnić za pomocą domów lub zakładów wynajmowanych przez gminy, a uznanych i zaakceptowanych przez władze wojskowe, lub za pomocą kwater dla oficerów i żołnierzy w domach miejscowej ludności. W przypadku braku budynków wojskowych w miastach, wsiach, przysiółkach i odosobnionych domach (*hameaux et maisons isolées*) kwatery zapewnia się w ten sam sposób oddziałom wydzielonym lub kwaterowanym, jak również pojedynczym żołnierzom.

Każda gmina zobowiązana została stosownie do art. 2223-3 KO do sporządzenia spisu (*recensement*) wszystkich mieszkań i zakładów, które mogą zostać przeznaczone do zakwaterowania wojska. Spis ten podaje się do wiadomości władz wojskowych, przy czym może on być zmieniany przez Ministra Obrony Narodowej w całości lub w części w odniesieniu zarówno do wskazanych miejscowości, jak i do czasu zakwaterowania.

Przy ustalaniu zakwaterowania lub wyżywienia w pomieszczeniach udostępnionych przez gminy nie można czynić rozróżnienia między osobami zależnie od ich funkcji lub cech. Klasztorne wspólnoty religijne (*communautés religieuses cloîtrées*) są jednak zwolnione z obowiązku zapewnienia zakwaterowania w swo-

ich domach, przy czym są one jednak zobowiązane do udzielenia rekompensaty tym mieszkańcom, którzy w ich zastępstwie podejmą się zakwaterowania. W świetle postanowień art. L. 2223-4 KO oficerowie przebywający w garnizonie w miejscu swojego stałego zamieszkania mają obowiązek zapewnienia sobie zakwaterowania we własnych domach.

Gminy zostały zobligowane do zapewnienia, że ciężar zakwaterowania lub wyżywienia będzie sprawiedliwie ponoszony przez wszystkich mieszkańców, którzy nigdy nie mogą zostać wypędzani z pokoju lub zajmowanego łóżka, w którym zwykle śpią, przy czym nie mogą jednak pod tym pretekstem uchylać się od obowiązku użyczenia mieszkania stosownie do swoich możliwości. Z wyjątkiem przypadku mobilizacji burmistrz nie może dysponować domem osób nieobecnych (*domicile des absents*). Z kolei publiczne lub prywatne placówki, o które wcześniej wnioskował organ wojskowy, i które są przez niego faktycznie wykorzystywane, nie są stosownie do postanowień art. L. 2223-5 uwzględniane przy rozdzielaniu miejsc zakwaterowania lub wyżywienia. Zaznaczyć należy, że w myśl art. L. 2223-6 w każdych okolicznościach wojsko ma prawo do korzystania z ogrzewania i oświetlenia (*chauffage et à l'éclairage*) w domach mieszkańców (Henry 1919a: 31–36).

3.3. Rekwizycje środków transportowych

Wszystkie postanowienia w zakresie rekwizycji mechanicznych środków transportowych swój wzór opierają na procedurach rekwizycji koni, które pierwotnie stanowiły podstawowy środek transportowy wojska przed pojawieniem się pojazdów mechanicznych (Renard 1919: 534).

Francuskie prawo rekwizycyjne stanowi w art. L. 2223-7 KO, że upoważnione władze wojskowe mają prawo przejmowania w drodze rekwizycji pojazdów mechanicznych (*véhicules automobiles*), ciągników rolniczych i przyczep do pojazdów mechanicznych niezbędnych dla służby sił zbrojnych i formacji do nich przyłączonych. Oznacza to, że właściciele, których pojazdy zostały uznane za odpowiednie dla zaspokojenia potrzeb wojska, powinni być powiadomieni w odpowiednim czasie na drodze wezwania wydanego przez władzę wojskową o warunkach, na jakich będą je przekazywać do siedziby komisji rekwizycyjnych (*siège des commissions de réquisition*) z chwilą wprowadzenia w życie obowiązku świadczeń lub z chwilą mobilizacji. Informacje o dostarczeniach wezwań (*remise des ordres*) są potwierdzane przez właścicieli środków transportowych, a burmistrz gminy i prefektura przekazują je organom wojskowym. Wszystkie pojazdy uznane za odpowiednie dla potrzeb sił zbrojnych i formacji towarzyszących muszą być w myśl art. L. 2223-8 KO wyposażone w akcesoria, części

zamienne oraz zapas paliwa i inne niezbędne składniki ich wyposażenia nierozzerwalnie z nimi złączone.

Postanowienia francuskiego KO zawierają szereg wyłączeń spod rekwizycji wojskowych w razie mobilizacji, co oznacza, że niektóre środki transportowe nie mogą zostać przejęte na rzecz władz wojskowych. Zgodnie z art. L. 2223-9 zwolnione spod rekwizycji zostały: 1) pojazdy należące do niefrancuskich przedstawicieli misji dyplomatycznych akredytowanych we Francji, jak również pojazdy należące do przedstawicieli zagranicznych misji konsularnych akredytowanych we Francji⁴; 2) pojazdy należące do lekarzy, weterynarzy i położnych w wymiarze jednego samochodu dla każdego z nich, pod warunkiem, że są one faktycznie wykorzystywane do wykonywania zawodu; 3) pojazdy wymagane dla usług publicznego transportu o znaczeniu krajowym.

Wykaz pojazdów, wskazanych w pkt 3, odpowiadających potrzebom administracji publicznej, transportu publicznego, obrony narodowej, życia gospodarczego, higieny i bezpieczeństwa publicznego, jest przekazywany przez zainteresowane departamenty ministerialne (*départements ministériels*) Ministrowi Obrony lub organom przez niego upoważnionym. W przypadku gdy z powodu niedoborów, które należy uzupełnić, niektóre z tych pojazdów zostaną uznane za niezbędne dla potrzeb sił zbrojnych i formacji przyłączonych, zagwarantowano ich zastąpienie poprzez wykorzystanie pojazdów niepodlegających rekwizycji, co następuje w drodze porozumienia między delegowanymi organami Ministra Obrony Narodowej i Ministra Robót Publicznych (*ministre des travaux publics*).

Przekazywaniem pojazdów mechanicznych dostarczonych do punktu rekwizycji (*centre de réquisition*) zajmują się komisje mieszane (*commissions mixtes*). Komisje te składają się z oficera wojska, który jest przewodniczącym, i przedstawiciela władz cywilnych. Członkowie ci są mianowani w czasie pokoju przez władze wojskowe, po uzgodnieniu z prefektami (Soubelet 1992: 215–217). Szczegółowe zasady działania komisji określone zostały na drodze rozporządzenia, przy czym zauważyć należy, że w myśl art. L. 2223-11 komisje te są również właściwe w sprawach ewentualnych roszczeń właścicieli pojazdów.

W razie mobilizacji sił zbrojnych operatorzy kolejowi (*opérateurs de chemins de fer*) są zobowiązani do udostępnienia Ministrowi Obrony Narodowej wszelkich środków osobowych i rzeczowych, jakie uzna on za konieczne dla zapewnienia szynowego transportu wojskowego. Dostarczony w ten sposób personel i sprzęt może zostać wykorzystany w całej francuskiej sieci kolejowej, przy

⁴ Wyłączenie podmiotowe od obowiązku dostarczania środków przewozowych wynika wprost z przepisów prawa międzynarodowego publicznego odnoszących się do prawa zakrajowości. Pojęcie „zakrajowości” określa się w formie opisowej jako „wyłączenie spod orzecznictwa krajowego”, zob. Grzegorzczak 2010: 51.

czym na wniosek organu wojskowego do dyspozycji pozostają również budynki gospodarcze stacji i dróg kolejowych łącznie z biurami, urządzeniami transmisyjnymi operatorów, które mogą być niezbędne dla administracji obronnej. Zgodnie z art. L. 2223-14 za przeprowadzone rekwizycje środków kolejowych przysługuje rekompensata.

Wśród środków transportowych, jakie podlegają rekwizycjom na rzecz wojska, w świetle regulacji prawa francuskiego znajdują się również wodne środki przewozowe (śródlądowe i morskie). Przypomnieć należy, że to właśnie żegluga śródlądowa jest najstarszą gałęzią transportu umożliwiającą przewóz znacznej ilości sprzętu i personelu wojskowego na duże odległości przy stosunkowo niewielkim nakładzie sił i środków. Tak więc możliwość prowadzenia wodnej żeglugi śródlądowej zawsze posiadała fundamentalne znaczenie w systemie ekonomii zarówno cywilnej, jak i wojskowej (Konarski 2021c: 102).

W odniesieniu do wodnych środków transportowych w przypadku mobilizacji sił zbrojnych i związanych z nimi formacji eksploatacja dróg wodnych wyznaczonych przez Ministra Obrony odbywa się pod kierownictwem władz wojskowych przez służby nawigacyjne lub przez oddziały specjalne (*services de navigation ou par des troupes spéciales*). Na wyznaczonych drogach wodnych bez uszczerbku dla zamówień przez wojsko, które mogą być składane za pośrednictwem burmistrzów, wodne środki pływające wszelkiego rodzaju, załadowane lub nie, ich załogi i personel, sprzęt i zaopatrzenie wszelkiego rodzaju niezbędne do celów wojskowych mogą być wymagane bezpośrednio w formie świadczeń osobistych lub rzeczowych. Ładunki statków, jak również towary składowane w portach i budynkach gospodarczych przy drogach wodnych, mogą być również bezpośrednio wymagane przez wojsko. Zgodnie z art. L. 2223-17 na drogach wodnych eksploatowanych pod kierownictwem władzy wojskowej w razie mobilizacji wojskowej ustaje *ipso iure* transport handlowy i wszelki ruch, z tym że może on być wznowiony w takim czasie i w takim zakresie, jaki określi Minister Obrony Narodowej, przy czym wstrzymanie transportu nie daje jednak podstaw do odszkodowania.

3.4. Rekwizycje mienia przemysłowego

W razie mobilizacji sił zbrojnych i formacji pokrewnych zarządzający zakładami przemysłowymi (*établissements industriels*) mogą być zobowiązani na bezpośrednie żądanie do przekazania do dyspozycji władz wojskowych wszystkich środków będących w ich posiadaniu, takich jak: personel, wyposażenie, surowce i produkty oraz środki do prowadzenia produkcji, wytwarzania i napraw wymaganych dla obsługi sił zbrojnych i formacji pokrewnych, zakładów obronnych i zaopatrzenia stref wojennych (Henry 1919b: 212–214).

W świetle postanowień art. L. 2223-18 KO w okresie wykonywania świadczeń osobistych i rzeczowych dla wojska żaden podmiot gospodarczy nie może, nie będąc do tego wyraźnie upoważnionym, dostarczać osobom trzecim materiałów, produktów i przedmiotów o takim samym charakterze jak te, które podlegają rekwizycji. W razie niedostatecznych środków produkcji władza wojskowa może na podstawie kolejnych rekwizycji objąć w części lub w całości w posiadanie zakłady przemysłowe i zapewnić ich funkcjonowanie własnymi środkami. W takim przypadku przed objęciem w posiadanie należy niezwłocznie sporządzić spis wyposażenia, dostaw i zapasów zakładu w obecności operatora lub wezwanego przez niego pracownika. W okresie działania władzy wojskowej i wykonywania przez nią czynności rekwizycyjnych zarządzający zakładami przemysłowymi mają prawo obserwować działania władzy wojskowej, nie utrudniając jednak ich prowadzenia.

Poza powyższym, w razie mobilizacji towary złożone w sklepach ogólnodostępnych czy składach celnych, jak również przewożone koleją mogą być bezpośrednio rekwirowane przez władze wojskowe. W razie potrzeby zlecenie rekwizycji jest kierowane do kierownika składu lub sklepu albo do operatora kolejowego. Wykonanie rekwizycji, jak stanowi art. L. 2223-19 KO, zwalnia skład celny, sklep lub operatora kolejowego z ich zobowiązań jako depozytariuszy lub przewoźników (*dépositaires ou transporteurs*), a zainteresowani mają te same uprawnienia i przywileje (*droits et privilèges*) w zakresie wypłaty odszkodowania.

4. Rekompensata i odszkodowania za szkody

Z punktu widzenia prawa administracyjnego rekwizycje dokonywane przez wojsko stanowią legalne działania administracji państwowej, co oznacza, że wykonując służbę publiczną, administracja jest często zmuszona korzystać z dóbr jednostki, a więc w drodze rekwizycji (będącej przecież działaniem władczym, a nie umownym) przejmować je na własność albo zajmować na czas określony. Tego rodzaju legalne działania administracji pociągają za sobą obowiązek wyrównania strat poniesionych przez obywateli, co następuje wskutek rekompensaty za dokonane rekwizycje lub odszkodowania za szkody spowodowane poprzez rekwizycje.

Wraz z prawodawstwem Wielkiej Rewolucji Francuskiej w zakresie rekwizycji wojskowych pojawiły się pierwsze regulacje mające za przedmiot ochronę obywateli, którzy poświęcając swoje dobra materialne na rzecz obrony Ojczyzny w razie inwazji wroga, utracili część lub całość swojego majątku, przekazując go na cele działań militarnych. Pojęcie prawa do odszkodowania pojawiło się po raz pierwszy wraz z przyjęciem dekretu z 11 sierpnia 1792 r. i zo-

stało następnie potwierdzone przez dekrety z 27 lutego i 14 sierpnia 1793 r. (9 Ventôse'a i 27 Thermidora roku I Republiki). Uznaje się, że dekret z 27 lutego 1793 r. po raz pierwszy tworzył obowiązek całkowitej naprawy szkód wojennych, w tym wynikłych z rekwizycji własnego wojska, i nadawał obywatelom prawa wiarygodności wobec państwa, tworząc podwaliny dla dalszych regulacji w latach późniejszych (Rundstein 1916: 6–7).

Zgodnie z art. L. 2234-1 KO rekompensata (*indemnité*) należna świadczącemu na rzecz wojska jest ograniczona do bezpośredniej i pewnej (*directe et certaine*) straty materialnej, jaka wyniknęła z powodu nałożenia na niego świadczenia przez władzę wojskową. Oznacza to, że w prawie francuskim uwzględnia się wyłącznie wszystkie wydatki rzeczywiście i koniecznie poniesione przez świadczeniodawcę (*damnum emergens*), wynagrodzenie za pracę, amortyzację i zwrot z kapitału, które obliczane są na zasadach ogólnych. Tym samym rekompensata nie przysługuje za utracone korzyści (*lucrum cessans*), które powód mógłby osiągnąć, swobodnie dysponując żądanym mieniem lub swobodnie kontynuując działalność gospodarczą.

Rekompensata jest płatna od chwili objęcia przedmiotu rekwizycji w ostateczne lub czasowe posiadanie lub od chwili rozpoczęcia świadczenia przewidzianych usług. Jednakże jeżeli świadczeniodawca udowodni, że poniósł bezpośrednie straty w wyniku rekwizycji po ogłoszeniu nakazu rekwizycji, a przed jego wykonaniem, rekompensata jest należna od dnia, w którym strata stała się skuteczna, z zastrzeżeniem ewentualnych potrąceń.

W przypadku braku podstaw prawnych do określenia cen lub czynszów rekompensatę za stałe lub czasowe wywłaszczenie ustala się na podstawie wszystkich elementów, biorąc pod uwagę poprzednie zwykłe użytkowanie wymaganej nieruchomości. Natomiast czasowe wywłaszczenie powoduje powstanie okresowej rekompensaty za pozbawienie możliwości korzystania z nieruchomości (Henry 1919b: 194–209). Z kolei w razie przekształcenia świadczenia rekwizycyjnego w postaci użytkowania w rekwizycję własności (*transformation d'une réquisition d'usage en réquisition de propriété*) sumy przyznane podczas czasowego pozbawienia posiadania z tytułu amortyzacji, a w przypadku rekwizycji wodnego środka transportu, sumy wypłacone na naprawy i konserwacje, ale niewykorzystane, są odliczane od rekompensaty za trwałe pozbawienie posiadania (*dépossession définitive*).

Zapotrzebowanie na świadczenia jest zasadniczo rekompensowane na podstawie normalnych i zgodnych z prawem cen świadczeń rzeczowych (*prix normaux et licites des prestations fournies*). W razie braku takich cen, w przypadku usług świadczonych przez przedsiębiorstwo, rekompensatę ustala się na podstawie ceny kosztów uzyskanej przez dodanie do rekompensaty z tytułu czasowego wywłaszczenia kwoty normalnych kosztów operacyjnych i wydatków

poniesionych przez przedsiębiorstwo w związku z wykonywaniem świadczonych usług.

W razie gdy budynki, które muszą być użytkowane przez wojsko, są wykorzystywane w gospodarstwie prowadzącym rzeczywistą działalność rolniczą, rekompensata za czasowe wywłaszczenie uwzględnia rzeczywistą stratę wynikającą z całkowitego lub częściowego uniemożliwienia prowadzenia działalności rolniczej w wymaganych pomieszczeniach. Aby ocenić czas trwania i zakres ograniczenia normalnej działalności gospodarstwa, należy wziąć pod uwagę z jednej strony możliwości przeniesienia i późniejszego wznowienia działalności, a z drugiej strony wyniki z ostatnich trzech lat.

W odniesieniu do gospodarstwa nierolniczego, które nie może zostać przekazane, rekompensata za wywłaszczenie jest obliczana na podstawie wartości wszystkich wymaganych aktywów. Jeżeli istnieją długi związane konkretnie z materialnymi elementami tego składnika majątku i jeżeli odsetki objęte w rekompensacie nie pokrywają kosztów tych długów, mogą one zostać w tym celu podwyższone do wysokości, w jakiej powód spłaciłby je w normalnych warunkach z dochodów przedsiębiorstwa; jeżeli jednak przedmiotowe koszty obejmują amortyzację, jest ona okresowo odejmowana od wartości składnika majątku.

Rekompensata rekwizycyjna (*indemnité de réquisition*) jest naliczana w dniu ostatecznego lub czasowego wywłaszczenia nieruchomości lub w pierwszym dniu świadczenia usług; w przypadku odszkodowań odszkodowanie rekwizycyjne jest naliczane w dniu wydania decyzji administracyjnej ustalającej jego wysokość. Jeżeli po złożeniu wniosku o użytkowanie mienia ruchomego organ wnioskujący rozszerza rekwizycję na własność tego mienia, odszkodowanie za ostateczne wywłaszczenie ocenia się na dzień powiadomienia o przekształceniu rekwizycji, biorąc pod uwagę stan mienia w dniu czasowego objęcia go w posiadanie. Odszkodowanie inne niż za ostateczne wywłaszczenie może być zmienione w celu uwzględnienia zgodnych z prawem zmian cen w okresie rekwizycji.

W razie świadczeń osobistych rekompensata odnosi się do wynagrodzenia, które jest określane przez organ wnioskujący na podstawie wynagrodzenia początkowego na zajmowanym stanowisku. Wynagrodzenie może zostać zwiększone wyłącznie o premie za wyniki, których wysokość jest każdorazowo ustalana przez organ wnioskujący. W świetle postanowień art. L. 2234-7 KO osoby, których świadczenia są wymagane, korzystają z ochrony przepisów prawa pracy, z wyjątkiem odstępstw wynikających z okoliczności.

Jeśli idzie zaś o odszkodowania za szkody, to w świetle prawa francuskiego państwo jest odpowiedzialne za szkody wyrządzone w użytkowanych dobrach zarekwirowanych, stwierdzone po zakończeniu rekwizycji, chyba że udowodni, że szkody te wynikają z działania świadczeniodawcy lub właściciela, z wadliwo-

ści dóbr, z działania siły wyższej, w tym działań wojennych. Jednakże w przypadku mienia ruchomego, jeżeli szkoda spowodowana działaniami wojennymi podczas rekwizycji zostanie uznana za spowodowaną zwiększeniem ryzyka bezpośrednio związanego z rekwizycją, zwolnienie państwa od odpowiedzialności nie ma zastosowania.

W przypadku świadczeń rekwizycyjnych co do zasady państwo jest odpowiedzialne za pogorszenie stanu, utratę lub uszkodzenie osób, jeżeli świadczący usługę wykaże, że są one konsekwencją albo nienormalnego zwiększenia ryzyka, które mogło być spowodowane przez rekwizycję, albo winy korzystającego z usługi. Z kolei zgodnie z art. L. 2234-17, gdy szkoda została spowodowana przez osobę trzecią, państwo wstępuje w prawa świadczeniodawcy wobec odpowiedzialnej osoby trzeciej w celu zwrotu wypłaconego odszkodowania lub wydatków poniesionych na ich naprawę.

W razie gdy państwo nie naprawia samodzielnie szkody, za którą jest odpowiedzialne i o ile szkoda nie jest objęta ubezpieczeniem, odszkodowanie ustala się na podstawie kwoty kosztów, które zostałyby poniesione w celu przywrócenia mienia do stanu pierwotnego, pomniejszonej, w razie potrzeby, o współczynnik uwzględniający stan zniszczenia mienia.

Jeśli idzie o procedurę ustalania odszkodowania, to każdy minister lub sekretarz stanu wyznacza organy uprawnione do rozstrzygnięcia o rekwizycji, których beneficjentem jest jego departament oraz, w razie potrzeby, do reprezentowania go w sądzie w tym celu. Informacja o wyznaczeniu jest przekazywana prefektom, którzy przekazują ją burmistrzom.

W każdym departamencie istnieje komisja ds. oceny rekwizycji składająca się w równej liczbie z przedstawicieli administracji publicznej oraz przedstawicieli grup gospodarczych, zawodowych, przemysłowych, handlowych lub rolniczych. Ponadto dla niektórych kategorii nieruchomości mogą być tworzone specjalne komisje oceniające (Henry 1919b: 193-194) z inicjatywy właściwego ministra i na warunkach określonych w dekrete Rady Państwa, co uregulowane zostało w art. L. 2234-20 KO.

Organ prowadzący likwidację przejętego bezpośrednio lub za pośrednictwem burmistrza wniosku o odszkodowanie przesyła świadczeniodawcy propozycje rozliczenia, wyznaczając termin na udzielenie odpowiedzi, a w przypadku jej przyjęcia upoważnia do wypłaty odszkodowania. W przypadku braku odpowiedzi we wskazanym terminie lub w przypadku powstania sporu sprawa jest co do zasady obowiązkowo przedstawiana przez administrację komisji ds. oceny wniosków, która wydaje uzasadnioną opinię.

Po podjęciu ostatecznej decyzji w sprawie kwoty odszkodowania administracja powiadamia o niej świadczeniodawcę listem poleconym za potwierdzeniem odbioru. Powiadomienie to wskazuje termin, nie krótszy niż piętnaście

dni i nie dłuższy niż trzy miesiące, w którym świadczeniodawca może wyrazić zgodę lub odmówić. W przypadku braku odpowiedzi w wyznaczonym terminie w myśl postanowień art. L. 2234-21 KO odszkodowanie uznaje się za przyznane i nakazuje się jego wypłatę. W przypadku odmowy w wyznaczonym terminie świadczeniodawca lub jego beneficjenci mogą w terminie sześciu miesięcy wnieść powództwo do sądu cywilnego, który orzeka w granicach swojej zwykłej właściwości.

W drodze odstępstwa od przepisów dotyczących tajemnicy zawodowej administracja publiczna i jej przedstawiciele są zobowiązani do przekazywania władzom odpowiedzialnym za rozliczanie rekwizycji, jak również komisjom oceniającym, wszelkich informacji przydatnych do określenia wysokości dodatków rekwizycyjnych. Organy te i ich przedstawiciele, jak również członkowie komisji oceniających, podlegają w świetle art. L. 2234-24 KO obowiązki zachowania tajemnicy zawodowej w odniesieniu do wszystkich informacji, z którymi się zapoznają.

Uzupełnić należy, że poszczególne dekrety Rady Państwa określają przede wszystkim: 1) warunki rozstrzygnięcia przetargów na użytkowanie nieruchomości należących do władz lokalnych lub instytucji publicznej; 2) stopę przyznanego odsetka; 3) metody oceny wymaganych świadczeń i wypłaty odszkodowań; oraz 4) warunki, w których ogólna akcja koordynacyjna w sprawie rozstrzygnięcia rekwizycji jest wykonywana w imieniu premiera przez Ministra Obrony wspieranego przez międzyministerialny komitet doradczy.

Poza tym szereg dekretów wykonawczych określa: 1) metody płatności i odzyskiwania rekompensaty z tytułu zysków kapitałowych, jak również metody zwrotu głównych kosztów utrzymania oraz procedury związane z ewentualnym nabyciem budynków przez państwo; 2) prawa i obowiązki cesjonariuszy wymaganych budynków w stosunku do Państwa; 3) warunki odszkodowania w naturze lub w pieniądzu za utratę wartości oraz odszkodowanie za wzrost wartości w przypadku prac wykonanych na statku zarekwirowanym; 4) sposób obliczania i wypłaty odszkodowania za utratę wartości oraz odszkodowania za utratę wartości w przypadku prac wykonywanych na zarekwirowanym statku powietrznym; 5) wskazują ograniczenia rekompensaty za wartość dodaną, której można żądać od dostawcy statku lub statku powietrznego.

5. Odpowiedzialność karna

Postanowienia w zakresie rekwizycji wojskowych przewidziane przez KO zawierają również te odnoszące się do sankcji karnych w razie ich naruszenia, przy czym ich zakres jest szeroki, bowiem obejmują one zarówno czyny przestępne popełnione wskutek np. odmowy wykonania rozkazu rekwizycyjnego

przez osoby, na które został nałożony obowiązek świadczenia osobistego lub rzeczowego, jak i czyny dotyczące nadużyć rekwizycyjnych ze strony przedstawicieli władzy państwowej.

W czasie pokoju niestosowanie się do środków nakazanych prawnie przez władze publiczne w zakresie świadczeń osobowych i rzeczowych na rzecz wojska podlega karze roku pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 4500 euro. Z kolei podanie fałszywych informacji lub deklaracji (*faux renseignements ou de fausses déclarations*), ukrywanie lub próba ukrycia za pomocą oszukańczych manewrów mienia podlegającego spisowi podlega karze jednego roku pozbawienia wolności i grzywnie w wysokości 9000 euro. Zgodnie z art. L. 2236-2 przestępstwa przewidziane w poprzednich paragrafach podlegają karze pięciu lat pozbawienia wolności i grzywnie 15 000 euro, jeśli zostały popełnione w okresie mobilizacji ogólnej.

Niestosowanie się do wezwania organu wojskowego, a więc nieprzekazanie siłom zbrojnym środków transportowych uznanych za odpowiednie, podlega karze grzywny w wysokości 9000 euro. W razie niedopełnienia obowiązku związanego z przekazaniem zajęcie i rekwizycja mogą być dokonane niezwłocznie na wniosek przewodniczącego wspólnej komisji lub organu wojskowego (*diligence du président de la commission mixte ou de l'autorité militaire*). Poza tym jednak zgodnie z art. L. 2236-4 najbardziej dotkliwa sankcja karna odnosi się do sytuacji, w której w czasie wojny nastąpiła odmowa wykonania rozkazu rekwizycyjnego władz wojskowych (*refuser de donner suite à l'ordre de réquisition de l'autorité militaire*). Przystępstwo to podlega karze pięciu lat pozbawienia wolności.

W odniesieniu do świadczeń osobistych w czasie wojny w świetle dyspozycji art. L. 2236-5 KO odmowa lub porzucenie bez uzasadnionej przyczyny powierzonej służby lub pracy podlega karze pięciu lat pozbawienia wolności. Te same kary stosuje się w stosunku do personelu kopalń i zarekwirowanych zakładów przemysłowych oraz ich filii (*personnel des mines et des établissements industriels réquisitionnés et de leurs dépendances*).

Wreszcie dokonanie przez urzędnika lub przedstawiciela władzy publicznej (*fonctionnaire ou agent de l'autorité publique*) nielegalnych rekwizycji podlega karom przewidzianym w: 1) art. 432-10 kodeksu karnego (*code pénal*) z 1994 roku, jeżeli sprawcą jest osoba cywilna (*civil*); 2) art. L. 323-22 kodeksu sądownictwa wojskowego (*code de justice militaire*) z 2007 roku, jeśli sprawca jest żołnierzem (*militaire*). W tym drugim przypadku nadużycie przez żołnierza uprawnień przyznanych mu w związku z rekwizycjami wojskowymi lub odmowa pokwitowania dostarczonych ilości podlega karze dwóch lat pozbawienia wolności. Natomiast fakt, że żołnierz wykonuje rekwizycję, nie mając do tego prawa, podlega karze pięciu lat więzienia, jeśli rekwizycja jest wykonywana bez

użycia przemocy. Z kolei jeśli rekwizycja jest dokonywana przy użyciu przemocy (*violence*), podlega karze dziesięciu lat więzienia. Winny żołnierz może ponadto zostać skazany na zwolnienie ze służby lub utratę stopnia (*perte du grade*).

Poza tym prawo francuskie stanowi, że wykorzystanie lub ujawnienie informacji uzyskanych w trakcie przeprowadzania spisu (osób, pojazdów, budynków itp.) podlega karze roku pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 9000 euro. Usiłowanie dokonania takiego czynu podlega takim samym sankcjom. Przepięstwo to zgodnie z art. L. 2236-7 KO jest zagrożone karą czterech lat pozbawienia wolności, jeżeli zostało popełnione przez urzędników lub przedstawicieli władz.

6. Zakończenie

System francuskich świadczeń osobistych i rzeczowych na rzecz wojska realizowanych w drodze rekwizycji wojskowych w razie powszechnej lub ogólnej mobilizacji uznać należy za przejrzysty i kompletny. Postanowienia odnoszące się do tej materii, które zawarte zostały w Kodeksie Obrony, stanowią uporządkowany zbiór zasad postępowania władz państwowych, które w części rozwiązań prawnych zawierają podobne dyspozycje, co regulacje polskie. Zauważyć jednak należy, że w przeciwieństwie do polskiego ustawodawstwa w zakresie świadczeń na rzecz wojska, francuskie regulacje prawne mają charakter spójnego, jednolitego systemu, który poprzez zwięzłą i syntetyczną redakcję zapewnia adresatom tych norm poczucie bezpieczeństwa prawnego będącego zasadniczą wartością gwarantowaną przez model demokratycznego państwa prawa.

Wśród postulatów *de lege ferenda*, jakie wyłaniają się na kanwie dokonanej analizy, należałoby wskazać przede wszystkim na potrzebę skodyfikowania w prawie polskim przepisów odnoszących się do świadczeń osobistych i rzeczowych, czemu częściowo wyszedł naprzeciw rządowy projekt ustawy o obronie Ojczyzny z 12 listopada 2021 r. (art. 618-664), który wpłynął do Sejmu 28 lutego 2022 r.⁵, zaś został uchwalony 11 marca 2022 r. i wszedł w życie 23 kwietnia 2022 r. Uznać jednak należy, że mimo słusznej decyzji w zakresie podjęcia prac nad skodyfikowaniem znajdujących się dotychczas w różnych aktach normatywnych przepisów z zakresu prawa wojskowego zarówno procedowany projekt, jak i uchwalona ustawa wciąż nie dokonują w oczekiwanym zakresie unifikacji zasad postępowania rekwizycyjnego, przez co nie ustanawiają spójnego systemu pozyskiwania środków osobowych i materialnych na rzecz wojska (Lewandowski 2019: 102; Filip 2020: 265-267; Konarski 2020c: 59). Wobec powyższego należałoby jak najszybciej w najbliższej przyszłości doprowadzić

⁵ Druk nr 2052.

do zadowalającego uregulowania tej kwestii, korzystając przy tym chociażby np. ze wzorów francuskich odnoszących się do systemu świadczeń osobistych i rzeczowych na rzecz wojska. Pamiętać jednak należy, że celem ewentualnych zmian w polskim systemie prawnym nie powinno być bezpośrednio kopiowanie rozwiązań stosowanych we Francji (lub innych krajach europejskich o podobnym potencjale), lecz przemyślane dostosowanie rodzimych rozwiązań normatywnych do zmieniających się warunków cywilizacyjnych. W prawie francuskim przyjęty model rozwiązań systemowych został skorelowany z dynamicznie zmieniającą się rzeczywistością społeczną, polityczną i gospodarczą, natomiast w Polsce, mimo przeprowadzenia ostatnich reform, systemu tego wciąż nie można określić mianem nowoczesnego, kompletnego i precyzyjnego.

Wykaz skrótów

KO – Le code de la defense (Kodeks Obrony) z dnia 20 grudnia 2004 r.

Bibliografia

Akty prawne

- Konwencja z dnia 18 października 1907 r. dotycząca praw i zwyczajów wojny lądowej. Dz.U. 1927, Nr 21, poz. 161.
- Konwencja z dnia 12 sierpnia 1949 r. o ochronie osób cywilnych podczas wojny. Dz.U. 1956, Nr 38, poz. 171.
- Konstytucja Republiki Federalnej Niemiec z dnia 23 maja 1949 r. W: *Konstytucje państw Unii Europejskiej*. 2011. Stańkiewicz, Wiesława (red.), 519–564. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Konstytucja Republiki Francuskiej z dnia 4 października 1958 r. *Journal officiel de la République française* Nr 0238 z dnia 5 października 1958 r.
- Konstytucja Republiki Greckiej z dnia 9 czerwca 1975 r. *Konstytucja Grecji*. 2005. Tłum. Ulicka Grażyna i Włodzimierz. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Konstytucji Federacji Rosyjskiej z dnia 12 grudnia 1993 r. *Konstytucja Federacji Rosyjskiej*. 2000. Tłum. Kubik, Andrzej. Wstęp Bosiacki, Adam. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. Dz.U. Nr 78, poz. 483.
- Ordonans Nr 2004-1374 z dnia 20 grudnia 2004 r. – Kodeks Obrony (Le code de la defense). *Journal officiel de la République française „Lois et décrets”* Nr 0296 z dnia 21 grudnia 2004 r.
- Ustawa z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej. Dz.U. 2021, poz. 372, 1728, tekst jednolity.
- Ustawa z dnia 22 czerwca 1995 r. o zakwaterowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej. Dz.U. 2020, poz. 2017, tekst jednolity.

- Ustawa z dnia 29 sierpnia 2002 r. o stanie wojennym oraz kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i zasadach jego podległości konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej Polskiej. Dz.U. 2017, poz. 1932, tekst jednolity.
- Ustawa z dnia 11 marca 2022 r. o obronie Ojczyzny. Dz.U. 2022, poz. 655.
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 5 lutego 2002 r. w sprawie świadczeń na rzecz obrony. Dz.U. Nr 18, poz. 1102.
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 11 sierpnia 2004 r. w sprawie świadczeń osobistych i rzeczowych na rzecz obrony w razie ogłoszenia mobilizacji i w czasie wojny. Dz.U. Nr 203, poz. 2081.

Opracowania

- Barankiewicz, Tomasz. 2010. Współczesne metody badania prawa. *Studia Prawnicze KUL* 1(41): 115–131.
- Beauvironnet, Eloïse. 2016–2019a. La réquisition en droit administratif français (I/II). *Journal du Droit Administratif (JDA)* 250, online.
- Beauvironnet, Eloïse. 2016–2019b. La réquisition en droit administratif français (II/II). *Journal du Droit Administratif (JDA)* 251, online.
- Bierzanek, Remigiusz. 1982. *Wojna a prawo międzynarodowe*. Warszawa: Wydawnictwo Ministerstwa Obrony Narodowej.
- Clausewitz, Carl. 1928. *O wojnie*. Tłum. Cichowicz, Augustyn; Koc, Leon Waław. Warszawa: Wojskowy Instytut Naukowo-Wojskowy.
- Cobbett, Pitt. 1937. *Cases on international law*. Volume II: *War and neutrality*. London: Sweet and Maxwell Limited.
- Cybichowski, Zygmunt. 1914. *Międzynarodowe prawo wojenne*. Lwów: Gubrynowicz i Syn.
- Filip, Zbigniew. 2020. Świadczenia obywateli na rzecz obrony – prawda i mity. *Studia de Securitate* 1(10): 257–268. DOI: 10.24917/26578549.10.1.15.
- Filipiak, Zbigniew. 2011. Kwaterunek wojskowy w domach prywatnych Księstwa Warszawskiego. Regulacje prawne. *Studia Iuridica Toruniensia* 9: 215–229.
- Gregorczyk, Joanna. 2011. Uregulowania prawne i administracyjne dotyczące ochrony informacji klasyfikowanych we Francji – wybrane aspekty. *Roczniki Administracji i Prawa* 11: 51–68.
- Grzegorzczak, Paweł. 2010. *Immunitet państwa w postępowaniu cywilnym*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Henry, André. 1919a. Les réquisitions militaires immobilières (1re étude). *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger* 1(36): 5–40.
- Henry, André. 1919b. Les réquisitions militaires immobilières (2e étude). *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger* 1(36): 191–238.
- Izdebski, Jan. 2021. Metody badań nauk społecznych w nauce prawa administracyjnego. *Roczniki Nauk Prawnych* 4(31): 25–38. DOI: 10.18290/rnp21314-2.
- Konarski, Marcin. 2016. Prawo i rewolucja: Rozważania jurysty o rewolucji francuskiej 1789–1794. *Studia Prawnicze i Administracyjne* 1(15): 31–47.
- Konarski, Marcin. 2020a. Ciężary publiczne w sytuacjach konstytucyjnych stanów nadzwyczajnych. *Przegląd Prawa Administracyjnego* 3: 83–109. DOI: 10.17951/ppa.2020.3.83-109.

- Konarski, Marcin. 2020b. Osobiste i rzeczowe ciężary wojenne w świetle prawodawstwa okresu insurekcji kościuszkowskiej 1794 roku. *Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis* 2(9): 8–37. DOI: 10.34616/fiuw.2020.2.8.37.
- Konarski, Marcin. 2020c. Public burdens for the defence of the Polish state on the example of the obligation to hand over means of transport in the event mobilisation is announced or during a war. *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 3(295): 43–60.
- Konarski, Marcin. 2020d. The obligation to hand over draught animals and carts upon the announcement of mobilisation or the outbreak of war in the light of the act of 21 February 1922 and the implementing acts. *Teka Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie* 2(13): 335–351. DOI: 10.32084/tekapr.2020.13.2-25.
- Konarski, Marcin. 2021a. The quartering of troops in interwar Poland in the light of administrative law. *Biuletyn Stowarzyszenia Absolwentów i Przyjaciół Wydziału Prawa Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego* 1(18): 125–148. DOI: 10.32084/sawp.2021.16.1-8.
- Konarski, Marcin. 2021b. Obowiązek dostarczania mieszkań na potrzeby osób wojskowych i cywilnych w latach 1919–1925 w świetle ustawodawstwa i orzecznictwa Najwyższego Trybunału Administracyjnego. *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa* 2(14): 153–187. DOI: 10.4467/20844131KS.21.012.13520.
- Konarski, Marcin. 2021c. The peacetime duty to provide means of transport for the army on the example of inland waterway vessels and aircraft. The case of interwar Poland. *Studia Iuridica Toruniensia* 29: 91–114. DOI: 10.12775.SIT.2021.024.
- Lewandowski, Grzegorz. 2019. Świadczenia na rzecz obrony w procesie pozamilitarnych przygotowań obronnych państwa. Stan aktualny oraz kierunki rozwoju. *Wiedza Obronna* 4(269): 77–104. DOI: 10.34752/rg8x-yn20.
- Łyskowski, Ignacy. 1929. O metodzie w badaniach prawno-historycznych. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1(9): 1–9.
- Mathiez, Albert. 1920. Les réquisitions de grains sous la terreur. *Revue d'histoire économique et sociale* 2(8): 231–254.
- Okolski, Antoni. 1884. *Wykład prawa administracyjnego obowiązującego w Królestwie Polskim*. Tom III. Warszawa: S. Olgerbrand i Synowie.
- Peszkowski, Sławomir. 2020. Aksjonormatywny paradygmat nauki prawa administracyjnego i jego metodologiczne konsekwencje dla nauki administracji i nauki polityki administracyjnej. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego. Seria Prawnicza. Prawo* 28: 166–193. DOI: 10.15584/znurprawo.2020.28.13.
- Pietruska-Madej, Elżbieta. 1995. Pragmatyczne i apragmatyczne aspekty odkrycia naukowego. *Filozofia Nauki* 4(12): 65–76.
- Popper, Karl. 1977. *Logika odkrycia naukowego*. Tłum. Niklas, Urszula. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Renard, Georges. 1919. Les limites de la compétence judiciaire en matière de réquisitions militaires. *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger* 1(36): 522–565.
- Rundstein, Szymon. 1916. *Szkody wojenne. Teoria nadzwyczajnych indemnizacji w prawie publicznym*. Warszawa: F. Hoesick.
- Shnyakina, Tatyana. 2014. Private and public in requisitions. *Bulletin of the Moscow State Regional University. Series: Jurisprudence* 1: 31–40.

- Soubelet, Pierre. 1992. Sur le droit de réquisition: Prefets et réquisitions civiles. *Le Revue Administrative* 267: 215–217.
- Szymczak, Iwona. 2014. Metoda nauki o porównywaniu systemów prawnych. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 3(76): 37–49.
- Viel, Mariè-Thérèse. 1995. Podział kompetencji w sprawach wojskowych między parlament, prezydenta Republiki i premiera. *Przegląd Sejmowy* 1(9): 57–90.
- Weclawiak, Rémy. 2003. Sécurité civile et réquisition. *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger* 4(119): 1023–1072.
- Wise, Maurice. 1944. Requisition during the French Revolution (1789–1815). *Louisiana Law Review* 1(6): 47–62.
- Zakrzewski, Tadeusz. 1938. *Organizowanie siły zbrojnej w państwie*. Warszawa: Wojskowy Instytut Naukowo-Oświatowy.
- Ziemiński, Zygmunt. 1974. *Metodologiczne zagadnienia prawoznawstwa*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

Volume 20, Issue 1
June 2022

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2022-01-16
accepted 2022-04-14



Forensic aspects of crime scene investigation using CBRN agents

Kryminalistyczne aspekty dochodzenia w miejscu zbrodni z wykorzystaniem środków CBRN

MARCIN KONIECZNY

Wyższa Szkoła Policji w Szczytnie

ORCID: 0000-0002-1798-1509, markon7788@gmail.com

Citation: Konieczny, Marcin. 2022. Forensic Aspects of Crime Scene Investigation Using CBRN Agents, *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 20(1): 99–115. DOI: 10.25167/osap.4629.

Abstrakt: Liczba przestępstw i aktów terroru popełnianych z użyciem środków CBRN systematycznie wzrasta. Czynności dochodzeniowe, w tym dochodzenie na miejscu zdarzenia, są coraz większym wyzwaniem i wiele krajów musi zoptymalizować swoje procedury. Ważną rolą organów ścigania jest skuteczne identyfikowanie stosowanych środków CBRN i gromadzenie dowodów. Procedura dochodzenia na miejscu zdarzenia musi zatem spełniać wysokie standardy w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa organów śledczych oraz gromadzenia i przechowywania dowodów. Taki proces wymaga udziału nie tylko kompetentnych i wykwalifikowanych ekspertów, ale także wykorzystania najnowszych rozwiązań technicznych. W Polsce prowadzenie czynności kryminalistycznych na miejscu zdarzenia, w którym zastosowano środki CBRN, opiera się z jednej strony na klasycznych metodach i technikach kryminalistyki a z drugiej na wykorzystaniu do tych prac specjalnych urządzeń. Są niewątpliwie cennym rozwiązaniem i pozwalają na szybsze i dokładniejsze wykonanie określonych testów. Artykuł zawiera przegląd literatury dotyczącej najważniejszych zagadnień związanych z prowadzeniem działań na miejscu zdarzenia z udziałem czynników chemicznych, radiologicznych i biologicznych, znanych jako CBRN. Opisano podstawowe atrybuty miejsca zdarzenia CBRN, przedstawiono procedury dochodzeniowe oraz omówiono niektóre metody postępowania umożliwiające wykorzystanie nowych technologii. Artykuł został podzielony na cztery części – pierwsza omawia najważniejsze aspekty badania miejsca zdarzenia, druga – czynności prowadzone w miejscu użycia środków CBRN, trzecia – nowoczesne metody badania miejsc zdarzenia z wykorzystaniem tych agentów, a czwarta zawiera podsumowanie.

Słowa kluczowe: CBRN, chemiczne, biologiczne, radiologiczne, jądrowe, kryminalistyka

Abstract: The number of crimes and acts of terror committed with the use of chemical, biological, radiological and nuclear (CBRN) agents is steadily increasing. Investigative activities, including examination of the scene of an incident, is an increasingly serious challenge and many countries need to optimize their procedures. An important role for law enforcement agencies is to effectively identify the CBRN measures used and collect evidence. The on-scene investigation procedure must therefore meet high standards in terms of ensuring safety of the investigative teams, as well as gathering and preservation of evidence. Such a process requires participation of not only competent and qualified experts, but also using the latest technical solutions. In Poland, conducting forensic activities at the scene of an incident, where CBRN means were used, is based – on the one hand – on classical methods and techniques of forensics, and – on the other hand – on applying special devices designed for these works. Undoubtedly, they provide a valuable solution and enable faster and more accurate performance of specific tests. The present work offers a literature review, discussing the most important issues related to conducting activities at the site of an incident, involving chemical, radiological and biological agents. The author describes the basic attributes of a CBRN incident site, outlines investigative procedures, and discusses some of the methods of conduct that enable the use of new technologies. The work is divided into four parts: the first discusses the most important aspects of investigating the scene of an incident, the second – activities carried out at the site of use of CBRN agents, the third – modern methods of investigating the sites of incidents using these agents, and the fourth provides a summary.

Keywords: CBRN, chemical, biological, radiological, nuclear, forensic examination

1. Introduction

Deliberate use of chemical and biological material to harm humans, animals or natural environment is a serious challenge to investigative bodies and other entities involved in the protection of human life, health and safety. In recent decades, mankind has experienced devastating effects of accidental or deliberate releases of toxic chemicals, whether biological or radioactive. This type of humanitarian catastrophe was caused not only by accidental industrial failures or human negligence, but also by premeditated criminal and terrorist activities. In consequence, the release of toxic agents took the lives of millions of people and has manifested itself for many years in incurable diseases resulting from exposure to the toxic effects of CBRN agents. At the same time, they paralyzed the services responsible for health protection, limited trade, transport and tourism, and the entire world economy.

Chemicals and biologicals have often been used methodically and purposefully to harm people and the environment. Perpetrators of this type of crime were natural persons, organized groups and even state entities. The perpetrators of such attacks had various motives, most often political, religious, cultural, social or economic. The knowledge and technology of the perpetrator determine the success of this type of crime. Unfortunately, the dynamic development of

technology, in addition to the measurable amenities it offers, has significantly contributed to building a threat to the local and global population.

As there is still no uniform or binding definition of CBRN crimes and incidents in the context of criminal law, instead of citing them, it is worth giving examples and recalling some of the most spectacular crimes committed with the use of chemical, biological, radiological and nuclear agents. There have been recorded many such events. According to a 2001 study conducted by the National Defense University, there were 180 cases in the 20th century related to the illegal use of biological weapons alone. Of this number, only 21 cases concerned actual use, while the vast majority of incidents consisted only in threats (Carus 2001: 8).

Analyzing only the past 50 years, the first example of an incident involving CBRN was an attempt to deliberately poison the inhabitants of the town of The Dalles in the United States in 1984 by members of the Neo-Sannyas sect. The attack was aimed at taking over local power in consequence of changing the result of the local elections. The perpetrators hoped that the poisoned inhabitants of the region would not take part in the elections. They chose eating places as the target of the attack. As a result, 751 people were poisoned. The disease resulting from the attack was treated as collective food poisoning due to natural causes, and it was only a year later that it was proven to be related to the activities of the Neo-Sannyas sect (Kastner 2011: 69).

Also in the 1980s, an attack was made in Damascus with the use of an agent paralyzing the nervous system. A similar attack took place in Syria in the city of Khan Shaykhun. According to the Syrian Human Rights Observatory, 72 people, including 20 children, were killed in the chemical attack on Khan Shaykhun. About 200 people were injured. The Syrian government denied that its forces had carried out the attack. The West, however, accused Damascus, while Russians allied with the Syrian government claimed that the death toll was the result of an attack by the Syrian air force on the rebels' weapons depot which produced chemical weapons.

In March 1988, the whole world was appalled by the deliberate use of mustard gas on civilians in northern Iraq. It was a chemical attack on the Kurdish city of Halabja carried out by Iraqi troops. The Iraqi air force, by order of Saddam Hussein, dropped chemical bombs on the city. A mixture of sarin, tabun and mustard gas then killed 5,000 people and crippled several thousand defenseless civilians for life.

Another spectacular event was the use of sarin in the Tokyo metro by the Japanese religious sect Aum Shinrikyo in 1995. As a result of the attack, 12 people died and almost 6,000 sustained serious injuries that the victims of the attack felt for many years. In 2013-2017, mankind again experienced deliberate

abuse of chemical weapons in Iraq and Syria, and in 2017 there was recorded a deliberate use of toxic chemicals at Kuala Lumpur Airport.

Another example of a CBRN attack was the intentional distribution of correspondence in the United States containing the anthrax bacterium in 2001. The well-known attempts by the Russian government on the lives of political opponents echoed loudly, as well. It was the use of polonium-210 in the 2006 attack on Litvinenko's life, the use of Novichok in the 2018 attack on Skripal, or the recent attempt on the life of Alexei Navalny. These events attracted the attention of the whole world particularly because of the deadly effectiveness of hazardous substances.

Still other cases that have attracted public attention include attacks by letters sent to public authorities in Slovakia containing americium-241 (2016). Two years later, there was a mustard attack on the Tbilisi airport (2018) and attacks with dimethylmercury and abrin in the Czech Republic (2018). During the same period, there were also several terrorist attacks, such as the one involving hydrogen sulfide in Australia in 2017. At the same time, toxic use of ricin was reported in several European countries. In 2019, there were terrorist conspiracies in Indonesia, involving the use of abrin.

The recent 2019 COVID-19 pandemic is another example of a rapidly spreading biological agent that threatens the health and lives of huge human populations. All these cases constitute a particular challenge not only for medical services, but also for law enforcement agencies and services responsible for security, especially in the field of collecting evidence and perfect cooperation and coordination of activities at the crime scene (Kolencik 2021: 54).

The cases described above confirm the need to increase awareness and skills related to professional investigation of the scene, effective investigation and prosecution of perpetrators responsible for creating a chemical, biological or radioactive hazard. These incidents prove the necessity of developing and implementing effective cooperation of many authorities and entities responsible for public safety (Holie 2020: 504). An example of such cooperation is a specialized unit established by the World Health Organization, which is called the Biorisks and Health Security Protection Unit, responsible for proper interaction between the health sector and services responsible, as part of its statutory activities, for security in the event of a threat or use of CBRN. Coordination and cooperation between individual actors is essential for the effective investigation and prosecution of crimes caused with use of chemical, biological, radiological and nuclear weapons.

One of the main dangers of a deliberate use of chemical and biological agents is the ease of obtaining materials and equipment required to manufacture, transport, store, and distribute CBRN weapons. Many of these substances and

materials can be dual-use and can easily be purchased from legal industries such as chemical manufacturing plants, breweries, drug factories and fertilizer production plants. They are actors linked to thousands of legal supply chains, also with access to a wide range of dual-use equipment. Dual-use equipment and devices are defined as materials and devices used for lawful purposes which may also be used illegally. This spectrum covers a wide variety of devices and technologies designed for civilian use, but with the possibility of their application for military or terrorist purposes related to the production of weapons of mass destruction (Forge 2009: 112). By way of example, the same biological agents and equipment used in the production of antibiotics and vaccines can be used to develop, produce and transmit biological pathogens. Regarding chemicals, the same chemical used in the production of pesticides can be used for criminal and terrorist purposes as a raw material or a precursor to the production of a potential nerve-paralyzing agent.

The difficulty in restricting access to certain equipment and chemicals is that many of them can be easily obtained from legal sources, including pharmacies, fertilizer stores or chemical wholesalers. It should be emphasized here that, in addition to the dual-use industries, there are also research institutes, universities and research centers that conduct research using high-risk chemical and biological agents. Such research provides not only insight into the characteristics and properties of these materials, but also relatively easy access to them.

Fortunately, identification, investigation and prosecution of incidents of deliberate use of CBRN agents are relatively rare compared to other serious crimes. However, it is important to be aware that the increasing ease of acquiring or producing these hazardous materials pose an increasing threat on a massive scale. On the other hand, the lack of knowledge and experience in the discussed area has in many cases led to the loss of key evidence required to successfully identify and prosecute the perpetrator of the crime. It is therefore worth analyzing the forensic aspects of investigating the scene with the use of CBRN and the latest stack solutions used in the field.

2. Basic aspects of investigating the scene of an incident in legal terms

Investigating the scene of an incident plays a most important role in forensics – this place is a specific closed or open space in which a given event took place. From the point of view of forensics, the event having occurred at this site becomes the subject of criminal proceedings together with all the things deployed in this space (Metodyka oględzin...: 18-19) .

It should be added that there may be various types of threats at the site of a given event. When dealing with terrorist activities or catastrophes, there may even be biological, chemical, detonation and even radioactive contamination, known as CBRN threats (Zespół CLKP: 49). It should be borne in mind that if we are dealing with such conditions, then the investigation of the scene and activities related to securing the traces created on the spot will not be possible until the threats are eliminated. This, in turn, significantly reduces the possibility of using material sources of evidence in ongoing proceedings (Zespół CLKP: 49).

Among the most important activities carried out on the scene of a given incident there is the appropriate protection of the place where it occurred. One of the vital tasks is the assessment of its size as only on the basis of these activities is it possible to determine the personnel needs as well as the strength and resources that will be necessary to conduct the inspection of the scene. In the event that the needs are disproportionate to the resources at the disposal of on-site investigative officers, support from other entities must be mobilized. At the same time, the activities related to securing the place of the event are attended by the head of the command point, the coordinator of the teams conducting the inspection, persons responsible for keeping the point of storing human corpses and remains, and for running the point of storing objects and traces (Metodyka... 2019: 18).

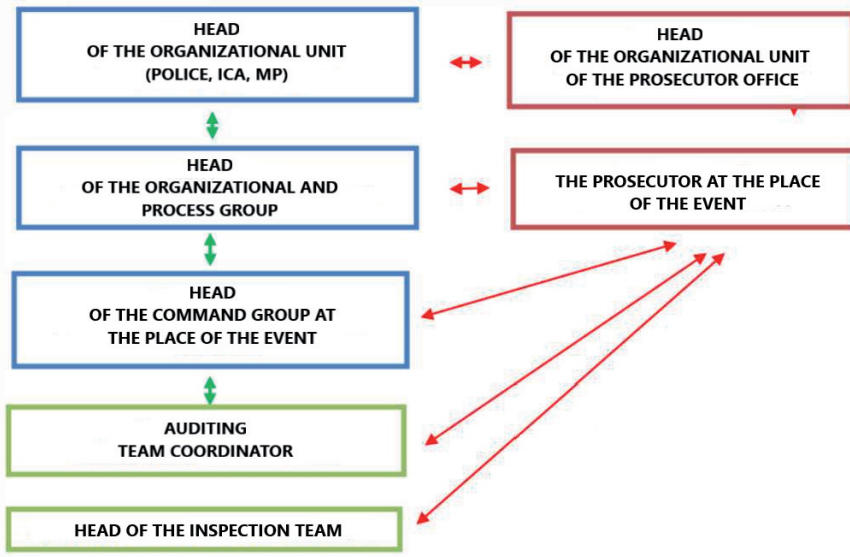


Fig. 1. Exchange of information on the scene
Source: *Metodyka oględzin miejsc przestępstw o charakterze terrorystycznym i katastrof*, Warszawa 2019, p. 15.

During the work on the scene, an important role is played by the efficient flow of information and its exchange between individual officers responsible for carrying out specific tasks (Figure 1). Therefore, it is important to respect the instructions, recommendations and guidelines on how to secure the scene. This translates into efficient performance of activities and determines their quick implementation without the need to repeat activities (Falenta 2020: 47-51).

As part of forensic examinations of the place of a specific event, a whole complex of forensic activities is performed, consisting of:

- a) procedural activities;
- b) securing the scene of the event;
- c) penetrating the surrounding area;
- d) conducting an examination of the proper place, people, things and the corpse;
- e) conducting a trial experiment;
- f) inference;
- g) constructing a version of an event based on traces, collected information and data;
- h) operational activities, which include:
 - observations,
 - confidential sources of information,
 - questioning;
- i) local vision (Falenta 2020: 52).

An on-scene inspection is the performance of forensic and trial activities, which rely on precise, strict, purposeful and planned observation. At the same time, perceptiveness plays a very important role during the inspection, which is closely related to the human sense. On the other hand, the available means and technical methods are used. The actual basis for the inspection is notification of the event pursuant to Art. 304 of the Code of Criminal Procedure. As part of the inspection, tactical and technical-forensic activities are carried out in order to get acquainted with the course of a given event. They are conducted in a planned manner and take into account the characteristics of a given area. It is also important to classify various groups of traces of crime, their carriers, things, their location, properties, condition and individual characteristics (Banakh, Róžański, Koval [red.] 2019: 343-347).

3. Activities of investigating the scene of the incident where CBRN agents were used

It should be noted that the term “CBRN event” includes the unauthorized possession, use or any form of handling of chemical, biological or nuclear

material that presents a safety risk as well as an out-of-control release of these substances and materials (Burczaniuk [red.] 2017: 267). Both when planning and conducting operations, it is imperative that the operational commander or the combined force commander conducts a CBRN threat assessment as well as adjusts the scope of security activities to the level of threat at hand. The use of both resources and opportunities is associated with mobility, flexibility and efficient deployment of forces and resources. The most important thing, however, is proper management of CBRN information (Harmata, Witczak 2018: 267). It consists of collecting, processing, storing and disseminating information, which is done in order to:

- prepare a CBRN threat assessment;
- plan the distribution of elements of the Contamination Detection System;
- alert about contamination;
- report on CBRN incidents;
- make risk prediction, warning and notification;
- prepare contamination assessment;
- secure risk management (Harmata, Witczak 2018: 267).

When conducting on-scene investigations with the use of CBRN agents, the principle is that as many traces of materials and samples as possible should be collected. It is also necessary to select an appropriate method of securing the evidence as well as transfer the collected and secured evidence to specific services responsible for procedural activities at the scene of the event. The CBRN expert and the task force play a central role in these activities.

The most important tasks of the expert are:

- preparation of the CBRN incident site for safe sampling;
- determination of the degree of risk;
- selection of personal protective equipment appropriate to the situation;
- selection of a specific decontamination method as well as decontamination;
- gathering of evidence;
- taking part in identifying the CBRN measures used (Zdrojewski, Krzyżńska, Wlizio-Skowronek 2013: 22).

The task force consists of two sample takers, i.e. experts in forensic securing of evidence, a person documenting the scene as well as an expert in CBRN and explosives (Krzyżńska, Zdrojewski, Skowron 2013: 21). The task force team are obliged to:

- guarantee safety at the scene of the accident;
- disclose, collect, preserve and package the evidence;
- conduct the analysis of evidence;

- conduct classic criminal analyses at the scene;
- prepare detailed documentation;
- draw up a sketch of the place of the event;
- secure fingerprint traces, traces and biological material belonging to perpetrators of the crime (Krzyżańska, Zdrojewski, Skowron 2013: 23).

As part of the forensic examinations of the scene of an incident, where CBRN agents have been used, the following activities are undertaken:

- determining the protection of the area around the scene of the incident within a radius of at least twice as large as the furthest revealed trace of the explosion or from the fragments of the explosive device;
- carrying out a secondary risk assessment, taking into account the possible presence of other explosive devices;
- assessment of the risk related to the possibility of using CBRN materials (chemical, biological, radioactive and nuclear) in the explosive device;
- revealing as well as securing as many objects and traces as possible, which will ensure the most complete reconstruction of a given explosive device, determining its location at the scene of the event and the likely method of causing an explosion;
- if high-powered explosive devices were used at the CBRN scene, then the individual characteristics of the means of transport used for their transfer should be established;
- analysis of which changes were caused by the explosion and which were caused by its perpetrators;
- determination of the area in which the specific event began (Metodyka... 2019: 41-42).

When conducting on-scene forensic examinations using CBRN agents, it is imperative to rely on:

- information from police officers, fire brigade officers, paramedics and soldiers, personnel specializing in engineering, mining and pyrotechnics;
- own findings and observations;
- testimony of witnesses and victims;
- inferences adopted on the basis of the overall picture and the location of traces resulting from the event;
- taking into account the fact that the traces of the incident and the casing of the explosive device and its structural elements may also appear in the ground on which the explosion took place as well as in the surrounding area and on the ground surface covered by the projection radius;
- locating objects and traces related to the event and determining its place on the basis of specific features (Metodyka... 2019: 41-42).

At the scene of a CBRN incident, the main category of evidence is from contact with an explosive device in the blasting zone. It should be added that the traces left in this area are exposed to various side effects of the shock wave. The direct impact of detonation products will destroy objects through high pressure and temperature. In this type of situation, we deal with burns, deformations, large fragmentation and tearing of individual fragments (Młynarczyk 2020: 175-180).

The category that requires securing evidence materials as part of forensic examinations at the scene with the use of CBRN measures are activities undertaken in the zone of impact of the explosion. Items from an area slightly away from the epicenter of the event, which were covered by an influential shock wave spreading with the products of the explosion, should be duly secured. At the same time, their lower density affects proportionally the reduction of the pressure and temperature, which later shows less damage to the elements of the environment. It is worth adding here that they are not burnt or significantly torn and chipped, they have black marks and cracks as traces of solid explosion products (Metodyka... 2019: 43).

The traces that can be collected will also come from those sectors in which the objects revealed during the inspection of the site of the incident have cracked and broken, or – in the case of sheets and plastics – bent and various deformations. It should be added that the epicenter of explosion of some material or an explosive device at the scene with the use of CBRN agents is often a post-explosion funnel defined in forensic technology as the so-called place zero, where usually the highest level of damage occurs and the number of traces is the largest. In order to facilitate the concentration of visual inspection activities, the funnel together with the adjacent area should constitute a separate sector of their conduct. Its size depends on the amount of explosive used. You should also measure the diameter and depth of the funnel and protect the samples from its crown, walls and bottom of the funnel against the layers below the observed bottom from a depth of about 5-10 cm and in the walls of the fun-

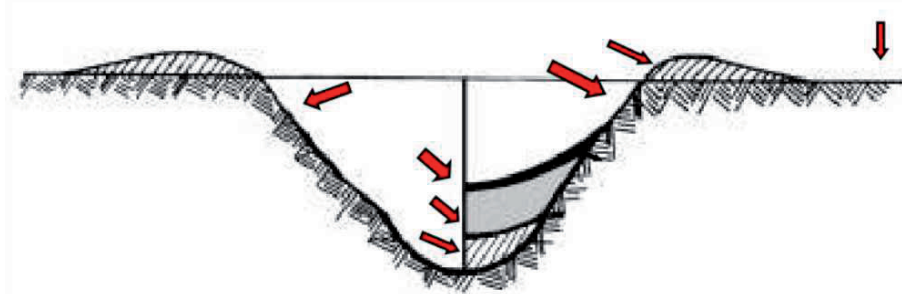


Fig. 2. Sampling from the on-site hopper using CBRN means
Source: *Metodyka oględzin...*, p. 43.

nel with a depth of about 1-20 cm. Usually, 2-3 samples are taken from each place, while the size of one cannot be smaller than 100-200 g. However, these are exemplary values, which in practice depend on the amount of explosives used or the type of soil (Metodyka... 2019: 43).

Control material should be taken during hopper sampling tests. These are ground samples from places beyond the impact range of the explosive charge. In this situation, it is also necessary to prepare a cross-section of the funnel and to search it with a strong magnet. Subsequently, the material is transferred from the funnel, because it is precisely these activities that can largely contribute to finding fragments of the structure, housing, power source or other elements of the explosive device at the scene. Also, screening should be made in all surrounding sectors within the range depending on the amount of explosive used and the type of load (Metodyka... 2019: 44).

4. Modern methods of investigating event sites with the use of CBRN means

Forensic investigation of the scene with the use of CBRN means is not only human work within the framework of dedicated teams. At the same time, in recent years, advanced technologies have been helpful here, thus supporting the work of specialists. Such a demand has been made many times and for many years efforts have been made to create devices supporting human work at the scene of incidents with the use of CBRN means (Harmata, Witczak 2018: 27).

The solutions included building a remotely controlled robot to carry out tasks related to the verification of threats as well as securing the widest possible spectrum of forensic traces in the event of CBRN threats. Such a device was to be adapted to work in various terrain and weather conditions. At the same time, the robot prepared under the projects to be launched was to be capable of conducting visual, chemical, radiological and biological reconnaissance. Its tasks were also to include detection and protection of forensic traces with the appropriate mobile platform used for this, its own control system and drive. It was to enable its autonomous functioning in various terrain conditions. It should be added that its modular structure was to guarantee the use of appropriate tools in the configuration depending on the needs of the investigation of the scene (Harmata, Witczak 2018: 27).

An analog RMI robot was used in forensic investigations at the scene of the incident with the use of CBRN agents. Over twenty years of experience, research, tests and improvement of design solutions have resulted in the creation of the PIAP Patrol device, which replaced it. It is a digital device equipped



Photo 1. Modern Piap Patrol robot used to detect CBRN threats

Source: *Nowy robot mobilny PIAP PATROL*®, <https://piap.pl/2020/05/19/nowy-robot-mobilny-piap-patrol/> (access: 02.12.2021).

ing to the needs of a given action. Such necessary accessories are attached at various points of the device and depending on the type of action to be performed and the intended use of the gripper. If, on the other hand, we are dealing with measurements at close range, then sensors must be mounted on the gripper in the device, and for reconnaissance measurements – on a base or a manipulator.

It should be added that the PIAP Patrol device is controlled by a lightweight panel supporting mobile X-ray systems and CBRN sensors. The panel is integrated with portable X-ray devices. At the same time, tests of remote operation of the robot were carried out in 2020 and showed that with one lightweight console it is possible to control the device and accessories from a distance of up to 800 m from the operator, while in a densely built-up area, the radio range was excellent at a distance of up to 400 m. The robot could take an X-ray image of the object at the same time, without the need to use a separate computer to operate the digital radiography system.

with a manipulator with 6 degrees of freedom with the function of clamping the gripper jaws. This is ensured by its use both for observation, transport and picking up objects weighing up to 22 kg. On the other hand, the manipulator guarantees a 2 m reach as well as a large range of motion in all planes.

The PIAP Patrol robot can be equipped with sensors for radiation, toxic industrial substances, warfare agents and explosives vapors. Thanks to them, it is possible to transmit measurement data to a special operator's console, which is immediately informed when the device is in a poisonous gas cloud or when the tested object is leaky, which in turn causes leakage of a dangerous substance. The use of sensors is optional, which means that they can be mounted in any way and accord-

As the robot has a small size and a suitable type of drive system, it can participate in activities carried out inside buildings and in difficult field conditions – its modular and compact design allows transporting it in a small car. In addition to carrying out various forensic investigations at the scene with the use of CBRN means, the robot is also helpful in supporting activities of the fire brigade, police or army. That is why it was adapted to the installation of various equipment, accessories and weapons used to neutralize improvised explosive devices.

Another example of the use of specialized equipment may be the vehicle purchased for the needs of the Małopolska Police Department. It is a modern pickup truck based on a Toyota Hilux 6×6 car, subjected to deep modifications. The vehicle has an assault ramp with two independently raised gangways. These types of ramps have previously been delivered, among others to JW Grom [Military Unit ‘Thunder’]. At the rear of each gangway, there are raised integrated ballistic shields. During the assault, up to eight operators can be on the ramp. A container for transporting assault equipment is located under the ramp. Two officers can move in the cabin of the vehicle, behind the front seats there is a technical compartment with communication, signaling, etc. devices and a separate space for individual equipment.



Photo 2. Assault platform based on the Toyota Hilum car - front view

Source: <https://malopolska.policja.gov.pl/krk/aktualnosci/14035,Malopolscy-policjanci-rozpoznali-eks-ploatacje-pojazdu-z-platforma-szturmowa-na-b.html> access: 08.07.2022.

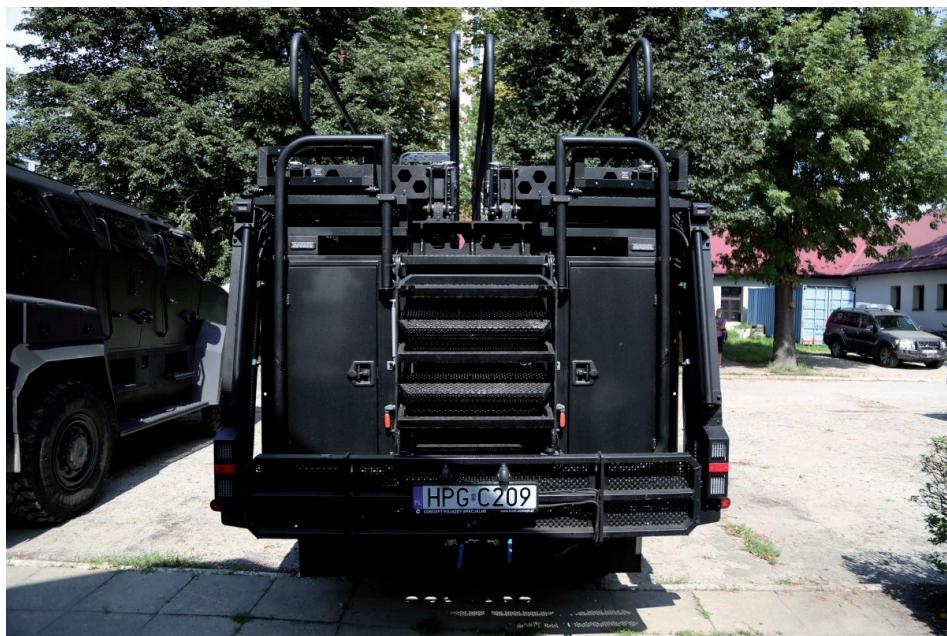


Photo 3. Assault Platform based on Toyota Hilux – rear view

Source: <https://malopolska.policja.gov.pl/krk/aktualnosci/14035,Malopolscy-policjanci-rozpozceli-eksploatacje-pojazdu-z-platforma-szturmowa-na-b.html> access: 08.07.2022.

The assault platform described here is the first vehicle of this type in the Małopolska Police Department. The purpose of the purchase was to increase the ability to effectively and efficiently respond to terrorist attacks and CBRN threats in order to protect critical infrastructure facilities and public spaces. In the event of an act of terror and a chemical, biological or radiological threat, the vehicle is used at the scene of the incident by units specializing in chemical and ecological rescue (Counter-Terrorism Subdivision of the Police in Krakow and the Rescue and Fire Fighting Unit of the State Fire Service in Krakow). The purchase of Toyota Hilux was the result of cooperation between firefighters and Małopolska Police Anti-Terrorists as part of the project “Effective together – SPKP with PSP against terrorist threats”. The vehicle is shown in the Photos 2 and 3.

Modern technology provides completely new possibilities, which is due to the fact that technological solutions are used to investigate the scene with the use of CBRN means. They significantly facilitate the work of both forensic investigators and other services involved in the work. Despite this, classical working methods are still used in the study of CBRN contamination sites. The principles include, for example, removing the causes of the incident prior to any procedural steps taken by CBRN specialists.

5. Summary

In Poland, conducting forensic activities at the scene of an incident, where CBRN means were used, is based – on the one hand – on traditional methods and techniques of forensics, and – on the other hand – on the use of special devices designed for these works. They are undoubtedly a valuable solution and facilitate faster and more accurate performance of specific tests.

In Poland, there is an extensive system of responding to events with the use of CBRN funds, which is supervised by the Ministry of National Defense and is part of the crisis management system. At the same time, individual duties and tasks of entities responsible for responding to CBRN events are regulated by statutory provisions. However, in the context of responding to CBRN events of a terrorist nature, the most important role has been entrusted to the Police. Specific tasks in the area of CBRN belong to the Bureau of Anti-Terrorist Operations, which operates within the General Police Headquarters.

The functioning of the CBRN incident response system requires cooperation of a large number of different entities: the State Fire Service, chemical and ecological rescue units as part of the National Fire and Rescue System, State Sanitary Inspection, Institute of Meteorology and Water Management, the Police Force and other services. Also, once forensic examinations at the scene with the use of CBRN measures are started, the relevant cooperation of various services and entities is often necessary. Therefore, specialists in the field of forensics cooperate with chemists, biologists, pyrotechnicians, laboratory diagnosticians, doctors and radiological protection. When it comes to the situation demanding a broader analysis of the released CBRN factor, then not only national, but also international cooperation is necessary to obtain information from databases. This largely depends on the nature of the threats studied.

For many years, forensics has been grappling with the situation where CBRN incidents sometimes led to cases where prosecutor could not bring charges due to lack of evidence even if the criminal had been apprehended. This was because the site investigation staff could not enter the contaminated site until it had been completely decontaminated, and most decontamination methods and measures had irreversibly damaged the evidence. Therefore, when neutralizing CBRN contamination, it is the substantive knowledge of people with appropriate qualifications, combined with the selection of an appropriate decontamination agent, that would allow the most faithful preservation of the evidence at the scene.

Modern technology offers completely new possibilities, which is due to the fact that technological solutions are used to investigate the scene with the use of CBRN means. This significantly facilitates the work of both forensic investigators and other personnel involved in the work. Despite this, classical

working methods are still used in the study of CBRN contamination sites. The principles include, for example, removing the causes of the incident prior to any procedural steps taken by CBRN specialists.

The military has a great potential in terms of personnel and technical resources to combat CBRN threats, as it has adequate resources at its disposal. These include the Epidemiological Response Center of the Polish Armed Forces, the Military Centers of Preventive Medicine, the Military Institute of Hygiene, Epidemiology and chemical troops. Nevertheless, various security institutions also have specific powers to act on the scene after the use of CBRN measures.

When conducting CBRN on-scene investigations, evidence must be disclosed, secured and collected without endangering human health and life or the environment. Medical assistance is often required for those injured as a result of CBRN contamination.

References

Legal Acts

Act of 6 June 1997 Code of Criminal Procedure (Journal Of Laws 2021, item 534, consolidated text)

Secondary sources

- Bartoszewski, Jerzy, Lech Gardocki, Zbigniew Gostyński, Stanisław Maria Przyjemski, Ryszard A. Stefański, Stanisław Zabłocki. 2003. *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Vol. I. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Burczaniuk, Piotr (red.). 2017. *Uprawnienia służb specjalnych z perspektywy współczesnych zagrożeń bezpieczeństwa narodowego: wybrane zagadnienia*. Warszawa–Emów: Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego. Centralny Ośrodek Szkolenia im. gen. dyw. Stefana Roweckiego „Grota”.
- Carus, W. Seth. 2001. *Bioterrorism and Biocrimes: The Illicit Use of Biological Agents Since 1900*. Washington: National Defense University, Center for Nonproliferation Research.
- Chorbot, Piotr, Mateusz Wieczera. 2017. Analiza dotycząca prawnomiędzynarodowych i krajowych podstaw reagowania na zdarzenia CBRN. In: *Uprawnienia służb specjalnych z perspektywy współczesnych zagrożeń bezpieczeństwa narodowego – wybrane zagadnienia*, (ed.) Piotr Burczaniuk. Warszawa: Wydawnictwo ABW.
- Działalność badawczo-rozwojowa. 2014. *Kwartalnik Policyjny* 4.
- Falenta, Paweł. 2020. Oględziny miejsca zdarzenia jako element procesu karnego – ujęcie kryminalistyczne i karnoprosowe. In: *Bezpieczeństwo krajowe i międzynarodowe w XXI wieku*, (ed.) Mariusz Tomczyk. Łódź: Wydawnictwo Archae Graph.
- Forge, John. 2009. A Note on the Definition of “Dual Use”. *Science and Engineering Ethics* 16(1).

- Harmata, Władysław, Marek Witczak. 2018. Rozpoznanie skażeń w Polsce – aktualny stan wiedzy. *Bezpieczeństwo i Technika Pożarnicza* 52.
- Hoile, R. 2020. Emergency management at the health and security interface. *Revue Scientifique et Technique de l'OIE* 39(2).
- Kastner, Justin. 2011. *Food and Agriculture Security: An historical, multidisciplinary approach*, Santa Barbara: Wydawnictwo ABC-CLIO.
- Kolencik, Marian. 2021. Crime Scene Investigation in a Chemical, Biological, Radiological and Nuclear (CBRN) Context. In: *The Past, the Present and the Future in our Hands! Chemical, Biological, Radiological and Nuclear Risk Mitigation*, Ghent: UNICRI.
- Metodyka oględzin miejsc przestępstw o charakterze terrorystycznym i katastrof*. 2019. Warszawa.
- Młynarczyk, Mariusz. 2020. Funkcjonowanie Krajowego Systemu Wykrywania Skażeń i Alarmowania w aspekcie rozpoznania zagrożeń CBRN. In: *Organizacja systemu rozpoznania zagrożeń państwa*, (ed.) Marek Wrzosek. Warszawa: Wydawnictwo Akademii Sztuki Wojennej.
- Stanecki, Łukasz Jakub. 2019. Oględziny miejsca zdarzenia w teorii i praktyce. In: *Guarantee and protection of fundamental human rights as an integral element of the integration of Ukraine in the EU*, (ed.) Mieczysław Różański, Sergij V. Banah, Oksana Ê. Koval', Jerzy Kasprzak, Piotr Szymaniec, Nataliã M. Lišins'ka. Olsztyn: Wydawnictwo UWM.
- Witkowska, Krystyna. 2013. *Oględziny, aspekty procesowe i kryminalistyczne*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Internet sources

- Challenges of chemical and biological agents. *A Prosecutor's Guide to Chemical and Biological Crimes*. Access: 7.07.2022, <https://unicri.it/sites/default/files/2022-05>.
- Nowy robot mobilny PIAP PATROL®. Access: 1.12.2021, <https://piap.pl/2020/05/19/nowy-robot-mobilny-piap-patrol/>.
- Małopolscy policjanci rozpoczęli eksploatację pojazdu z platformą szturmową Access: 8.07.2022, <https://malopolska.policja.gov.pl/krk/aktualnosci/14035,Malopolscy-policjanci-rozpoczeli-eksploatacje-pojazdu-z-platforma-szturmowa-na-b.html>.
- Woźnicki Łukasz. Co zabiło Syryjczyków? Według zachodnich ekspertów była to broń chemiczna, Access: 11.07.2022, http://wyborcza.pl/1,76842,14476186,Co_zabilo_Syryjczykow_Wedlug_zachodnich_ekspertow.html#ixzz2dIKTDuL
- Zdrojewski, Artur, Aleksandra Krzyżanska, Bożena Wliziło-Skowronek. 2013. Kryminalistyka w terenie skażonym. Access: 1.12.2021, https://archiwum-creszrp.wp.mil.pl/plik/file/Epi-Militaris2013/Materialy_konferencyjne/Krzyzanska_Zdrojewski_Skowronek.pdf.

Volume 20, Issue 1
June 2022

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2022-03-31
accepted 2022-05-18



The current status of the right to the environment in the global international law

Obecny status prawa do środowiska w światowym prawie międzynarodowym

VIVIEN KÖBÖL-BENDA

Pázmány Péter Catholic University, Faculty of Law and Political Sciences,
ORCID: 0000-0002-0625-9326, e-mail: benda.vivien@kji.hu

Citation: Köböl-Benda, Vivien. The current status of the right to the environment in the global international law. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 20(1): 117–143. DOI: 10.25167/osap.4770.

Abstrakt: Artykuł skupia się na prawie do zdrowego środowiska, które stało się wyzwaniem dla prawa międzynarodowego, gdyż dopiero niedawno kwestia ta została jednoznacznie podjęta na poziomie globalnym. Instrumenty związane z prawami człowieka, jakie posiada ONZ, nie zawierają postanowień dotyczących środowiska. Jednakże podejście do „zazielenienia” istniejących praw człowieka można zaobserwować w kilku formach, takich jak ogólne komentarze. Międzynarodowe prawo środowiskowe wprowadziło podobną ideę „podejścia praw człowieka”, które łączy kwestie środowiskowe z prawami człowieka. Zakładamy, że te dwa pojęcia ułatwią wypracowanie deklaracji o prawie do zdrowego środowiska. Zarazem jednak skuteczności tych idei nie można porównywać z formalnie przyjętym prawem do zdrowego środowiska. Stawiamy tezę, że uznanie na poziomie światowym prawa do zdrowego środowiska mogłoby połączyć te dwie gałęzie prawa międzynarodowego oraz złagodzić jego fragmentację. Artykuł ma na celu zbadać i ocenić istniejące prawne zaplecze na poziomach regionalnym i globalnym. Działając w tym kierunku, przeanalizujemy prawnie obowiązujące i miękkie instrumenty prawa oraz właściwe orzecznictwo w obszarach praw człowieka na poziomie prawa międzynarodowego i międzynarodowego prawa środowiskowego. Artykuł podkreśla ostatnie dokonania w sferze prawnej, w ślad za przyjęciem w roku 2021 Rezolucji nr 48/13 przez Komitet Praw Człowieka ONZ. Promuje ona prawo do czystego, zdrowego oraz zrównoważonego środowiska. W artykule proponuje się również sugestie co do opracowania tego prawa na poziomie światowym. Zarazem jednak analiza ujawniła,

że międzynarodowe prawo posiada już kilka instrumentów i pojęć, które można uważać za punkt wyjścia dla ww. deklaracji. Jednakże proponujemy, aby nowe innowacyjne podejścia zostały wyrażone w przyszłości, w powiązaniu z prawem do zdrowego środowiska.

Słowa kluczowe: prawo do zdrowego środowiska, prawa człowieka na poziomie prawa międzynarodowego, międzynarodowe prawo środowiskowe, ONZ, prawa człowieka na poziomie prawa regionalnego

Abstract: This article focuses on the right to a healthy environment, which is a challenging aspect of international law because, until recently, it was not explicitly addressed at the global level. The United Nations' human rights instruments do not contain provisions related to the environment. However, the approach of "greening" the existing human rights can be observed in several forms, such as general comments. International environmental law introduced a similar concept, the "human rights approach", which connects environmental issues with human rights. We assume that these two concepts are likely to facilitate the declaration of the right to a healthy environment; however, their effect cannot be compared to the formally adopted right to a healthy environment. We argue that the global recognition of the right to a healthy environment could connect the two branches of international law and ease its fragmentation. This article aims to examine and evaluate the existing international legal background at the global and regional levels. While doing so, we will analyze the legally binding and soft law instruments and the relevant case law of international human rights law and international environmental law. The article emphasizes the recent legal development, as the United Nations Human Rights Committee adopted Resolution no. 48/13 in 2021, which promotes the right to a clean, healthy and sustainable environment. Here, we also present suggestions for the further global elaboration of the right. On the one hand, the examination reveals that international law already has several instruments and concepts that can be considered a starting point for the declaration. On the other hand, we propose that innovative new approaches should be expressed in the future, related to the right to a healthy environment.

Keywords: right to a healthy environment, international human rights law, international environmental law, United Nations, regional human rights law

1. Introduction

The right to a healthy environment is a fundamental human right; our generation's environmental crisis underlines its importance. Nevertheless, its status is ambiguous – this will be explained below – at the global level of international law, even though the right has the constitutional status in several states and plays a significant role in the European, African, and Inter-American human rights systems. However, in 2021, the United Nations Human Rights Committee (hereinafter: UNHRC) adopted a breakthrough resolution (48/13), addressing the human right to a clean, healthy and sustainable environment. This article exam-

ines this milestone resolution, taking into account the historical background of the right. It is essential to distinguish between the global and regional human rights systems because the evolution of this right shows a different character at these levels. Our examination primarily focuses on the substantive right to a healthy environment but also considers procedural rights.

Furthermore, we are not just analyzing the existing legal background and the resolution, because we aim to set out the potential consequences of the resolution and propose recommendations for a possible form of a further elaboration of the right. We discuss, from the formal standpoint, the question whether a hard law instrument – like a multilateral international agreement – or a legally non-binding, soft law instrument – for example, a United Nations General Assembly resolution – would be a more practical next step after the above-mentioned declaration. However, we do not restrict our proposal to the formally relevant questions, as we present some considerations of the possible content of the right. We argue that the right to the environment is a fundamental human right that should be addressed globally, represented by the United Nations. Nevertheless, we shall emphasize that without bold provisions and an innovative approach, the declaration would remain only a symbolic gesture and not a significant step in the international human rights law evolution. We also assume that the right to a healthy environment could ease the fragmentation between various branches of the international law, especially the international environmental law and human rights law, and integrate these fields.

Legal research often requires a combination of different methods to reach the targeted goal. Khushal Vibhute and Filipos Aynalem distinguish between several forms of legal research. On the one hand, the research can be descriptive or analytical. The former describes the existing legal instruments, while the latter critically analyses this legal background. On the other hand, legal research can be applied or fundamental, aspiring to propose a solution to the related practical problems or processes information of the subject and enriches the existing theoretical background. Finally, these authors distinguish between quantitative and qualitative and conceptual and empirical methods (Vibhute and Aynalem 2009: 15–18). In the context of the above-mentioned research types, our article applies a combination of those. We pay particular attention to examining the existing international legal background and the relevant instruments of the issue. However, this analysis is not only descriptive, as we evaluate these instruments and their effect on the evolution of the right to the environment as a global human right. Moreover, this analysis does not focus only on the current status of the rights, but highlights the possible content of the right, as well; therefore, it can be considered a combination of the applied legal research methods and analytical legal research methods.

2. The international legal background of the right to the environment before 2021 – at the global level

While environmental law has become a determining branch of international law and environmental concerns emerged in international human rights law, the global declaration of the right to a healthy environment had not appeared until 2021. However, this does not mean that Resolution 48/13 of the UNHRC came out of nowhere.

On the one hand, greening the existing human rights is getting more popular at the global level of international human rights law.¹ This approach makes it possible to interpret human rights treaties and other documents – even if there is no explicit mention of the environment – in the light of its links with environmental issues. Moreover, the international environmental law's soft and hard law instruments also acknowledge the connection with various factors related to human rights. Nevertheless, neither of these approaches directly recognized the right to the environment.

On the other hand, the regional level of the international human rights law looks somewhat different as several – even legally binding – instruments contain provisions addressing the right as a universal human right or the evolutive interpretation of other provisions which form it.

The following part of this article will briefly overview the global and regional legal background.

2.1. Greening the existing human rights

International recognition of human rights has become more pressing after World War II. This was the era when the United Nations was founded to promote human rights and fundamental freedoms for all without discrimination. The Charter of the United Nations (1945) did not specify these human rights and freedoms; however, the Universal Declaration of Human Rights (hereinafter UDHR) included certain human rights. The UDHR – which was adopted in 1948 – addressed the inherent dignity of humans as the source of their equal and inalienable fundamental rights and freedoms. The UDHR primarily contains civil and political rights and procedural guarantees; nevertheless, economic, social, and cultural rights can be detected there, too. We can conclude that the Declaration did not have any provisions related to the right to the environment or environmental factors. The missing of an environmental-related provision can result from the time of the adoption, when the realization of the

¹ We will demonstrate this tendency in the next section of this article.

connection between human life, health and environmental factors had only just begun. According to special rapporteur John H. Knox, if the UDHR were adopted today, it would address the right to a healthy environment because of the national constitutional evolution and the regional human rights instruments that declared the right or developed its interpretation in their case law (Knox 2012: 13–14).

The next significant phase of the international human rights law evolution was the adoption of the International Covenant on Civil and Political Rights (hereinafter ICCPR) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (hereinafter ICESCR) in 1966. These two legally binding instruments followed the way laid down by the UDHR and divided its provision into two covenants, one related to liberty rights, mainly requiring the states not to interfere, and the other that involved the parties' proactive approach. Karel Vasak identified in his impactful article the former category as the "first generation of human rights" and the latter as the "second generation of human rights". He also established the "third generation rights" or solidarity rights, including the right to a healthy environment (Vasak 1977: 29).

The two Covenants and the UDHR formed the so-called "International Bill of Human Rights" and contained no provisions on the right to environment. However, this does not mean that environmental considerations are altogether left aside from the later interpretation of these instruments. This approach can be illustrated by two examples: the environmentally relevant interpretation of the right to life and health. Nevertheless, it should be mentioned that other human rights show a connection with the environment.

The broad interpretation of the human right to life leads to addressing the vital link between the right and the environmental conditions, highlighted in General Comment No. 6 of the Human Rights Committee (hereinafter CCPR). According to this general comment, the relevant provision (Article 6) of the ICCPR should be interpreted broadly, and the right requires the states to take positive measures, particularly combating child mortality, malnutrition and epidemics (CCPR General Comment No. 6, p. 5). Sumudu Atapattu points out that this wording opens up the possibility of connecting the right to life with the right to health and considering environmental factors. According to Atapattu, this approach can be observed in the Port Hope case (*E.H.P. v. Canada*), in which the CCPR interpreted the right to life in the light of the environmental issues; however, she finds a more detailed explanation would be welcomed (Atapattu 2019: 21–24).

In the Port Hope case, a local environmentalist group lodged a complaint against the Canadian government to the CCPR about radioactive waste adverse effect on human life, health, and the rights of the future generation. The

CCPR accepted the government's arguments that the rights were not violated; however, it acknowledged that environmental degradation could endanger the right to life.

Our other example of the green interpretation of human rights is the area of environmental health. The right to health is included in several international agreements. Article 12 of the ICESCR addresses the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health and defines the state's duty related to the right, including improving environmental hygiene. The Committee on Economic, Social and Cultural Rights (hereinafter CESCR) explained in its General Comment No. 14 that in the context of the ICESCR, the right to health covers various social and economic factors contributing to people's healthy life, like nutrition, habitat, safe drinking water and access to sanitation, safe working conditions and a healthy environment (CESCR General Comment No. 14, p. 4).

These two examples illustrate the tendency of greening the already addressed human rights, like the right to the highest attainable standard of living, the right to water and sanitation, the rights of vulnerable groups, and the rights of indigenous peoples. Of course, recognizing this connection is not a novelty. The Vienna Declaration and Programme of Action of 1993 (hereinafter: Vienna Declaration 1993) clearly stated that "All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated." Daniel J. Whelan suggests that using the term *interdependent* acknowledges the boundary between human rights but addresses the vital link between them, primarily during the exercise and enjoyment of human rights. According to Whelan, the concept of *interrelated* is also based on the connection of human rights but recognizes the different features of specific rights. (Whelan 2010: 3–6)

We should emphasize that the approach of greening the existing human rights is not the same as the explicit declaration of the right to a healthy environment; it is only suitable to highlight the possible connections. Moreover, greening the existing human rights is anthropocentric, and it is far from being able to recognize the environment's inherent value. A study by Karrie Wolfe notes that this approach can lead to the dependent status of the environment, without respecting its independent value. This can also make the enforcement of the environmental requirements more difficult as the anthropocentric approach does not encourage the "sacrifice" essential to protecting the environment. (Wolfe 2003: 58)

As we have already mentioned, this approach seems to be changed with the UNHRC's resolution no 48/13. Before examining this milestone resolution, it is necessary to consider some other elements of the international environmental law and the regional human rights law.

2.2. The human rights approach in the international environmental law

As the international human rights law considers environmental factors related to the protection and guarantee of rights, the international environmental law also considers human rights. This approach can be primarily observed in the leading soft law declarations that also determine the evolution of international law.

The first significant and influential global environmental summit was held in Stockholm between 5-16 July 1972; 113 countries and several international organizations – like the UNESCO, WHO, ILO, FAO – participated in “The United Nations’ Conference on the Human Environment”, whose outcome-document is the “Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment” (hereinafter: the Stockholm Declaration). The first principle of the Stockholm Declaration addresses man’s “fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being.” It also states the man’s responsibility to protect the environment for the sake of the present and future generations.

Like Jutta Brunnée (2008: 12), several authors consider this formulation an indirect declaration of the right to a healthy environment that developed into a new principle of international customary law. Alexandre Kiss and Dinah Shelton suggest that we can derive environmental law from the common interest of humankind, just like human rights and fundamental freedoms. The first principle strengthens this conception, according to which environmental law has a strong link with several human rights (Kiss and Shelton 1991: 21–31).

David R. Boyd finds the principle the first formal recognition of the rights globally, which influenced several legal areas like environmental law, constitutional law and human rights. He suggests that the international recognition of the right to a healthy environment can have two possible advantageous effects: on the one hand, international courts can consider it; on the other one – influencing the national constitutions, legislation and implementation, as Principle 1 realized this (Boyd, David R. 2018: 17–18, 23–25).

Like Louis B. Sohn, other authors are more critical of the first principle of the Stockholm Declaration. According to him, this formulation is not even an indirect declaration of the right to a healthy environment. However, he points out that during the drafting process, there was strong interest from several states – Columbia, Denmark, Ethiopia, Panama, Singapore and the United Arab Emirates as well as the Holy See – to recognize the right explicitly, but the final version represents the result of a political compromise (Sohn 1973: 452–453).

In the light of the foregoing, we can accept that the first principle of the Stockholm Declaration indirectly represented the right to a healthy environ-

ment, or at least its idea. However, this is not satisfactory, the formulation is vague, and there is no direct mention of the right – despite the intention of several states. Nevertheless, it is an example of recognizing the connection between human rights and the environment. However, it would have been more advantageous to explicitly mention the right to a healthy environment, especially considering the Stockholm Declaration's effect on further legal development.

Twenty years later, the Rio Declaration on Environment and Development (hereinafter: the Rio Declaration) still missed the opportunity to declare the right to a healthy environment, although the Brundtland report – which can be regarded as an essential motivation of the Declaration – made a clear distinction between the concept of sustainable development and the right to a healthy environment and highlighted the synergies between the two concepts (Brundtland report 1987: 81–82).

Principle 1 of the Rio Declaration focused on sustainable development, with human beings in the centre. They are entitled to a healthy and productive life in harmony with nature. This provision is more distant from the right to the environment than the Stockholm Declaration. On the other hand, principle 10 of the Rio Declaration addresses important procedural aspects associated with the right to a healthy environment. The principle states that environmental issues can be most effectively handled at the appropriate level with the participation of all citizens concerned. It also emphasizes the importance of adequate access to environmental information and judicial and administrative proceedings. The soft law instruments and political declarations of the following years – the Johannesburg Declaration, the Future We Want Declaration, the Millennium Declaration as well as the Millennium Development Goals and the Sustainable Development Goals also considered the connection between environmental conditions and the enjoyment of human rights, but did not mention the substantive and/or procedural aspects of a special right to a healthy environment.

Provisions considering human rights can also be found in legally binding environmental acts; for instance, the Paris Agreement explicitly contains provisions related to human rights. The Preamble addresses that climate change is a common concern of humankind. During our fight against it, we ought to respect human rights, including the right to health, indigenous groups' rights, and the right to development. Moreover, the states are obligated to implement gender equality, empowering women, and the requirements of intergenerational equity. Article 7, paragraph 5 is significant in the light of human rights, as it requires the parties to use approaches based on gender equality, which considers the vulnerable groups and benefits indigenous knowledge. Article 12 is based

on procedural rights, and therefore it enhances education on climate change, social awareness, participation and access to relevant information.

All things considered, it seems that international environmental law considers human rights, and the reverse is also true; there is a green interpretation of specific human rights too. Then again, these approaches are not presenting an explicit recognition of the right to a healthy environment. Nevertheless, these two approaches do have significance related to the right to the environment; for instance, the environmental agreements and other – even legally non-binding – instruments set standards and requirements that can facilitate the obligations related to the enforcement of the right to the environment. Furthermore, the existence of these two concepts highlights that there is a correlation between international environmental law and human rights law.

3. The right to a healthy environment in the regional human rights law

In order to reveal the current state of the right to a healthy environment in international law, it is essential to examine the regional level, where substantial advances were made, especially in case law. This development can inspire the global level; significantly, the two levels are interacting. For instance, all the following regional human rights instruments refer to the UDHR. The level of this interaction and the synergies are different, depending on the fields of international law. Erik Voeten explains that in the case of finances, development and trade, the global level has an enhanced role as influential international organizations – the World Trade Organization, the World Bank, and the International Monetary Fund – are in the background. On the contrary, the global human rights system is weaker than the regional ones, where more effective judicial mechanisms are available. According to Voeten, global forums like the CCPR play a more political role and are not the most suitable for enforcing human rights (Voeten 2017: 119–121).

This section will examine the regional human rights instruments that declared the right to a healthy environment and the relevant case law. We restrict our examination to three – the African, the Inter-American and the European – systems; however, other regional instruments are declaring the right to a healthy environment. We deal with these instruments only by mentioning their relevant provisions as there is no enforcement mechanism connected to them. The Arab Charter on Human Rights' (2004) Article 38 declares the right to an adequate standard of living, including the right to a healthy environment. The ASEAN Human Rights Declaration – a soft law instrument – follows a similar approach

and considers the right to a healthy environment in Article 28 as part of the right to an adequate standard of living.

3.1. The African Charter on Human and Peoples' Rights

We face a diverse picture when analyzing the regional human rights instruments and the right to a healthy environment. Firstly, there are legally binding instruments with an explicit mention of the right; for instance, Article 24 of the African Charter on Human and Peoples' Rights declares all peoples' right to a satisfactory general environment favourable to their development. The African Commission on Human and Peoples' Rights acknowledged in the SERAC case that by guaranteeing this right, the state should meet specific requirements, take all reasonable and necessary steps to prevent pollution and support the ecologically sustainable development and fair use of natural resources. Moreover, to protect the environment and health, the state shall provide science-based supervision on activities that threaten the environment, publish its results, give information to the concerned persons and involve them in the decision-making process (SERAC case, p. 50–54).

The SERAC case has particular importance because the Commission elaborated on the content of Article 24. Justice C. Nwobike finds that the Commission interprets the right generously and flexibly within the existing framework. Having said that, Nwobike referred to the enforcement issues as a negative aspect (2005: 145–146). György Marinkás shares this view about the importance of the case, which illustrates the Commission's evolutive interpretation, in particular, explaining the states' obligations. Similarly to Nwobike, he also found a lack of proper enforcement deficiency. He expressed that addressing the collective aspect of land ownership rights is missing, which would have been beneficial to implementing indigenous groups' rights (Marinkás 2014).

In other cases, there was no exact reference to Article 24, but the Commission took environmental factors into account. In the Endorois case against Kenya, the Commission interpreted the right to property of an indigenous group related to the environment and found out that the state failed to facilitate prior consultation with the local group and failed to carry out prior social and environmental protection assessment. It also connected the environment with the right to cultural identity, as nature plays a spiritual role in the group's life (Endorois case, p. 228, 245.).

In the Ogiek case, the state of Kenya attempted to justify relocating the residents with the argument that this action served the protection of the right to a healthy environment. According to the Court, the environmental pollution of the area cannot be attributed to the Ogiek people, whose traditional way of

life is based on nature's respect. Other actors, especially those who got timber licences from the state, contributed significantly to the harm. Therefore, the state could not justify its actions by relocating the Ogiek people and violating their property rights (Ogiek case, p. 145–146).

3.2. The American Convention on Human Rights and the Protocol of San Salvador

Secondly, other regional human rights instruments have similar provisions, not in the original treaty but in the additional protocol. The American Convention on Human Rights excluded the right to a healthy environment in 1969; however, the Protocol of San Salvador, adopted in 1988, declared the right to a healthy environment in Article 11 and required the states to promote the environment's protection, preservation, and improvement. It is interesting to note that the direct applicability of this provision was ambiguous. Paragraph 6 of Article 19 only identified Article 8 (Trade union rights) and Article 13 (Right to education) as provisions that can be directly claimed before the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights.

Authors like Oswaldo R. Ruiz-Chiriboga deny that other provisions – except Articles 8 and 13 – could be referred to directly and indicate a procedure before the judicial forums mentioned above. He rejects that conception which suggests that Article 26² of the Convention creates an opportunity to base submissions on the other provisions of the Protocol (Ruiz-Chiriboga 2011: 168–170).

This view was overtaken by the advisory opinion of the Court issued in 2017, in which it explained that the right to the environment is part of Article 26's scope, and the Court can enforce it. It also argued that the right has individual and collective aspects; the latter also involves the equity between and within the present and the future generations. The states shall provide this right for all without discrimination, take every appropriate step to realize this, and protect and improve the environment (Advisory Opinion OC-23/17, p. 60). A significant effect of the advisory opinion is that before its adoption, environmental concerns were considered parts of other rights, such as the collective right to property of the indigenous communities. (e.g. *Saramaka peoples v. Suriname* case; *Case of the Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*). Monica Feria-Tinta and Simon C. Milnes consider the advisory opinion a milestone for the Inter-American regional human right and general international law. Its

² Article 26 of the Convention requires progressive development to fully realize rights implicitly set in the Charter of the Organization of American States.

influence can manifest itself in three forms. Firstly, the advisory opinion can encourage the integration of environmental and human rights considerations into other international legal areas, thus easing the fragmentation of international law. According to Feria-Tinta and Milnes, this fragmentation means that the norms of the several branches of international law develop separately. For example, international investment law lacks connection with international human rights and environmental laws. Secondly, the advisory opinion can play a role in implementing environmental principles, from which several are formulated in soft law instruments. The authors point out that the Advisory Opinion can reinforce the implementation of already existing human rights standards and environmental principles without negotiating new rules. Thirdly, it can guide the framework of effective remedies, especially in the case of cross-border pollution (Feria-Tinta and Milnes 2019: 74–77).

Nevertheless, after adopting the advisory opinion, in the *Lhaka Honhat* case against Argentina, the Commission's submission to the Court on 1 February 2018, directly referred to Article 11 of the Protocol. The advisory opinion influenced the Court's arguments about the right to a healthy environment. It stated that the right is a universal value, and addressing it as a human right, serves the whole of humankind. However, it also pointed out that the environment and its element have their significance, independently of humans' interests (*Lhaka Honhat v. Argentina*, p. 202).

3.3. The European Convention on Human Rights

The European human rights system serves as a unique example. In comparison to the instruments mentioned above, there is no provision in the European Convention on Human Rights (hereinafter ECHR) declaring the right to a healthy environment. Moreover, no additional protocol or other legal acts include the right. It should be noted that there were several attempts by the Parliamentary Assembly to incorporate the right to a healthy environment. Recommendation 1614 (2003) suggested adding procedural rights to the ECHR. However, the Committee of Ministers refused this, arguing that an adequate mechanism exists, developed by the European Court of Human Rights (hereinafter ECtHR). Similarly, the Parliamentary Assembly called the Committee of Ministers to consider adopting a protocol with the substantive and procedural aspects of the right to a healthy environment, in Recommendation 1862 (2009). The reply of the Committee of Ministers referred to the ECtHR's case law as it is so detailed that additional protocols are not necessary.

Despite the Committee of Ministers' refusals, the Parliamentary Assembly did not give up and adopted Resolution 2396 (2021). The Assembly expressed

that an additional protocol could provide a ‘non-disputable’ basis for the Court to rule on environmental cases. (Resolution 2396, p. 7). The Assembly also suggests an additional protocol complementing the European Social Charter. (Resolution 2396, p. 10.). At the end of the resolution, there are recommendations, from which we underline the first, which calls the Member States of the Council of Europe to elaborate a legal framework – at the European and national level – to provide the right to a safe, clean, healthy and sustainable environment, following the UN’s guidance. (Resolution 2396, p. 14.3).

Complaints in the environmental cases are primarily based on violation of Article 8, which protects the right to private and family life. Without aiming to give an exhaustive review of the jurisprudence related to Article 8 in an environmental context, we will highlight some landmark decisions and the interpretation of the right to a healthy environment.

In the *López Ostra* case against Spain, the ECtHR found severe environmental pollution can significantly affect the concerned persons’ well-being and prevent them from enjoying their private and family life without health damage (*López Ostra* judgment, p. 8). In the *Guerra* case against Italy, the Court emphasized that the states are obligated to take active measures to protect the right from environmental harm; therefore, they can also violate the article with passive behavior (*Guerra* judgment, p. 56–60).

The *Hatton* case, in some respect, was a regression because – in comparison to the *López Ostra* or the *Guerra* case – the ECtHR did not find the violation of Article 8; however, in the “first *Hatton* judgment” in 2001, the violation was acknowledged. Still, the decision of 2003 (the “second *Hatton* judgement”) was different. In the final judgment, the ECtHR found that the government took all necessary steps to prevent the residents from the noise of the Heathrow airport and adequately weighted the private and public interest because a state has a major economic interest in international airports (second *Hatton* judgment, p. 85–86).

In contrast to the second *Hatton* judgement, the ECtHR found the violation of Article 8 in the *Moreno Gómez v. Spain* case because the state failed to prevent the applicant’s rights from noise pollution. The Court also defined the meaning of “home” in the context of Article 8. According to the reasoning, home is the physically defined place where private and family life develops. Individuals are entitled to respect their rights related to their homes, and the violation can happen with several forms of pollution, like noise, contamination, and smell (*Moreno Gómez v. Spain* judgment, p. 53.). In the *Fadeyeva v. Russia* case, the Court noted that the protection against environmental nuisance should reach a certain minimum level, determined by the case’s circumstances (*Fadeyeva* judgment, p. 66–70).

In several cases, the ECtHR paid special attention to procedural environmental rights; for instance, in the *Taşkin* case against Turkey, it recalled principle 10 of the Rio Declaration and Recommendation 1614 (2003) of the Parliamentary Assembly. It also referred to the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (*Taşkin* judgment p. 98–00). In the *Tătar v. Romania* case, the ECtHR underlined the importance of providing adequate information to the citizens about activities that can affect them and the environment, possible dangers, necessary steps in the case of an accident or measures for their prevention. This obligation of the states is complemented by providing the right to participate in the decision-making and the right to judicial review (*Tătar* judgment, p. 118–125).

Another significant aspect of the environmental cases is the jurisprudence on Article 2 of the ECHR, which protects the right to life. In this context, one of the most determining cases is the *Öneryıldız v. Turkey* case. The Court examined the state's responsibility after a methane explosion of a landfill caused a landslide, which accident cost 29 lives. According to the Court, the right to life can also be violated by the state's passivity, which should be particularly cautious in the case of industrial activities that are dangerous given their characteristics, like waste collection. The state is responsible for the permission procedure, facilitation, and operation control and should take all necessary steps to protect the concerned persons. Implementing these requirements by providing the information is essential, and the activities' specific features and technical details should be considered (*Öneryıldız v. Turkey* judgment, p. 69–73, 89–90).

The environmental cases of the ECtHR show that the Court expanded and 'updated' the provisions of the Convention, which is more than 70 years old. This technique is called evolutive interpretation. The Court elaborated it in several cases, for instance, in the *Tyrer v. United Kingdom* case. The ECtHR declared the ECHR as a living instrument that should be interpreted progressively in the light of the current circumstances. Kanstantsin Dzehtsiarou points out that this interpretation technique is essential to the proper function of the ECHR; moreover, its appliance is welcomed both in literature and international jurisdiction (Dzehtsiarou 2011: 1731–1734). We should mention that the "margin of appreciation" doctrine limits this interpretation method based on the principle of subsidiarity. In the *Handyside v. the United Kingdom* case, the Court expressed that the national authorities – the domestic legislator or other judicial bodies – shall assess if there is a pressing social need that can justify the restriction of human rights. In other words, national authorities shall weigh the public and private interests of the case. This approach is not contrary to European supervision. However, the system is designed to subsidize

the national authorities because their primary obligation is to protect and implement the human rights declared in the Convention (Handyside judgement, para 48–49.)

The ECtHR developed an elaborated case law related to environmental issues, primarily based on Article 8 of the ECHR, even though no environmental provision is included in the Convention or added by an additional protocol. Therefore, this regional human rights system can be considered effective with regard to environmental concerns. Gyula Bándi proposes that this judicial activism reveals the judges' professional competence, and he points out that the literature is entirely consistent with this interpretation technique's advantageous characteristics (Bándi 2021: 188).

The environmental cases before the ECtHR are fundamentally related to a specific, clearly definable plant, facility or other establishments, specific adverse effects, or disasters. Furthermore, there is always at least one concerned person who suffers violations of rights. It seems like there is no way to take action against abstract environmental phenomena like climate change or submit an *actio popularis* complaint. However, during the writing of this article, there is an ongoing case filed by Portuguese youth against 33 states, claiming that climate change is threatening the rights guaranteed in Articles 2 and 8, and the states failed to prevent this violation. It is unique that the complaint has been filed against so many states. Therefore, the applicants could not exhaust all adequate and effective national remedies (Cláudia Duarte Agosthino and others against Portugal and 33 other States). Although there is still no judgment, accepting a complaint like this constitutes an innovation in the environmental case law of the Court. It is worth noting that there are eight supportive third-party interventions, from which we highlight the Council of Europe Commissioner for Human Rights, Dunja Mijatović's intervention. The Commissioner extensively refers to the fact that the Member States of the Council of Europe support the declaration of the right to a healthy environment at the global UN level, which could have a positive effect on the national legal development and could increase the engagement in the international fight against climate change and loss of biodiversity (Third-party intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights, p. 4–5).

4. A paradigm shift on the global horizon

Above all, the right to a healthy environment developed differently at the global and regional international law levels. Significantly, while several, even legally binding regional human rights instruments directly or implicitly recognize the right, there was no hard or soft law declaration at the global level.

At least, it was right until 8 October 2021, when the UNHRC adopted the 48/13 resolution (hereinafter: A/HRC/RES/48/13) that explicitly recognized the “human right to a clean, healthy and sustainable environment”. Authors like Marcos Orellana express that the UNHRC plays a significant role in developing standards related to recognizing new human rights in line with the already improved principles (Orellana 2018: 184–187).

Furthermore, it should be noted that the resolution builds on the existing UN background and expresses this commitment in the preamble. We can certainly conclude that there were contemporary voices within the UN advocating the global declaration. In 2017, the IUCN World Commission on Environmental Law (hereinafter: WCEL) and the Environment Commission of the Club des Juristes launched the Global Pact for the Environment. The draft declares the right to an ecologically sound environment (Article 1), adequate for every person’s health, well-being, dignity, culture and fulfilment. It also proposes who is obligated to take care of the environment: every state and international institution, every – natural or legal – person (Article 2). The Pact also highlighted important environmental principles, like integration and sustainable development, intergenerational equity, prevention, and precaution. This initiative was followed by UNGA resolution 72/277 of 2018, which decided on an ad hoc open-ended working group to submit a report to the Secretary-General (A/RES/72/277, p. 3). The resolution also requested that the Secretary-General provide a report and submit it to the UNGA at its seventy-third session (A/RES/72/277, p. 1).

The Secretary-General expressed in the requested report that implementing environmental principles is challenged by the sectoral characteristic of international environmental law. Some principles recognition is much more advanced, like the principle of the environmental impact assessment. In contrast, the elaboration of others is not satisfying; for instance, the right to a healthy environment international recognition is limited, even though other principles – like sustainable development or the common but different responsibilities – could reinforce its improvement. Thus, a comprehensive international instrument can help deal with the resulting problems. (A/73/419*, p. 100–103).

It is also important to mention David R. Boyd, Special Rapporteur’s report of January 2019 on the human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment. One of the report’s merits is that the Special Rapporteur identified the elements of the right to a healthy environment: the right to breathe clean air; access to water and sanitation; right to healthy and sustainable food; right to a safe climate, healthy biodiversity and ecosystems (A/HRC/40/55, p. 17).

The next step was UNGA's resolution 73/333 of 5 September 2019. It was a follow-up to the ad hoc open-ended working group's report submitted on 13 June 2019 (A/AC.289/6/Rev.1). Resolution 73/333 proposed various types of recommendations. Among others, it sets the guiding objectives: protecting the environment for present and future generations; upholding the environmental obligations and commitments of the States; promoting the implementation of the Sustainable Development Goals; respecting the relevant, already existing rules, instruments, and bodies (A/RES/73/333, p. 1–4).

We also want to highlight the joint statement of 15 UN entities, adopted on 15 March 2021. In this statement, the entities starting point was the national recognition of the right to a healthy environment, as 150 UN Member States had already addressed it, despite the lack of a global declaration capable of enhancing the realization of the Sustainable Development Goals in today's environmental crisis which has three components: climate change, loss of biodiversity and environmental pollution.

The UNHRC adopted resolution 48/13 in 2021 and stressed that the right to the environment is essential to the enjoyment of other rights (A/HRC/RES/48/13, p. 1). It is strongly linked to other rights and the existing international law (A/HRC/RES/48/13, p. 2). The resolution further submits that the right to a healthy environment is connected to the international environmental law, and the multilateral environmental agreements full implementation in the light of the international environmental law's principles is crucial to promote the right to a healthy environment (A/HRC/RES/48/13, p. 3).

The UNHRC's resolution is legally not binding; accordingly, it did not express any states' obligations. Nevertheless, this does not mean that the resolution is silent about the states' task but uses a typical soft law wording when it is encouraging the states to build capacities to fulfil environmental and human rights obligations, share good practices, adopt policies to promote the right to a clean, healthy and sustainable environment. Furthermore, it suggests the states consider the Sustainable Development Goals together with the realization of the right (A/HRC/RES/48/13, p. 4 (a)–(d)).

The global declaration of the right to a clean, healthy and sustainable environment is groundbreaking, but the resolution has another merit. Based on the examination above, we can conclude that global international law had two similar paths addressing environmental and human rights issues: the concept of greening the existing human rights and considering human rights in international environmental law. Neither of these approaches proclaimed the right to a healthy environment that could relieve the fragmentation of international law by explicitly addressing the connection between the two branches of international law. As a welcomed development, resolution 48/13 takes this step. For instance, in

the preamble, it recognizes that the adverse effect of environmental degradation, pollution, climate change, loss of biodiversity and other unsustainable factors are barriers to the full implementation of the right to a healthy environment. This concept is even sharper in Paragraph 3, where the resolution declares that promoting the right to a clean, healthy, and sustainable environment requires implementing the existing multilateral environmental agreements.

The follow-up of the resolution is a particularly pressing issue. At the time of writing this paper, we know that the resolution invites in Paragraph 5, the General Assembly (hereinafter: UNGA) to consider the matter, and at the same time, the UNHRC adopted Resolution 48/14 (hereinafter: A/HRC/RES/48/14), which is about to mandate a special rapporteur on the promotion of human rights in the climate crisis. The future special rapporteur – among other tasks – will study the adverse effect of climate change, identify the related challenges, and synthesize knowledge, especially indigenous and local traditional knowledge (A/HRC/RES/48/14, p. 2 (a)–(c)). Furthermore, the special rapporteur will promote best practices that consider climate change in the light of human rights, gender equality, and inclusiveness to reach the targets of the Paris Agreement, Goals 13 and 14 of the Sustainable Development Goals (A/HRC/RES/48/14, p. 2 (d)).

We believe that Resolution 48/13 is a significant step toward the global recognition of the right to the environment and a future UNGA resolution has the potential to define further detail. However, the current form of the HRC resolution can be considered vague, even if this is not uncommon. For instance, Resolution 64/292 adopted by the General Assembly declaring the human right to water and sanitation addressed the right (A/RES/64/292, p. 1), but did not specify its content and recalled prior decisions³ about expert reports in this subject and to other documents, like General Comment No. 15 (2002) of the CESCR on the right to water (A/RES/64/292, p. 3). It is also welcomed that besides the adoption of Resolution 48/13, Resolution 48/14 was also adopted on mandating a special rapporteur. Furthermore, the resolution recalls other existing significant reports, such as the 2018 report of the special rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment (A/HRC/37/59). These expert documents are likely to elaborate on the possible content, particularly states' obligations.

Camila Perusso proposes that Resolution 48/13 could positively impact the international and domestic development of the right to a healthy environment despite its vague wording. First of all, it can have a normative effect based on

³ UN Human Rights Council Resolution 7/22. Human rights and access to safe drinking water and sanitation; UN Human Rights Council Resolution 12/8. on Human rights and access to safe drinking water and sanitation. A/HRC/RES/12/8.

the resolution's orientating role and the fact that it can catalyze national law. Moreover, the resolution can contribute to the invention of international custom and influence the regional human rights systems, for instance – the European Council to formally recognize the right. Secondly, it can guide judges' and decision-makers' interpretation of relevant existing laws (Perruso 2021: 7–8).

As we have already mentioned, the resolution is a soft law instrument, and any future UNGA resolution will also be legally non-binding. We think that this form of adoption has several advantages. First of all, the soft law instruments are flexible, and this feature makes them able to quickly handle changing situations, which could be expected in the case of environmental matters. Edith Brown Weiss points out that scientific uncertainty affects environmental law as the current state of science is developing. Therefore, environmental legislation should be flexible enough to provide this, especially in rapidly changing situations, like the climate crisis. Soft law instruments can serve this goal regarding its other advantages (Brown Weiss 1993: 688–690, 708).

Secondly, as Kenneth W. Abbot and Duncan Snidal point out, states appear to be more willing to adopt legally non-binding documents in international areas where their sovereignty is concerned (Abbot and Snidal 2003: 434–450). Therefore, this legally non-binding form does not appear to be inadequate, especially considering the effect of the above-examined soft law instruments, like the Stockholm and Rio Declaration, which were adopted as high-level, symbolic UNGA resolutions.

We would suggest addressing several issues concerning the future UNGA resolution's substance. Firstly, it would be welcomed to overcome the anthropocentric approach, which still prevails in international law. This does not necessarily mean an ecocentric approach, or at least non-exclusively. From the anthropocentric point of view, guaranteeing the right to a healthy environment could prevent pollution and environmental degradation. However, this is happening just in cases where are concerned persons whose rights are violated or threatened. This approach is unsuitable for protecting wildlife and preventing biodiversity loss if there are no concerned persons. Therefore, Sumudu Atapattu argues that the anthropocentric approach should be combined with an ecocentric approach, and the two should be complementary (2002: 111–112). From this perspective, the Inter-American Court of Human Rights' advisory opinion of 2017 – which recognized the own value of the environment – can serve as an example to follow in this regard. Addressing content like this could reinforce considering environmental factors in the human rights framework. Elena Cima points out that this would be advantageous for civil society to enforce important environmental principles, and its positive effect would be beneficial for enjoying other human rights (Cima 2022: 48).

Secondly, the possible declaration should address the collective aspect of the right to a healthy environment, providing exceptional protection to the vulnerable groups like women, children, elderly persons, people living with disability, indigenous peoples and other minorities. Furthermore, it should also promote the protection of future generations' interests.

Thirdly, the scope of those responsible for implementing the right should be set out broadly, including responsibilities of the major multinational companies, international organizations, individuals and their local groups. It would also be beneficial to integrate fundamental environmental principles – like the precaution principle, or the polluter pays principle – and the existing international environmental norms into the content of the obligations, connecting the two branches of international law.

Finally, a short mention to the effect of Resolution 48/13 should be included. The European Parliament and the Council adopted the 8th Environment Action Programme (hereinafter: 8th EAP),⁴ which includes a reference to Resolution 48/13, identifying the right to a clean, healthy and sustainable environment as a priority objective of the 8th EAP.

5. Conclusion

This article argued that the right to the environment should be recognized as a universal human right globally, connecting the international human rights law with the international environmental law. A high-level, globally accepted international declaration could serve as a reference point for environmental and human rights law-making and implementation. Protecting and improving the environment and developing and implementing environmental law could promote several human rights linked to the right to a healthy environment, like life, health, water and sanitation, food, and even economic rights, while the other way round – guaranteeing the human right to a healthy environment could improve environmental protection. Therefore, the concept proposed above, in which the anthropocentric approach is combined with the ecocentric by recognizing the inherent value of the environment, would be welcomed.

Before adopting Resolution 48/13, global international law lacked the explicit recognition of the right to a healthy environment. However, considering environmental factors related to human rights law and including human rights aspects in environmental instruments could be noticed in several previous in-

⁴ These strategic EU documents – now in the adoption form of a decision – influence the EU's environmental policy for a specific period, identifying the main challenges and objectives.

ternational documents, like the Stockholm or the Rio Declarations, the above-mentioned general comments or the Paris Agreement.

This article examined three regional human rights systems, which led to different results from the global level. First of all, some regional human rights instruments initially declared the right to a healthy environment, like the African Charter. We highlight the SERAC case, in which the Commission proclaimed a flexible interpretation of the right. Furthermore, even though the American Convention on Human Rights does not contain an explicit right to a healthy environment, the Additional Protocol of San Salvador added the right to the system. However, the actual application only happened after the environmentally-conscious advisory opinion of the Court in 2017.

The European system is different because the European Convention on Human Rights and even its Additional Protocols do not contain the right to a healthy environment. Nonetheless, the European Court of Human Rights developed an evolutive interpretation – primarily of Articles 8 or 2 – concerning environmental factors and indirectly explaining the right to a healthy environment. Claiming that the right to a healthy environment is recognized indirectly in this system, we do not deny that jurisprudence can be considered entirely derived. Nevertheless, it should be emphasized that there is no additional protocol directly recognizing the right, as the Parliamentary Assembly's several attempts also prove this. The ECtHR's environmental jurisprudence is now at a turning point because the Court accepted six young Portuguese people's action popularis complaint against 33 countries because of climate change.

Evaluation of the existing and evolving global and regional legal background leads us to the latest development, URHRC's Resolution 48/13, which has, for the first time, explicitly addressed the right to a clean, healthy and sustainable environment as an autonomous human right at the global level. The resolution also directly connects the branch of human rights with environmental law by mentioning the implementation of multilateral environmental agreements. Notwithstanding, the resolution's wording can be considered vague; this is a historical moment fueled by the UN's entities' engagements and has taken into account the existing global and regional international law and domestic constitutional legislation.

Nevertheless, there are still unanswered questions regarding the possible legal development started by this declaration. We propose that a UNGA's high-level declaration could have a significant effect like the Stockholm or Rio Declaration had. Moreover, the possible content, obligations and entitlements, and defining approaches are still unknown. As a final remark, we recommend in this article that bold and innovative provisions are essential because, without them, the declaration would be only a symbolic gesture which is not enough in

today's environmental crisis. For instance, as we have explained above, recognizing the own value of the environment could complete other human rights' enjoyment, on the one hand, and contribute to protecting inhabited areas or combat phenomena like climate change or biodiversity loss, on the other one. Promoting protection of future generations' interests would be welcomed as well, which also serves implementation of the future human rights, but requires us to leave the Earth at least in the same state as that in which we inherited it. The declaration shall not miss addressing particular needs of specific vulnerable groups, and the scope of this special attention should be broad and flexible. Lastly, it would be a model if the declaration addressed the various aspects of related responsibilities, like the responsibility of multinational companies and individuals, and stressed – which might concern the existing environmental law – the states' obligations.

References

I. Primary sources

Legal acts

- Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights. Protocol of San Salvador. Signed at San Salvador, El Salvador, on November 17, 1988. OAS. Official records; OEA6Ser.A/44, Treaty Series no. 69.
- African Charter on Human and Peoples' Rights, adopted 27 June 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), entered into force on 21 October 1986.
- American Convention on Human Rights, adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica, 22 November 1969.
- Arab Charter on Human Rights 2004. 2006. Translated to English: Al-Midani, Mohammed Amin-Cabanettes, Mathilde. *Boston University International Law Journal*, 24 (2).
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Opened at Roma, 4. November 1950. European Treaty Series, No. 005.
- Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters. Open for signature at Aarhus, Denmark, on 25 June 1998, United Nations Treaty Series, vol. 2161, p. 447.
- Decision (EU) 2022/591 of the European Parliament and of the Council of 6 April 2022 on a General Union Environmental Action Programme to 2030. PE/83/2021/REV/1. OJ L 114, 12.4.2022, p. 22–36
- International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, United Nations Treaty Series, vol. 999, p. 171.
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966, United Nations Treaty Series, vol. 993, p. 3.
- Paris Agreement, 12 December 2015. United Nations Treaty Series, vol. 3156.

Documents

- ASEAN Human Rights Declaration. Adopted 19 November 2012 in Phnom Penh, Cambodia.
- Brundtland report – Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future. 1987.
- CCPR *General Comment No. 6: Article 6 (Right to Life)*. Adopted at the Sixteenth Session of the Human Rights Committee on 30 April 1982.
- CESCR *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)* Adopted at the Twenty-second Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 11 August 2000 (Contained in Document E/C.12/2000/4) 1. Normative content of article 12, p. 4.
- CESCR *General Comment No. 15 (2002) on the right to water*. A/RES/64/292.
- Charter of the United Nations, 24 October 1945, 1 UNTS XVI.
- Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment. In.: A/CONF.48/14/Rev.1. Chapter I. 3–6.
- Follow-up to the report of the ad hoc open-ended working group established pursuant to General Assembly resolution 72/277. Resolution adopted by the General Assembly on 30 August 2019. A/RES/73/33.
- Human rights and access to safe drinking water and sanitation. Resolution adopted by the United Nations Human Rights Council on 28 March 2008. Resolution 7/22.
- Human rights and access to safe drinking water and sanitation. Resolution adopted by the United Nations Human Rights Council on 12 October 2009. A/HRC/RES/12/8.
- Issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment. Report of the Special Rapporteur. 8 January 2019. A/HRC/40/55.
- Johannesburg Declaration on Sustainable Development. Adopted at the World Summit on Sustainable Development, Johannesburg, South Africa, 26 August – 4 September 2002. A/RES/69/2016.
- Joint statement of United Nations entities on the right to healthy environment. <https://www.unep.org/news-and-stories/statements/joint-statement-united-nations-entities-right-healthy-environment>
- Knox, John H. 2012. *Report of the Independent Expert on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment. Preliminary report*. 24 December, 2012. A/HRC/22/43. 13–14.
- Le Club des Juristes. Draft Project – Global Pact for the Environment. Launched at the Sorbonne, Paris, 24 June 2017.
- Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights in the context of climate change. Resolution adopted by the Human Rights Council on 8 October 2021. A/HRC/RES/48/14.
- Recommendation 1614 (2003). Environment and Human Rights. Council of Europe Parliamentary Assembly. Adopted by the Assembly on 27 June 2003.
- Recommendation 1862 (2009). Environmentally induced migration and displacement: a 21st-century challenge. Council of Europe Parliamentary Assembly. Adopted by the Assembly on 30 January 2009.

- Reply from the Committee of Ministers to the Parliamentary Assembly's Recommendation 1614 (2003) on Environment and human rights. Council of Europe Committee of Ministers. Adopted at the 869th meeting of the Ministers' Deputies, 21 January 2004.
- Reply from the Committee of Ministers to the Parliamentary Assembly's Recommendation 1862 (2009) on Environmentally included migration and displacement: a 21st century challenge. Council of Europe Committee of Ministers. Adopted at the 1063 meeting of the Ministers' Deputies, 17 July 2009.
- Report of the ad hoc open-ended working group established pursuant to General Assembly resolution 72/277. Third substantive session, 13 June 2019. A/AC.289/6/Rev.1
- Resolution 2395 (2021). Anchoring the right to a healthy environment: need for enhanced action by the Council of Europe. Council of Europe, Parliamentary Assembly. Adopted on 29 September 2021.
- Rio Declaration on Environment and Development. The United Nations Conference on Environment and Development, Having met at Rio de Janeiro from 3 to 14 June 1992. In: Report of the United Nations' Conference on Environment and Development. A/CONF.151/26/Rev.1. (Vol. I). 3-9.
- The future we want. Resolution adopted by the United Nations General Assembly on 27 July 2012. A/RES/66/288*.
- The human right to a clean, healthy and sustainable environment. Resolution adopted by the Human Rights Council on 8 October 2021. A/HRC/RES/48/13.
- The human right to water and sanitation. Resolution adopted by the General Assembly on 28 July 2010. A/RES/64/292
- Third party intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights, application No. 39371/20 Cláudia Duarte Agosthino and others v. Portugal and 32 other States.
- Towards a Global Pact for the Environment. Resolution adopted by the United Nations General Assembly on 10 May 2018. A/RES/72/277.
- Transforming our World: The 230 Agenda for Sustainable Development. Resolution adopted by the United Nations General Assembly on 25 September 2015. A/RES/70/1.
- UN Secretary-General: *Gaps in international environmental law and environment-related instruments towards a global pact for the environment*. 3 November 2018. A/73/419*.
- United Nations' Millennium Declaration. Resolution adopted by the United Nations General Assembly on 8 September 2000. A/RES/55/2.
- Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A(III)
- Vienna Declaration and Programme of Action. World conference on Human Rights, Vienna 14-25 June 1993. A/CONF.157/23

Case law

- EHP (on behalf of Port Hope Environmental Group and Present and future citizens of Port Hope, Ontario, Canada) v. Canada*, United Nations Human Rights Committee, 27 October 1982, Communication no. 67/1980, UN Doc CCPR/C/17/D/67/1980.

- Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) / Nigeria*. African Commission on Human and Peoples' Right, 27 October 2001, Communication no. 155/96. Banjul, p. 50–54
- Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya*. African Commission on Human and Peoples' Right, 11-25 November 2009, Communication no. 276 / 2003, Banjul, p. 228, 245.
- African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*, African Court on Human and Peoples' Rights, 26 May 2017, Application No. 006/2012.
- Advisory opinion requested by the Republic of Columbia, The environment and human rights*, Inter-American Court of Human Rights, 15 November 2017, OC-23/17 15, p. 60.
- Case of the Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*, Inter-American Court of Human Rights, 6 February 2020, Series C No. 420, p. 202.
- Case of López Ostra v. Spain*, European Court of Human Rights, 9 December 1994, no. 16798/90, Strasbourg p. 8.
- Guerra and others v. Italy*, European Court of Human Rights, 19 February 1998, no. 116/1996/735/932, Strasbourg, p. 56–60 .
- Moreno Gómez v. Spain*, European Court of Human Rights, 16 November 2004, no. 4143/02, Strasbourg, p. 53.
- Fadeyeva v. Russia*, European Court of Human Rights, 9 June 2005, no 55723/00, Strasbourg, p. 66–70.
- Taşkın and others v. Turkey*, European Court of Human Rights, 30 March 2005, no. 46117/99, Strasbourg, p. 98–100.
- Hatton and others v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, 8 July 2003, Strasbourg, no. 36022/97, p. 85–86.
- Tyrer v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights, 25 April 1978, no. 5856/72.
- Handyside v. The united kingdom*, European Court of Human Rights, 7 December 1976, No. 5493/72.
- Request of Cláudia Duarte Agosthino and others against Portugal and 33 other States*, European Court of Human Rights, 7 September 2020, No. 39371/20.

II. Secondary sources

- Abbot, Kenneth W. and Snidal, Duncan. 2003. Hard and Soft Law in International Governance. *International Organization*. 54(3): 434–450. DOI:10.1162/002081800551280.
- Atapattu, Sumudu. 2002. The Right to a Healthy Life or the Right to Die Polluted: The Emergence of a Human Right to a Healthy Environment under International Law. *Tulane Environmental Law Journal* 16(1): 111–112.
- Atapattu, Sumudu. 2019. Environmental Rights and International Human Rights Covenants: What Standards Are Relevant? In: *Environmental Rights – The Development of Standards*, (eds.) Stephen J. Turner, Dinah L. Shelton, Jona Razzaque, Owen McIntyre, James R. May. 21–24. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bándi, Gyula. 2021. Az Emberi Jogok Európai Egyezménye, a Szociális Karta és a környezeti jogok. *Acta Humana – Emberi Jogi Közlemények* 9(2): 188. DOI: 10.32566/ah.2021.2.8.

- Boyd, David E. 2018. *Catalyst for Change – Evaluating Forty Years of Experience*. In: *Implementing the Right to a Healthy Environment*, (eds.) Knox, John H. and Pejan, Ramin. Cambridge: Cambridge University Press. 17–18. 23–25.
- Brown Weiss, Edith. 1993. *International Environmental Law: Contemporary Issues and the Emergence of a New World Order*. *Georgetown University Law Center* 81: 688–690, 708.
- Brunnée, Jutta. 2008. *The Stockholm Declaration and the Structure and Processes of International Environmental Law*. In: *The Future of Ocean Regime Building: Essays in Tribute to Douglas M. Johnston*, (eds.) Aldo Chircop, Ted McDorman. Kluwer Law, 12.
- Cima, Elena. 2022. *The right to a healthy environment: Reconceptualizing human rights in the face of climate change*. *Review of European. Comparative & International Law* 31(1): 48. DOI:10.1111/reel.12430CIMA49.
- Dzehtsiarou, Kanstantsin. 2011. *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*. *German Law Journal* 12: 1731–1734. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1951371.
- Feria-Tinta, Monica and Milnes, Simon C. 2019. *International Environmental Law for the 21st Century: The Constitutionalization of the Right to a Healthy Environment in the Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion*. 23. *ACDI – Anuario Colombiano de Derecho Internacional (Colombian Yearbook of International Law)* 12: 74–77.
- Kiss, Alexandre and Shelton, Dinah. 1991. *International environmental law*. Transnational Publishers, Inc. 21–31.
- Marinkás, György. 2014. *Az Endoróis ügy, egy hosszú út eredménye – avagy az afrikai emberi jogvédelmi mechanizmus joggyakorlata és az: őslakos népek jogainak védelme*. *Debreceni Jogi Műhely* 12: 1–2. Available at: <https://deenkdev.lib.unideb.hu/ojs/DJM/article/view/6617>. DOI: 10.24169/DJM/2014/1-2/10.
- Nwobike, Justice C. 2005. *The African Commission on Human and Peoples’ Rights and the Demystification of Second and Third Generation Rights under the African Charter: Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and the Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria*. *African Journal of Legal Studies* 2: 145–146. DOI: 10.1163/221097312X13397499736101.
- Orellana, Marcos. 2018. *Quality Control of the Right to a Healthy Environment*. In: *The Global Right to a Healthy Environment*, (eds.) Knox, John H. and Pejan, Ramin. Cambridge: Cambridge University Press. 184–187.
- Perruso, Camila. 2021. *L’affirmation d’un droit à un environnement propre, sain et durable universel*. *Notes sur la Résolution 48/13 du Conseil des droits de l’Homme des Nations Unies*. *La Revue des droits de l’homme*. Available online: 15 November 2021. <http://journals.openedition.org/revdh/13063>. DOI: 10.4000/revdh.13063.
- Ruiz-Chiriboga, Oswaldo R. 2011. *The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-Enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System*. *Netherlands Quarterly of Human Rights* 31(2): 168–170. DOI: 10.1177/016934411303100203.
- Sohn, Lous B. 1973. *The Stockholm Declaration on the Human Environment*. *Harvard International Law Journal* 14(3): 452–453.

- Vasak, Karel. 1977. A 30-year struggle; the sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights. *The UNESCO Courier: a window open on the world* 30(1): 29.
- Vibhute, Khushal, Aynalem, Filipos. 2009. Legal Research Methods. *Addis Abeba: Justice and Legal System Research Institute* 15–18. Available at: <https://chilot.files.wordpress.com/2011/06/legal-research-methods.pdf>.
- Voeten, Erik. 2017. Competition and Complementarity between Global and Regional Human Rights Institutions. *Global Policy* 8(1): 119–121. DOI: 10.1111/1758-5899.12395.
- Whelan, Daniel J. 2010. *Indivisible Human Rights – A History*. University of Pennsylvania Press. 3–6.
- Wolfe, Karrie. 2003. Greening the International Human Rights Sphere – Environmental Rights and the Draft Declaration of Principles on Human Rights and the Environment. *Review of Current Law and Law Reform* 9: 58.
- Zang, Sheryl M. Benjenk, Ivy. Breakey, Suellen. Pusey-Reid, Eleonor and Nicholas, Patrice K. 2020. The intersection of climate change with the era of COVID-19. *Public Health Nursing* 38: 331. DOI: 10.1111/phn.12866.

Volume 20, Issue 1
June 2022

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2022-04-12
accepted 2022-05-17



**Rozprawa zdalna
w postępowaniu przed sądami administracyjnymi
a prawo do jawnego rozpoznania sprawy**
**Remote hearing in proceedings before administrative courts,
and the right to open hearing**

PRZEMYSŁAW KRZYKOWSKI

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski, Wydział Prawa i Administracji UWM w Olsztynie,
Sędzia Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie
ORCID: 0000-0002-3092-1105, e-mail: przemyslaw.krzykowski@uwm.edu.pl

KAROLINA HRYMOWICZ

Specjalista Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie
ORCID: 0000-0001-6169-4964

Citation: Krzykowski, Przemysław. Hrymowicz, Karolina. 2022. Rozprawa zdalna w postępowaniu przed sądami administracyjnymi a prawo do jawnego rozpoznania sprawy. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 20(1): 145–163. DOI: 10.25167/osap.4783.

Abstract: The subject of this publication is an analysis of the currently applicable regulations of the Act of 2 March 2020, on special solutions related to the prevention, counteraction and combating of COVID-19, other infectious diseases and crisis situations caused by them (i.e. Journal of Laws of 2021, item 2095, as amended, hereinafter: the covid act) and an indication of their shortcomings in the context of implementation of the principle of open examination of administrative court cases. It follows from the overriding principles of administrative court proceedings that the trial should be open and the party should have the right to access the court, control the contested acts and actively participate in it. The right of the individual to a fair and public hearing of a case without undue delay, by a competent, independent and impartial court has a constitutional dimension. The purpose of the principle of openness is to motivate the court to scrupulously and diligently fulfill procedural obligations and to enable third parties to exercise civic control over the activities

of the courts. The authors of the article try to answer the question whether the hearing located in administrative courts and its substitute form, which is a closed session, meet the constitutional standards of open proceedings. An invaluable asset for the party is their personal participation in the hearing and the possibility to freely present their position in the courtroom, directly before the court. This constitutes the exercise of the right to active participation in the procedure. The parties then have the opportunity to express their arguments, and this translates into a sense of treating them subjectively. The authors conclude that the legislator should explicitly define the formula for public access to remote hearing, or modify covid regulations in such a way that the court has the freedom to assess the situation permitting or not to conduct a hearing in the court building. Perhaps a greater range of options would allow for more appropriate solutions that would not violate the principle of open court proceedings and would not restrict the citizen's right to the court.

Keywords: administrative court proceedings, remote hearing, right to the court, public hearing of the case, the state of epidemic, technical conditions

Abstrakt: Przedmiotem niniejszej publikacji jest analiza obecnie obowiązujących regulacji ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 2095 ze zm.) oraz wskazanie na ich niedostatki w kontekście realizacji zasady jawnego rozpatrywania spraw sadowoadministracyjnych.

Z zasad naczelnych postępowania sadowoadministracyjnego wynika, że proces powinien być jawny, a strona powinna mieć prawo dostępu do sądu, kontroli zaskarżonych aktów oraz czynnego w nim udziału. Prawo jednostki do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki, przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd, ma wymiar konstytucyjny. Celem zasady jawności jest motywowanie sądu do skrupulatnego i rzetelnego wypełniania obowiązków procesowych oraz umożliwianie osobom postronnym sprawowania obywatelskiej kontroli nad działalnością sądów. Autorzy w artykule próbują odpowiedzieć na pytanie, czy rozprawa odmiejscowiona w sądach administracyjnych oraz zastępcza jej forma, jaką jest posiedzenie niejawne, spełnia konstytucyjne standardy jawności postępowania. Wartością nieocenioną dla strony jest jej osobisty udział w rozprawie i możliwość swobodnego zaprezentowania swojego stanowiska na sali rozpraw, bezpośrednio przed sądem. To stanowi realizację prawa do aktywnego udziału w postępowaniu. Strony mają wówczas możliwość wypowiedzenia swoich racji, a to przekłada się na poczucie podmiotowego ich traktowania.

Autorzy w konstatacji wskazują, że ustawodawca powinien wprost określić formułę dostępu publiczności do rozprawy zdalnej, ewentualnie zmodyfikować covidowe regulacje w ten sposób, by sąd miał swobodę w ocenie sytuacji pozwalającej lub nie na przeprowadzenie rozprawy w budynku sądu. Być może większy wachlarz możliwości pozwoliłby na trafniejsze rozwiązania, które nie naruszałyby zasady jawności postępowania sądowego i nie ograniczałyby obywatelowi prawa do sądu.

Słowa kluczowe: postępowanie sadowoadministracyjne, rozprawa zdalna, prawo do sądu, jawne rozpoznanie sprawy, stan epidemii, warunki techniczne

1. Uwagi wprowadzające

Wraz z ogłoszeniem w 2020 r. na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2 diametralnie zmieniła się otaczająca nas rzeczywistość. Przypomnieć należy, że w dniu 20 marca 2020 r. rozporządzeniem Ministra Zdrowia na obszarze Rzeczypospolitej został wprowadzony stan epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 491) w miejsce ogłoszonego wcześniej stanu zagrożenia epidemicznego. W dniu 25 marca 2020 r. wprowadzono m.in. zakaz przemieszczania się, z wyjątkiem wykonywania czynności związanych z pracą zawodową, wolontariatem na rzecz przeciwdziałania skutkom COVID-19, czy zaspakajania niezbędnych potrzeb związanych z bieżącymi sprawami życia codziennego i sprawowania kultu religijnego (rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 24 marca 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii, Dz.U. z 2020 r. poz. 522). Covidowy paraliż nie ominął też wymiaru sprawiedliwości, w tym sądów administracyjnych.

Warto zauważyć, że na początku epidemii rozpoznawanie spraw w trybie niejawnym było wyjątkiem. Sądy administracyjne w tym trybie rozpoznawały tylko te sprawy, w których strony w sposób wyraźny się na to zgodziły. Reszta skarg czekała na rozpoznanie jawne. Niejawność obowiązkowa stała się dopiero od 17 października 2020 r., po wydaniu w tej sprawie przez Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego specjalnego Zarządzenia nr 39 z dnia 16 października 2020 r. w sprawie odwołania rozpraw oraz wdrożenia w NSA działań profilaktycznych służących przeciwdziałaniu potencjalnemu zagrożeniu zakażenia wirusem SARS-CoV-2, w związku z objęciem Miasta Stołecznego Warszawy obszarem czerwonym. Zgodnie z § 1 przywołanego Zarządzenia odwołano wszelkie rozprawy, kontynuując działalność orzeczniczą sądu w trybie rozpoznania spraw na posiedzeniach niejawnych (Zarządzenie nr 39, Rzewuski 2020). Postanowienia przedmiotowego Zarządzenia znalazły odpowiednie zastosowanie do wojewódzkich sądów administracyjnych, których siedziby znajdują się na terenie objętym wówczas obszarem czerwonym, o którym mowa w § 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 października 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. poz. 1758 ze zm.).

Taki sposób procedowania spraw przez sądy administracyjne obu instancji spotkał się z falą krytyki, zwłaszcza ze strony profesjonalnych pełnomocników. W środkach masowego przekazu powszechnie podnoszono, że rozpatrywanie spraw przez sąd bez obecności stron nie powinno mieć miejsca, bo konstytucyjne prawo do sądu to nie tylko rozpoznanie sprawy, lecz także umożliwienie stronom uczestnictwa i przedstawienia argumentacji. Adwokaci i radcy prawni argumentowali, że w sprawach prostszych, mniej skomplikowanych, posiedze-

nie w trybie niejawnym nie powinno wpłynąć na rzetelność i wynik procesu sądowego. Jednakże w przypadku spraw skomplikowanych wywody pełnomocnika procesowego mogą być bezcenne. Wskazywano, że sposób przedstawienia argumentacji, podkreślenie istotnych elementów skargi, polemika z argumentacją strony przeciwnej w ustnym wystąpieniu przed sądami administracyjnymi są nieodzownymi elementami składającymi się na rzetelność procesu przed sądami administracyjnymi (Moczyłowska 2020).

Kilkadziesiąt organizacji pozarządowych, w tym Amnesty International Polska, Fundacja Instytut na rzecz Państwa Prawa, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Okręgowa Izba Radców Prawnych w Warszawie, wniosło w dniu 14 grudnia 2020 r. do Prezesa NSA apel o przeprowadzenie rozpraw online dla zagwarantowania realnego prawa stron do sądu. Wskazały, że dotychczasowa praktyka zdaje się naruszać przepisy „Tarczy Antykryzysowej”, gdyż żadne inne przepisy rangi ustawowej bądź konstytucyjnej nie uprawniają Naczelnego Sądu Administracyjnego do automatycznego odwołania wszystkich rozpraw oraz przekazania spraw do rozstrzygnięcia na posiedzenia niejawne. Podnoszono, że blankietowe pozbawienie strony i jej pełnomocnika możliwości czynnego udziału i uczestnictwa w rozprawie narusza także standardy międzynarodowe oraz gwarancje konstytucyjne, w tym prawo do sądu. W przywołanym apelu zwrócono uwagę, że niejednokrotnie sprawy rozpatrywane przez sądy administracyjne dotyczą bardzo istotnych kwestii związanych z podstawowymi prawami człowieka, takimi jak: prawo do życia, wolności od prześladowania i ryzyka doznania poważnej krzywdy, wolności od tortur, niehumanitarnego traktowania, kwestii związanych z ryzykiem rozdzielenia z rodziną i/lub naruszeniem praw dziecka, prawem do pomocy socjalnej, do wykonywania pracy lub pełnienia służby. Waga tych spraw, potencjalne skutki rozstrzygnięcia, często negatywne i nieodwracalne dla życia skarżącego, wymagają takiego ukształtowania postępowania, aby skarżący mógł kompleksowo przedstawić wszystkie fakty i argumenty, które w jego ocenie przemawiają na jego rzecz. Pomimo że postępowanie sądownoadministracyjne w przeważającej mierze ma charakter pisemny, rozprawa odgrywa szczególną rolę w toku rozpatrywania sprawy. Prawo do zabrania głosu przed wydaniem wyroku daje nie tylko możliwość zaprezentowania końcowego stanowiska stron, ale również wyjaśnienia kwestii wątpliwych i niejasnych, w stanie zarówno faktycznym, jak i prawnym sprawy. Rozprawa pozwala także ustosunkować się do stanowiska i argumentacji strony przeciwnej. Pozbawienie strony możliwości uczestniczenia w rozprawie uniemożliwia zajęcie stanowiska wobec ewentualnie pojawiających się pytań ze strony składu sędziowskiego, co w sposób negatywny może przełożyć się na jakość orzecznictwa sądów administracyjnych (Apel do WSA i NSA 2020).

Po trzeciej fali pandemii i zniesieniu większości obostrzeń sądy administracyjne, w tym Naczelny Sąd Administracyjny, były gotowe na odmrożenie i powrót do orzekania stacjonarnego, oczywiście w reżimach sanitarnych. Tak się jednak nie stało. Te plany przekreślił jeden ruch ustawodawcy, który przy okazji kolejnej nowelizacji ustawy covidowej (art. 15zsz⁴ zmieniony przez art. 4 pkt 3 ustawy z dnia 28 maja 2021 r. Dz.U.2021, poz. 1090 zmieniającej nin. ustawę z dniem 3 lipca 2021 r.) wprowadził w art. 15zsz⁴ ust. 2 i 3 jednoznaczne regulacje prawne, z których wynika, że w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 oraz w ciągu roku od odwołania ostatniego z nich wojewódzkie sądy administracyjne oraz Naczelny Sąd Administracyjny przeprowadzają rozprawę przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie jej na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku. Ustawodawca podkreślił, że osoby uczestniczące w omawianej rozprawie nie muszą przebywać w budynku sądu oraz przyznał kompetencje Przewodniczącemu Wydziału, aby mógł zarządzić przeprowadzenie posiedzenia niejawnego, jeżeli uzna rozpoznanie sprawy za konieczne, a nie będzie można przeprowadzić jej na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku.

Od lipca 2021 r. posiedzenia niejawne rzeczywiście przestały być już dominującą formą orzekania w sądach administracyjnych. Nie oznacza to jednak, że skarżący mogą już wrócić na salę rozpraw. Podstawową formą załatwiania sporów obywateli z organami państwa jest tzw. rozprawa odmiejscowiona, czyli zdalna. W dużym uproszczeniu polega ona na tym, że skład orzekający rozstrzyga spór w sali sądowej wyposażonej w sprzęt do komunikowania się (kamery, ekrany, mikrofony), a strony postępowania uczestniczą w rozprawie na odległość za pośrednictwem Internetu. W aktualnym stanie prawnym i jeszcze rok po odwołaniu ostatniego ze stanów epidemicznych w sądach administracyjnych co do zasady nie będzie rozpraw stacjonarnych. Oznacza to, że na dłuższy czas obywatele, urzędnicy, ich pełnomocnicy, a także publiczność muszą pogodzić się z tym, że ich sprawy w sądach administracyjnych będą rozpoznawane bez ich fizycznej obecności w budynku sądu.

Rodzi się w tym miejscu zasadnicze pytanie, czy w 2022 roku, w sytuacji oficjalnego luzowania obostrzeń przez Ministerstwo Zdrowia, dalsze utrzymywanie ograniczeń w dostępie do sądów administracyjnych wprowadzonych poprzez art. 15zsz⁴ ust. 2 i 3 ustawy covidowej jest uzasadnione? Czy rozprawa odmiejscowiona w sądach administracyjnych spełnia konstytucyjne standardy jawności postępowania? Czy prawna możliwość przeprowadzenia tradycyjnej rozprawy na miejscu, w sądzie, tylko w sprawach reprywatyzacyjnych, na podstawie art. 15zsz⁴ ust. 4 ustawy covidowej nie powinna zostać rozszerzona również na inne kategorie spraw?

Analiza obecnie obowiązujących regulacji prawnych dotyczących omawianej materii pozwala na postawienie tezy o niedostatku tych regulacji w kontekście realizacji zasady jawnego rozpatrywania spraw sadowoadministracyjnych. W świetle przedstawionych zagadnień problemowych zasadniczym celem artykułu jest ocena, czy rozprawa zdalna w sprawach sadowoadministracyjnych na obecnym etapie rozwoju pandemii COVID-19 nie stanowi nieuzasadnionego ograniczenia obywatelskiego prawa do jawnego rozpoznania sprawy.

2. Konstytucyjne prawo do jawnego rozpoznania sprawy jako zasadniczy element prawa jednostki do sądu

Zasada jawności postępowania ma wymiar konstytucyjny, a więc należy ją uznać za odnoszącą się do całego systemu prawa polskiego. Prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy to prawo jednostki, które jest wyrażone w art. 45 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.). Rozpatrzenie sprawy winno nastąpić bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Zasada jawności zawarta jest także w art. 6 Konwencji Rady Europy o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzonej w Rzymie 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 ze zm.) i stanowi jedną z gwarancji bezstronności sędziego i należytego wymiaru sprawiedliwości. Prawo do jawnego rozpoznania sprawy gwarantuje art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.U. UE. C. z 2007 r., nr 303, s. 1 ze zm.).

Jawność postępowania sądowego to najsilniej eksponowany element prawa do sądu. To zasada zagwarantowana nie tylko w Konstytucji RP, w aktach prawa międzynarodowego, ale i w przepisach proceduralnych dotyczących wszystkich postępowań toczących się przed sądami (tj. w k.p.c., k.p.k., p.p.s.a.). Zasada jawności służy zapewnieniu stronom postępowania niezbędnej wiedzy i pomocy w podejmowaniu decyzji procesowych. Jej celem jest m.in. motywowanie sędziego orzekającego w sprawie do skrupulatnego i rzetelnego wypełniania obowiązków procesowych oraz umożliwianie osobom postronnym sprawowanie obywatelskiej kontroli nad działalnością sądów oraz o jej wynikach. Skuteczna ochrona sądowa stanowi *conditio sine qua non* poczucia bezpieczeństwa prawnego człowieka, na straży którego stoją właśnie sądy (Sarnecki 2016).

Warto w tym miejscu podkreślić, że prawo do jawnego postępowania sądowego obejmuje uprawnienie do udziału w rozprawie/posiedzeniu, prawo wglądu do akt postępowania oraz prawo do zapoznania się z orzeczeniem. Kategoria jawności może być rozpatrywana w aspekcie jawności wewnętrznej, która odnosi się do stron postępowania, czyli gwarantuje wszystkim uczestnikom postępowania możliwość uczestniczenia w postępowaniu (udział w posie-

dzeniach sądu, prawo dostępu i wglądu do akt sprawy, prawo otrzymywania odpisów orzeczeń itd.) oraz o jawności zewnętrznej, która dotyczy publiczności, czyli osób spoza grona uczestników postępowania, tzw. osób trzecich (Skrzydło 2013). Prawo do sądu to zasada konstytucyjna, która zobowiązuje organy władzy publicznej do takiego zorganizowania sądownictwa, by sądy były niezależne, bezstronne i niezawisłe. To prawo podmiotowe, które stanowi o uprawnieniach, jakie przysługują jednostce. Mowa tu o dostępie do sądu, odpowiedniej procedurze oraz wiążącym rozstrzygnięciu sprawy. Konstytucyjne prawo do sądu jest przede wszystkim prawem o charakterze gwarancyjnym, a jego zasadniczą funkcją jest ochrona innych praw i wolności jednostki (Lis-Staranowicz 2016: 240–241).

Zgodnie z art. 184 Konstytucji RP Naczelny Sąd Administracyjny oraz wojewódzkie sądy administracyjne sprawują kontrolę działalności administracji publicznej. Ten szeroki zakres kontroli znajduje uszczegółowienie w treści art. 3 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 329). To powtórzenie materii konstytucyjnej ma bardzo głęboki wymiar i sens aksjologiczny. Sąd administracyjny, który ma zadanie kontrolować organy administracji, jest swoistą gwarancją dla obywatela. Przed sądem administracyjnym bowiem rozpatrywane są spory między jednostką a samym państwem. Obywatel świadomy, że organ administracji publicznej rozstrzyga sprawę w sposób jednostronny i władczy, może mieć poczucie bezbronności i zwrócić się do sądu stanowi dla niego gwarancję kontroli tego działania, zarówno przez strony postępowania, jak i przez opinię publiczną. Jawność gwarantuje sprawiedliwość postępowania, bezstronność sądu i niezawisłość sędziego. Poza tym zaspokajają społeczne poczucie sprawiedliwości poprzez umożliwienie obywatelom obserwacji przebiegu poszczególnych czynności procesowych i zapobieganie wydawaniu orzeczeń za tzw. zamkniętymi drzwiami (Sarnecki 2016). Z pewnością ważnym uzupełnieniem normy prawnej zawartej w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP jest przepis art. 77 ust. 2 Konstytucji RP, który zakazuje wprost zamykania drogi sądowej jednostce dochodzącej naruszonych wolności i praw. Zakaz taki byłby sprzeczny z konstytucyjnym prawem obywatela do sądu, bowiem zgodnie z treścią art. 77 ust. 2 Konstytucji RP żadna ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej do dochodzenia naruszonych wolności i praw (Skrzydło 2009: 389).

Należy zatem stwierdzić, że obowiązek realizacji prawa do jawnego postępowania spoczywa na sądach, które w większości przypadków same decydują o zakresie jawności procedury w danej sprawie. Sądy powinny interpretować przepisy w ten sposób, by jawność stanowiła zasadę, zaś niejawnosć była wyjątkiem wymagającym odpowiedniego uzasadnienia. Rozpoznanie sprawy powinno być sprawiedliwe, jawne i nieprzewlekłe (Tuleja 2019). Jawność postępo-

wania zapewniona przepisem art. 6 ust. 1 EKPCz stanowi, że sprawa jednostki ma być rozpatrywana publicznie, a postępowanie przed sądem ma toczyć się jawnie, przy czym tak ujętego elementu prawa do sądu nie przekreśla możliwość procedowania niektórych kwestii na posiedzeniach bez udziału publiczności i prasy (Jasiński 2009: 77). Podkreślmy raz jeszcze, że elementem prawa do sądu jest jawność postępowania, która oznacza stworzenie dla publiczności dostępu do sali sądowej i obserwowania przebiegu rozprawy (Sarnecki 2016). Konstatując, każdy ma prawo do jawnego rozpoznania sprawy, a wyłączenie jawności może nastąpić tylko wyjątkowo.

3. Jawność postępowania w sprawach sądownoadministracyjnych

Prawo do postępowania sądownoadministracyjnego należy traktować jako publiczne prawo podmiotowe do poddania kontroli sądowej działań administracji. Prawo to jest zagwarantowane w Konstytucji RP. Uprawnienie to przysługuje każdemu obywatelowi. Z zasad naczelnych postępowania sądownoadministracyjnego wynika, że proces powinien być jawny, trwać bez zbędnych przerw i zahamowań, zaś strona powinna mieć prawo do czynnego w nim udziału, dostępu do sądu oraz kontroli zaskarżonych aktów (Kmieciak 2000: 198).

Konstytucyjna zasada jawności postępowania sądowego znajduje swoje odzwierciedlenie w art. 10 p.p.s.a. Z przywołanego przepisu wynika, że rozpoznanie spraw w postępowaniu sądownoadministracyjnym odbywa się jawnie, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej (Romańska 2016). W postępowaniu przed sądami administracyjnymi strony biorą czynny udział, a informatyzacja sądownictwa administracyjnego sprawiła, że pojawiły się olbrzymie możliwości do usprawnienia i podniesienia jego efektywności. Konsekwencją tego jest zwiększenie zaufania do wymiaru sprawiedliwości, głównie z uwagi na szeroką i prostą dostępność do informacji o charakterze ogólnym (Pietrasz 2020).

Zasada jawności postępowania realizowana jest m.in. poprzez dostęp do akt sprawy (art. 12a p.p.s.a.), czyli możliwość wglądu do tych akt, prawo wnoszenia pism procesowych (art. 45 p.p.s.a.), wniosków (art. 243–244 p.p.s.a.), czy też oświadczeń stron oraz otrzymywania z nich odpisów i wyciągów. Z dniem 31 maja 2019 r. weszły w życie przepisy informatyzujące postępowanie przed sądami administracyjnymi. Oznacza to przede wszystkim umożliwienie stronom postępowania wnoszenia do sądów administracyjnych pism procesowych w formie elektronicznej otrzymywania korespondencji sądowej w takiej formie, a także uzyskania dostępu do akt sądowych online.

Ważnym elementem omawianej zasady jest zagwarantowanie wszystkim uczestnikom postępowania możliwości brania czynnego udziału w posiedzeniach sądu. Niezachowanie jawności wewnętrznej postępowania jest poważnym naruszeniem prawa procesowego wobec braku możliwości obrony przez stronę swoich praw. Jeśli chodzi o osoby spoza grona uczestników postępowania, mogą one uczestniczyć w posiedzeniach jawnych w charakterze publiczności, co pozwala im zrozumieć motywy decyzji sędziowskiej, gwarantuje przejrzystość postępowania sądowego i pozwala ocenić prawidłowość zapadłych orzeczeń i toku postępowania.

Dla porządku w tym miejscu wskazać należy na art. 139 p.p.s.a., który stanowi o ważnym elemencie jawności, jakim jest publiczne ogłaszanie orzeczeń sądowych wydanych na rozprawie (wówczas publiczność przebywa w sali rozpraw) oraz na posiedzeniu niejawnym. Odpis sentencji wyroku wydanego na niejawnym posiedzeniu sądu, niezależnie od treści rozstrzygnięcia, udostępnia się publicznie w sekretariacie sądu przez okres czternastu dni (art. 139 § 5 p.p.s.a.). W takiej sytuacji, gdy wyrok został wydany na posiedzeniu niejawnym, a jego uzasadnienia nie sporządza się na piśmie z urzędu, sąd doręcza jego odpis, ze stosownym pouczeniem, stronom postępowania (art. 139 § 4 p.p.s.a.). Na szczególną uwagę zasługuje art. 140 § 2 p.p.s.a., który wskazuje, że stronie pozbawionej wolności, działającej bez adwokata czy innego profesjonalnego pełnomocnika, sąd z urzędu doręcza odpis orzeczenia, w którym skargę oddalono, także w sytuacji wyroku zapadłego na rozprawie.

W piśmiennictwie naukowym podnosi się, że podjęte w sprawie czynności procesowe zmierzające do wydania rozstrzygnięcia winny odbywać się na oczach stron i ewentualnie publiczności. Postępowanie sądownoadministracyjne jest w pełni jawne dla jego uczestników, a ogólnie jawne jest tylko w odniesieniu do czynności dokonywanych na rozprawach i posiedzeniach jawnych (Romańska 2016). Zasada jawności postępowania realizowana jest również poprzez obowiązek zawiadomienia strony na piśmie o terminie wyznaczonego posiedzenia jawnego. Wyjątek stanowi sytuacja, kiedy nowy termin posiedzenia ogłoszony jest przez sąd podczas już trwającego, wówczas strony obecne na posiedzeniu sądu uznane są za zawiadomione o tym terminie. Stronie nieobecnej na posiedzeniu należy jednak doręczyć zawiadomienie o terminie następnego posiedzenia (art. 91 § 2 p.p.s.a.).

Ograniczenie zasady jawności dopuszczalne jest na podstawie przepisów szczególnych (Tarno 2011). Stosownie do treści art. 90 § 2 p.p.s.a. sąd może skierować sprawę na posiedzenie niejawne, jednak czynności procesowe w takim trybie mogą być podejmowane, gdy zezwala na to ustawa. Komentatorzy zwracają uwagę, że przepis art. 90 § 2 p.p.s.a. należy interpretować w sposób ścisły, gdyż możliwość rozstrzygnięcia poszczególnych kwestii istotnych w sprawie,

czy wydania orzeczenia merytorycznego na posiedzeniu niejawnym, jest formą ograniczenia zasady jawności postępowania. Dodatkowo wskazać należy, że wymieniony przepis umożliwia sądowi skierowanie sprawy na posiedzenie jawne i wyznaczenie rozprawy także wtedy, gdy sprawa podlega rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym. Zasada jawności postępowania sądownoadministracyjnego służy poddaniu tego postępowania kontroli społecznej, co w konsekwencji jest gwarantem bezstronności sędziego, a jednocześnie daje stronom postępowania poczucie komfortu i zaufania do sądu (Góra-Błaszczkowska 2021). Orzekanie przez sąd na posiedzeniu niejawnym w przypadkach nieprzewidzianych w ustawie może stanowić przesłankę do stwierdzenia nieważności postępowania – art. 271 pkt 2 p.p.s.a.

Przykładem przepisu szczególnego, o którym mowa w art. 90 § 2 p.p.s.a., jest art. 15zsz⁴ ust. 3 ustawy covidowej, zgodnie z którym Przewodniczący Wydziału może zarządzić przeprowadzenie posiedzenia niejawnego, jeżeli uzna rozpoznanie sprawy za konieczne, a przeprowadzenie wymaganej przez ustawę rozprawy mogłoby wywołać nadmierne zagrożenie dla zdrowia osób w niej uczestniczących i nie można przeprowadzić jej na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku (Rzetecka-Gil 2020). Na posiedzeniu niejawnym w tych sprawach sąd orzeka w składzie trzech sędziów. Ustawodawca w tym przepisie nie uzależnił możliwości rozpoznania sprawy na posiedzeniu niejawnym od uzyskania uprzedniej zgody strony (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z 21 kwietnia 2021 r., II SA/Sz 934/20). Warto zwrócić uwagę na uchwałę Naczelnego Sądu Administracyjnego wydaną w trybie art. 15 § 1 pkt 2 oraz art. 264 § 1 i 2 p.p.s.a. w dniu 30.11.2020 r., sygn. II OPS 1/20, w której sąd wypowiedział się w kwestii dopuszczalności jej podjęcia na posiedzeniu niejawnym (art. 15zsz⁴ ust. 3 ustawy covidowej). W ocenie składu siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego przepis art. 15zsz⁴ ust. 3 wymienionej ustawy należy traktować jako szczególny w rozumieniu art. 10 i art. 90 § 1 p.p.s.a. Naczelny Sąd Administracyjny dodał, że prawo do publicznej rozprawy nie ma charakteru absolutnego i może podlegać ograniczeniu, w tym także ze względu na treść art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, w którym jest mowa o ograniczeniach w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw, gdy jest to unormowane w ustawie oraz tylko wtedy, gdy jest to konieczne w demokratycznym państwie, m.in. dla ochrony zdrowia. Zatem nie ulega wątpliwości, że celem stosowania konstrukcji przewidzianych przepisami ustawy covidowej jest m.in. ochrona życia i zdrowia ludzkiego w związku z zapobieganiem i zwalczaniem zakażenia wirusem SARS-CoV-2. W wymienionej kwestii wypowiedział się Naczelny Sąd Administracyjny także w postanowieniu z 5 listopada 2020 r. sygn. akt II FSK 1745/18.

4. Warunki przeprowadzenia rozprawy zdalnej w obliczu stanu epidemii COVID-19 w sprawach sądownoadministracyjnych

W 2020 r. sądy administracyjne, podobnie jak pozostałe, stanęły w obliczu zmian podyktowanych stanem epidemii SARS-CoV-2. Przepis art. 15 zzs⁴ ust. 2 ustawy covidowej stanowi, że „w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 oraz w ciągu roku od odwołania ostatniego z nich wojewódzkie sądy administracyjne oraz Naczelny Sąd Administracyjny przeprowadzają rozprawę przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiającą przeprowadzenie jej na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku, z tym że osoby w niej uczestniczące nie muszą przebywać w budynku sądu”.

W związku z przywołaną regulacją prawną prezesowie poszczególnych sądów administracyjnych wydali stosowne zarządzenia. Prezes Naczelnego Sądu Administracyjnego w zarządzeniu nr 21 z dnia 20.05.2021 r. zalecił przeprowadzanie rozpraw przy użyciu urządzeń technicznych, odpowiednio uwzględniając w tym zakresie kompetencje decyzyjne Przewodniczących Wydziałów (Zarządzenie nr 21). Prezes Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie wskazał w dniu 26.05.2021 r., że skierowanie sprawy do rozpoznania na rozprawie w budynku sądu jest dopuszczalne, jeżeli Przewodniczący Wydziału stwierdzi, że nie wywoła to nadmiernego zagrożenia dla zdrowia osób uczestniczących w rozprawie (Zarządzenie Prezesa WSA w Warszawie 2021). W Wojewódzkim Sądzie Administracyjnym w Łodzi kwestię organizacji rozpraw uregulowano Komunikatem o przeprowadzeniu rozprawy wyłącznie zdalnie (Komunikat 2021).

Przypomnijmy, że zasadą w postępowaniu sądownoadministracyjnym jest rozpoznawanie spraw na rozprawie (art. 90 § 1 p.p.s.a). Wartością nieocenioną dla strony jest jej osobisty udział w rozprawie i możliwość swobodnego zaprezentowania swojego stanowiska na sali rozpraw, bezpośrednio przed sądem. To stanowi realizację prawa do aktywnego udziału w postępowaniu. Strony mają wówczas możliwość wypowiedzenia swoich racji, a to przekłada się na poczucie podmiotowego ich traktowania. Trybunał Konstytucyjny wyrokiem z 11 czerwca 2002 r. sygn. SK 5/02 orzekł, że istotny element sprawiedliwej procedury sądowej stanowi prawo strony do osobistego udziału w czynnościach procesowych. Ustawodawca może jednak ograniczyć udział stron w określonych czynnościach procesowych, a ograniczenia takie powinny zawsze posiadać odpowiednie uzasadnienie. Prawo do publicznej rozprawy nie ma charakteru absolutnego i może podlegać ograniczeniu – w tym także ze względu na treść art. 45 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Pamiętać należy, że celem ustawy antycovidowej jest ochrona życia i zdrowia ludzkiego, a z perspektywy prawa

do procesu sądowego najistotniejsze w okolicznościach stanu epidemii jest zachowanie prawa do przedstawienia przez stronę stanowiska w sprawie, którego w istocie nie został przecież pozbawiony (Paduch 2022: 168).

Rozprawa zdalna winna być tylko wyjątkiem od zasady przeprowadzenia posiedzenia w siedzibie sądu, bowiem, jak stanowi art. 94 § 1 p.p.s.a., zasadą jest odbywanie posiedzeń sądowych w tym właśnie budynku. Zdalne posiedzenie jawne ma za zadanie jedynie usprawnić przebieg postępowania sądowno-administracyjnego, czy też najzwyczajniej go umożliwić, wypełniając przy tym zasadę jawności (Warecka 2021; Patryk i Rojek-Socha 2022). Godzi się zauważyć, że jawne posiedzenia sądów administracyjnych odbywają się obecnie w formie zdalnej, o ile wszystkie strony zgodnie oświadczą, że mają ku temu techniczne możliwości. W praktyce sądów Przewodniczący Wydziału zwraca się z zapytaniem do stron o wypowiedzenie się na temat posiadania możliwości technicznych niezbędnych do uczestniczenia w takim posiedzeniu. W przypadku odpowiedzi negatywnej choćby jednej ze stron sprawa taka nie może być rozpoznana na rozprawie i Przewodniczący, powołując się na przesłanki art. 15 zzs⁴ ust. 3 ustawy covidowej, może zarządzić przeprowadzenie posiedzenia niejawnego. Stwierdzić należy, że regulacje te ograniczają możliwość uczestniczenia stron w posiedzeniu jawnym sądu.

Na uwagę zasługuje również okoliczność, że w aktualnym stanie prawnym udział publiczności w jawnych zdalnych posiedzeniach sądów administracyjnych nie jest uregulowany w jednolity sposób. Na stronie internetowej części sądów administracyjnych, np. Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie, pojawił się czytelny komunikat na ten temat. Osoba zainteresowana składa do sądu – drogą elektroniczną – wniosek o udostępnienie jej danych niezbędnych do wzięcia udziału w konkretnym posiedzeniu sądu. Podkreślić jednak należy, że brakuje regulacji prawnych na poziomie ustawowym tej materii. Brak jednolitych reguł stwarza swoiste regionalizmy w stosowaniu prawa, a taka praktyka sądów administracyjnych nie służy realizacji zasady jawności postępowania. Na marginesie warto zauważyć, że w sądownictwie powszechnym kwestię udziału publiczności w jawnych posiedzeniach zdalnych uregulowano zarządzeniami prezesów. Osoba chcąc uczestniczyć w posiedzeniu zdalnym w charakterze publiczności musi uzyskać dane umożliwiające jej podłączenie się do systemu wideokonferencyjnego w trakcie trwania rozprawy. Podobnie jak w sądach administracyjnych, z uwagi na brak właściwych przepisów prawa porządkujących przedmiotową materię, można wskazać na różne sposoby tych regulacji. Przykładem może być Sąd Rejonowy dla Łodzi Śródmieścia w Łodzi, którego Prezes zarządził wprowadzenie tzw. elektronicznych kart wstępu (Gołaczyński i Dymitruk 2021).

5. Zakończenie

Przeprowadzone rozważania prowadzą do wniosku, że na obecnym etapie pandemii rozprawa zdalna wydaje się stanowić nieuzasadnione ograniczenie obywatelskiego prawa do jawnego rozpoznania sprawy w sądach administracyjnych. Oczywiście nie należy wykluczać ponownych obostrzeń czy pojawienia się kolejnej fali pandemii i w związku z tym najtrafniejszym rozwiązaniem byłoby uzupełnienie zapisów art. 15 zzs⁴ ustawy covidowej o dodatkowe regulacje. Zmiany mogłyby dotyczyć pojawienia się kilku alternatywnych rozwiązań dla rozpraw odbywających się w budynku sądu oraz dotyczących kwestii udziału w rozprawie osób trzecich.

Zauważyć należy, że ustawodawca niejednolicie unormował dostęp obywateli do sądów, zważywszy, że alternatywą dla rozprawy zdalnej w sądach administracyjnych jest wyłącznie posiedzenie niejawne, tzw. covidowe wyznaczane na podstawie art. 15zsz⁴ ust. 3 przywołanej ustawy. W sądach powszechnych zaś alternatywą dla rozprawy zdalnej jest rozprawa przeprowadzona w budynku sądu, o ile nie wywoła ona nadmiernego zagrożenia dla zdrowia osób w niej uczestniczących (art. 15 zsz¹ ust. 2), a dopiero później posiedzenie niejawne, o ile nie ma możliwości przeprowadzenia posiedzenia zdalnego, a rozprawa w budynku sądu nie jest konieczna (Koralewski 2021, Gromska-Szuster 2021).

Można przypuszczać, że ustawodawca, wprowadzając rozróżnienie pomiędzy sądami powszechnymi a sądami administracyjnymi, wziął pod uwagę okoliczność, iż w postępowaniu przed sądami administracyjnymi nie prowadzi się postępowania dowodowego. Stosownie do treści art. 106 § 3 i 4 p.p.s.a. podstawą orzekania przez sąd administracyjny jest materiał dowodowy, zgromadzony przez organ w toku postępowania administracyjnego, zawarty w aktach administracyjnych sprawy. Sąd bierze również pod uwagę dowody uzupełniające z dokumentów, przeprowadzone w postępowaniu sędowoadministracyjnym oraz niewymagające dowodu fakty powszechnie znane. Warto podkreślić, że materiał dowodowy zebrany przez sąd nie służy ustalaniu stanu faktycznego sprawy, ale jedynie weryfikacji kompletności materiału dowodowego zgromadzonego w aktach administracyjnych sprawy oraz prawidłowości opartych na nich ustaleń organu w zakresie stanu faktycznego (Bińczyk i Kopacz 2013: 125).

Wydaje się, że argumentacja sądów prezentowana w uzasadnieniach wydawanych orzeczeń w zakresie wyjaśniania powodów kierowania spraw sędowoadministracyjnych do rozpoznania na posiedzenia niejawne jest niewyczerpująca. Zarazem jednak ustawodawca nie zaopatrzył Przewodniczących Wydziałów w instrumenty prawne pozwalające na kierowanie spraw do rozpoznania na rozprawie w budynku sądu, tak jak ma to miejsce w przypadku sądów powszechnych.

Formułując wnioski *de lege ferenda* należy postulować, aby ustawodawca rozważył zastosowanie w postępowaniu sędowoadministracyjnym rozwiązań

prawnych obowiązujących w sądach powszechnych (art. 15zsz¹ ust. 1 pkt 2 ustawy covidowej), w których obywatel ma prawo uczestniczenia w posiedzeniach sądu przy zachowaniu odpowiednich zasad reżimu sanitarnego. W sądownictwie powszechnym rekomendowane jest prowadzenie rozpraw zdalnych, wyznaczanie większej liczby posiedzeń mediacyjnych itd., jednak standardem są odbywające się rozprawy, w których udział publiczności jest ograniczony jedynie poprzez metraż pomieszczeń sądowych (Biała 2021, Litowski 2022). Skoro sądy administracyjne również posiadają zaplecze sanitarne, zabezpieczające udział stron w posiedzeniach podczas epidemii COVID-19, to może warto byłoby wrócić do formy rozprawy odbywającej się w budynku sądu. Ewentualnym wyjściem w sytuacji większego zagrożenia mogłoby być wówczas dodatkowe pomieszczenie w budynku sądu, wyposażone w odpowiednie urządzenia techniczne umożliwiające komunikowanie się stron postępowania w nim przebywających za pomocą łącza internetowego z salą rozpraw. W obu przypadkach również publiczność mogłaby uczestniczyć w takich posiedzeniach przy zachowaniu odpowiednich zasad bezpieczeństwa.

Zdaniem autorów niniejszego opracowania ustawodawca powinien wprost określić formułę rozprawy zdalnej, uwzględniającą możliwość dostępu wszystkich obywateli do każdego posiedzenia jawnego (link do rozprawy dostępny na stronie internetowej sądu). Takie rozwiązanie nie naruszałoby zasady jawności postępowania sądowego i nie ograniczałoby obywatelowi prawa do sądu. Ważnym argumentem przemawiającym za publicznym udostępnianiem linków do posiedzeń jest w rzeczywistości niewielka liczba tych posiedzeń. Okazuje się bowiem, że zgodne oświadczenie stron o możliwościach technicznych do udziału w rozprawach jest rzadkością, mimo, jak mogłoby się wydawać, stosunkowo szerokiego dostępu społeczeństwa do informatycznej infrastruktury. Publiczne umożliwienie dostępu do jawnych posiedzeń sądowych ułatwiłoby także w znacznym stopniu pracę sądów. Wyznaczone w Konstytucji RP standardy prawa do sądu są dla jednostki niezwykle ważne w kwestii oceny możliwości prawnej ochrony, do której podstawę daje jej jawne rozpatrzenie sprawy (Adamiak 2012).

W obliczu zmienionej, epidemicznej rzeczywistości możliwość prowadzenia rozpraw zdalnych wydawała się nie do przecenienia (Patryk 2021). Informatyzacja sądownictwa administracyjnego zapoczątkowana ustawą z 17 lutego 2005 r. o informatyzacji podmiotów realizujących zadania publiczne (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 2070 ze zm.) miała za zadanie usprawnić postępowanie sądowe. Dla wielu obywateli zaskoczeniem okazały się jednak ograniczenia, najczęściej natury technicznej, które nie pozwalają w pełnym zakresie wykorzystywać cyfrowych technologii. Brak możliwości technicznych, a mianowicie użycia urządzeń umożliwiających przeprowadzenie rozprawy na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku, stanowi olbrzymie ograniczenie

i pozbawia stronę prawa do sądu. Z danych Głównego Urzędu Statystycznego i jego raportu zatytułowanego Społeczeństwo informacyjne w Polsce w 2021 r. wynika, że osoby w wieku 16–74 lat stanowią zaledwie około 50 procent odsetka osób korzystających z usług administracji publicznej przez Internet (GUS 2021). Okazuje się, że miliony obywateli w Polsce nie korzysta z cyfrowych technologii i tym samym są oni wykluczeni cyfrowo, a nawet społecznie (Krzykowski 2019: 166, Skorupka 2020).

Warto w tym miejscu przywołać wytyczne, jakie sformułował Komitet Praw Człowieka, w których podkreślono, że aby zrealizować obowiązek publicznego rozpoznania sprawy system wymiaru sprawiedliwości powinien być skonstruowany tak, aby w praktyce możliwe było publiczne poinformowanie o czasie i miejscu rozprawy oraz zapewnienie adekwatnej przestrzeni dla obecności osób zainteresowanych (Szwed 2021: 54). Właściwy przebieg procesu sądowego winien być sprawiedliwy, praworządny, rzetelny i uczciwy.

Wykaz skrótów

CBOSA	– Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych
EKPCz	– Konwencja Rady Europy o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności
Konstytucja RP	– Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.
k.p.c.	– ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 2021 r. poz. 1805.
k.p.k.	– ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 2022 r., poz. 1375.
NSA	– Naczelny Sąd Administracyjny
p.p.s.a.	– ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Dz.U. z 2022 r., poz. 329.
TK	– Trybunał Konstytucyjny
ustawa covid	– ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych. Dz.U. z 2021 r., poz. 2095 ze zm.
WSA	– Wojewódzki Sąd Administracyjny

Bibliografia

Akty prawne

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

- Konwencja Rady Europy o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r. zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2. Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 ze zm.
- Karta praw podstawowych Unii Europejskiej. Dz.U. UE. C. z 2007 r., Nr 303, s. 1 ze zm.
- Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Dz.U. z 2022 r., poz. 329, tekst jednolity.
- Ustawa z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Dz.U. z 2021 r., poz. 2070 ze zm., tekst jednolity.
- Ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych. Dz.U. z 2021 r., poz. 2095 ze zm., tekst jednolity.
- Ustawa z dnia 28 maja 2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. poz. 1090.
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii. Dz.U. poz. 491 ze zm.
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 24 marca 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii. Dz.U. poz. 522.
- Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 października 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii. Dz.U. poz. 1758 ze zm.

Orzecznictwo

- Wyrok TK z dnia 11 czerwca 2002 r., SK 5/02. OTK-A 2002/4/41.
- Uchwała NSA z dnia 30 listopada 2020 r., II OPS 1/20. ONSAiWSA 2021/2/20.
- Wyrok WSA w Szczecinie z dnia 21 kwietnia 2021 r., II SA/Sz 934/20. Dostęp: 23.03.2022. CBOSA.
- Postanowienie NSA z dnia 5 listopada 2020 r., II FSK 1745/18. Dostęp: 10.02.2022. CBOSA.

Opracowania

- Adamiak, Barbara. 2012. Rozpoznanie sprawy sądownoadministracyjnej. Rozprawa. W: *Metodyka pracy sędziego w sprawach administracyjnych*, (red.) Barbara Adamiak, Janusz Borowski. Warszawa: Wolters Kluwer, wydanie elektroniczne: LEX. Dostęp: 10.01.2022.
- Biała, Monika. 2021. *Rozprawy zdalne w postępowaniu cywilnym*, wydanie elektroniczne: LEX. Dostęp: 13.05.2022.
- Bińczyk, Agnieszka, Marta Kopacz. 2013. O znaczeniu akt sprawy dla wyniku sądownoadministracyjnej kontroli działalności administracji publicznej. *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego* (3): 125–137.
- Gołaczyński, Jacek, Maria Dymitruk. 2021. Rozprawa zdalna i doręczenia elektroniczne w dobie pandemii COVID-19 po wejściu w życie nowelizacji z 28.5.2021 r., *Monitor Prawniczy* 13, Warszawa: C.H. Beck, wydanie elektroniczne: LEGALIS. Dostęp: 22.03.2022.

- Góra-Błaszczkowska, Agnieszka. 2021. Udostępnianie akt. W: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom III. Art. 506–729*, (red.) Tadeusz Wiśniewski. Warszawa: Wolters Kluwer, wydanie elektroniczne: LEX. Dostęp: 22.03.2022.
- Gromska-Szuster, Irena. 2021. Rozpoznanie sprawy na posiedzeniu niejawnym. W: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Art. 1–366*, (red.) Tadeusz Wiśniewski. Warszawa: Wolters Kluwer, wydanie elektroniczne: LEX. Dostęp: 22.03.2022.
- Jasiński, Wojciech. 2009. Jawność zewnętrzna posiedzeń sądowych w polskim procesie karnym. *Państwo i Prawo* (9): 76–77.
- Kmieciak, Zbigniew. 2000. *Ogólne zasady prawa i postępowania administracyjnego*. Warszawa: Wydawnictwa Prawnicze PWN.
- Koralewski, Michał. 2021. *Zmiany w postępowaniach sądowych w związku z epidemią COVID-19*, wydanie elektroniczne: LEX. Dostęp: 13.05.2022.
- Krzykowski, Przemysław. 2019. Informatyzacja postępowania przed sądami administracyjnymi – refleksje na temat nowelizacji z 12 kwietnia 2019 r. (Dz.U. 2019, poz. 934). *Studia Prawnoustrojowe* (46): 165–166.
- Lis-Staranowicz, Dorota. 2016. Konstytucyjne środki ochrony wolności i praw. W: *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, (red.) Marek Chmaj, 239–269. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Litowski, Jakub. 2022. Zakres zmian art. 15zsz¹ ustawy z 2.03.2020 r. – uwagi na tle stanu prawnego obowiązującego od 3.07.2021 r. *Monitor Prawniczy* (2). Warszawa: C.H. Beck, wydanie elektroniczne: LEGALIS. Dostęp: 22.03.2022.
- Paduch, Andrzej. 2022. Skierowanie sprawy sądownoadministracyjnej na posiedzenie niejawne na podstawie przepisów ustawy antycovidowej a prawo do jawnego procesu. Glosa do wyroku NSA z dnia 26.04.2021 r., I OSK 2870/20, *Orzecznictwo Sądów Polskich* (1): 11–24.
- Pietrasz, Piotr. 2020. *Informatyzacja polskiego postępowania przed sądami administracyjnymi a jego zasady ogólne: Czynniki wpływające na potrzebę informatyzacji postępowania przed sądami administracyjnymi*. Warszawa: Wolters Kluwer, wydanie elektroniczne: LEX. Dostęp: 21.12.2021.
- Romańska, Marta. 2016. Komentarz do art. 10. W: *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, (red.) Tadeusz Woś. Warszawa: Wolters Kluwer, wydanie elektroniczne: LEX. Dostęp: 10.01.2022.
- Rzetecka-Gil, Agnieszka. 2020. *Dopuszczalność posiedzeń niejawnych celem podejmowania uchwał przez NSA (w trybie art. 269 ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi) w czasach pandemii COVID-19. Glosa do uchwały NSA z dnia 30.11.2020 r., II OPS 6/19*. Warszawa: Wolters Kluwer, wydanie elektroniczne: LEX. Dostęp: 13.05.2022.
- Rzewuski, Maciej. 2020. *Wyrokowanie na posiedzeniach niejawnych według Tarczy 3.0*. Warszawa: Wolters Kluwer, wydanie elektroniczne: LEX. Dostęp: 10.01.2022.
- Sarnecki, Paweł. 2016. Komentarz do art. 45. W: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II, wyd. II*, (red.) Lech Garlicki, Marek Zubik. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 19.12.2021.
- Skorupka, Agnieszka. 2020. *E-rozprawa i zmiany w sposobie procedowania w tarczy 3.0*. Warszawa: Wolters Kluwer, wydanie elektroniczne: LEX. Dostęp: 13.05.2022.

- Skrzydło, Wiesław. 2013. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, wydanie elektroniczne: LEX. Dostęp: 13.05.2022.
- Szwed, Marcin. 2021. Gwarancje ochrony prawa do rzetelnego postępowania sądowego w systemie Organizacji Narodów Zjednoczonych. W: *Nowe technologie, nowa sprawiedliwość, nowe pytania*, (red.) Piotr Kładoczny, Katarzyna Wiśniewska, 51–62. Warszawa: Helsińska Fundacja Praw Człowieka.
- Tarno, Jan Paweł. 2011. Komentarz do art. 10. W: *Prawo o postępowaniu przez sądami administracyjnymi. Komentarz*, (red.) Jan Paweł Tarno. Warszawa: Lexis Nexis, wydanie elektroniczne: LEX. Dostęp: 10.01.2022.
- Tuleja, Piotr. 2019. Komentarz do art. 45. W: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, 2. Wydanie, (red.) Piotr Czarny, Monika Florczak-Wątor, Bogumił Naleziński, Piotr Radziejewicz, Piotr Tuleja. Warszawa: Wolters Kluwer, wydanie elektroniczne: LEX. Dostęp: 9.12.2021.
- Warecka, Katarzyna. 2021. *Rozprawa on-line a prawo do rzetelnego procesu. Omówienie wyroku ETPC z dnia 2 grudnia 2021 r., 36516/19 (Jallow)*. Warszawa: Wolters Kluwer, wydanie elektroniczne: LEX. Dostęp: 22.03.2022.

Inne

- Apel do WSA i NSA ws. umożliwienia prowadzenia rozpraw z wykorzystaniem środków komunikacji zdalnej. 2020. Okręgowa Izba Radców Prawnych w Warszawie. Dostęp: 18.03.2022.
https://www.oirp.warszawa.pl/wp-content/uploads/2020/12/list-do-nsa_-posiedzenia-1.pdf
- Informacje ogólne dotyczące rozpraw jawnych w WSA w Warszawie, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie. Dostęp: 10.04.2022.
<https://bip.warszawa.wsa.gov.pl/1099/1022/informacje-ogolne-dotyczace-rozpraw-jawnych.html>
- Komunikat dotyczący organizacji rozpraw w Wojewódzkim Sądzie Administracyjnym w Łodzi. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi. Dostęp: 10.04.2022.
<http://lodz.wsa.gov.pl/259/122/komunikat-dotyczacy-organizacji-rozpraw-w-wojewodzkiem-sadzie-administracyjnym-w-lodzi.html>
- Moczydłowska, Wiesława. 2020. *NSA w trybie niejawnym, szybciej, ale bez ostatniego słowa pełnomocnika*. Dostęp: 18.03.2022.
<https://www.prawo.pl/podatki/rozpatrywanie-spraw-podatkowych-w-trybie-niejawnym-w-czasie,503914.html>
- Patryk, Aleksandra. 2021. *Na zdalną z togą, bez papierosa i kawy – savoir vivre w dobie nowoczesnych rozpraw*. Dostęp: 17.03.2022.
<https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/savoir-vivre-na-e-rozprawie,512372.html>
- Patryk, Aleksandra; Rojek-Socha, Patrycja. 2022. *W sądach coraz więcej e-rozpraw. I wciąż pytania o prawa stron*. Dostęp: 23.03.2022.
<https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/rozprawy-zdalne-statystyki-za-2020-2021-i-styczen-2022-r,513546.html>

- Szczególne rozwiązania organizacyjne związane ze stanem epidemii w Naczelnym Sądzie Administracyjnym. Naczelny Sąd Administracyjny. Dostęp: 10.01.2022. <https://www.nsa.gov.pl/szczególne-rozwiazania-organizacyjne-zwiazane-ze-stanem-epidemii.php>.
- Zarządzenie nr 39 Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 października 2020 r. w sprawie odwołania rozpraw oraz wdrożenia w Naczelnym Sądzie Administracyjnym działań profilaktycznych służących przeciwdziałaniu potencjalnemu zagrożeniu zakażenia wirusem SARS-CoV-2 w związku z objęciem Miasta Stołecznego Warszawy obszarem czerwonym, 2020. Naczelny Sąd Administracyjny. Dostęp: 10.02.2022. <https://www.nsa.gov.pl/zarzadzenia-prezesa-nsa.php>
- Zarządzenie nr 21 Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20 maja 2021 r. w sprawie organizacji pracy Naczelnego Sądu Administracyjnego oraz działań profilaktycznych służących przeciwdziałaniu potencjalnemu zagrożeniu zakażeniem wirusem SARS-CoV-2. 2021. Naczelny Sąd Administracyjny. Dostęp: 10.02.2022. <https://www.nsa.gov.pl/zarzadzenia-prezesa-nsa.php>
- Zarządzenie nr 12 Prezesa Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 26 maja 2021 roku w sprawie organizacji pracy Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie oraz działań profilaktycznych służących przeciwdziałaniu potencjalnemu zagrożeniu zakażeniem wirusem SARS-CoV-2. 2021. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie. Dostęp: 10.02.2022. <https://bip.warszawa.wsa.gov.pl/download/attachment/3646/zarzadzenie-nr-12-prezesa-wsa-w-warszawie.pdf>
- GUS, *Spółeczeństwo informacyjne w Polsce w 2021 r.* 2021. Główny Urząd Statystyczny. Dostęp: 10.02.2022. https://stat.gov.pl/download/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5497/2/11/1/spoleczenstwo_informacyjne_w_polsce_w_2021_r.pdf

Volume 20, Issue 1
June 2022

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2022-02-26
accepted 2022-03-15



Uwagi na temat statusu medycyny komplementarnej i alternatywnej w prawie polskim

Observations about the status of complementary and alternative medicine in Polish law

ANNA LYSZCZYNA

Uniwersytet Opolski

ORCID: 0000-0002-8203-2166, lyszczyna.a.m@gmail.com

Citation: Lyszczyna, Anna. 2022. Uwagi na temat statusu medycyny komplementarnej i alternatywnej w prawie polskim. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 20(1), 165–185, DOI: 10.25167/osap.4749.

Abstract: Complementary and alternative medicine are therapeutic methods not included in academic (conventional) medicine. In recent years, there has been a noticeable increase in the demand for this kind of paramedical services. In Poland, they have no separate legal regulation and therefore it is not clear whether they should be regarded as ‘ordinary’ or medical services. The aim of the article is to indicate the legal basis for the functioning of paramedical activity, define the subject of this paramedical activity, determine how the legal position of its recipients is shaped and to essay to predict the direction of possible changes. The article describes the genesis of paramedical activity, attempts to regulate some of its branches, the tendency of some international organisations to unify its status, the attitude that the medical and pharmaceutical self-governments take towards paramedicine in internal acts (regulating the principles of practice of the profession by its members). Using the available literature on the subject and making reference to the relevant doctrine and jurisprudence, the author analyses the current legal situation, which leads to presentation of proposals for the content of a legal definition of paramedicine and other postulates de lege ferenda resulting from the application of dogmatics of law in the civil research method.

Keywords: complementary and alternative medicine, consumer law, paramedical activity

Abstrakt: Medycyna komplementarna i alternatywna to metody terapeutyczne niezaliczane do medycyny akademickiej (konwencjonalnej). W ostatnich latach jest zauważalny wzrost popytu na usługi paramedyczne. W Polsce nie mają one odrębnej regulacji prawnej, dlatego nie jest jasne, czy powinny być traktowane jak „zwykła” usługa, czy usługa medyczna. Celem artykułu jest wskazanie podstaw prawnych funkcjonowania w obrocie działalności paramedycznej, przedmiotu tej działalności, tego, jak kształtuje się pozycja prawna jej odbiorcy oraz wskazanie kierunku ewentualnych zmian. Artykuł przybliży genezę działalności paramedycznej, podejmowane próby regulacji niektórych jej działów, tendencje organizacji międzynarodowych do ujednoczenia jej statusu, postawę, jaką przyjmuje wobec paramedycyny samorząd lekarski oraz farmaceutyczny w aktach wewnętrznych (regulujących zasady wykonywania zawodu przez jego członków). Celem badawczym jest analiza obecnej sytuacji prawnej, której efektem ma być przedstawienie propozycji zawartości legalnej definicji paramedycyny oraz innych postulatów *de lege ferenda*, wynikających z zastosowania dogmatyki prawa w ujęciu cywilistycznym jako metody badawczej.

Słowa kluczowe: medycyna komplementarna i alternatywna, prawo konsumenckie

Wstęp

W ostatnich latach nastąpił wzrost zainteresowania metodami komplementarnymi i alternatywnymi, które w języku polskim można zbiorczo nazwać paramedycznymi. Jednocześnie brak w prawie polskim dostosowanej do nich regulacji – nie podlegają prawu medycznemu, lecz funkcjonują na bazie ogólnych przepisów dotyczących obrotu gospodarczego. Można założyć, że jeżeli tendencja ta zostanie utrzymana, na pewnym etapie stworzenie odrębnej regulacji będzie niezbędne. Z tego powodu warto zastanowić się, czym jest medycyna komplementarna i alternatywna, w jaki sposób należy ją definiować, co do niej zaliczać, na jakich podstawach funkcjonuje obecnie, jak chronieni są jej odbiorcy, a także czy, a jeśli tak, to jakie zmiany należałoby w tym zakresie wprowadzić. Podstawowym celem badawczym jest przeprowadzenie analizy sytuacji paramedycyny w prawie polskim, zbadanie zagadnienia źródeł jej pochodzenia oraz warunków funkcjonowania w obrocie gospodarczym, wyszczególnienie ewentualnych luk i zagrożeń, a w efekcie – zaproponowanie postulatów *de lege ferenda*. Dla osiągnięcia celu postawione zostały następujące hipotezy: paramedycyna nie posiada obecnie jednolitej definicji, tym bardziej definicji legalnej; wypracowanie definicji legalnej paramedycyny jest konieczne dla uregulowania jej statusu prawnego; paramedycyna nie jest przedmiotem zainteresowania polskiego ustawodawstwa; paramedycyna funkcjonuje w obrocie prawnym na ogólnych zasadach dotyczących prowadzenia działalności gospodarczej; odbiorca produktów i usług paramedycznych powinien być podmiotem

szczególnie chronionym z uwagi na oddziaływanie tej dziedziny na zdrowie ludzkie.

W artykule została zastosowana dogmatyka prawa w ujęciu cywilistycznym. Krokiem koniecznym dla sprawdzenia zgodności z prawdą przedstawionych wyżej tez oraz hipotez okazało się badanie materiału normatywnego, który w jakikolwiek sposób odnosi się do tematu medycyny alternatywnej w sposób pośredni. Niektóre z analizowanych aktów prawnych należało rozpatrywać w kategorii przykładu dla przyszłej, potencjalnej regulacji. Połączenie powyższego z analizą wypowiedzi doktryny oraz orzecznictwa dało obraz sytuacji. Efektem końcowym jest połączenie obecnie istniejących rozwiązań prawnych oraz opinii o ich funkcjonowaniu, jak również wypracowanie na tej podstawie postulatów *de lege ferenda*.

1. Pojęcie medycyny komplementarnej i alternatywnej

Medycyna alternatywna, łączona z medycyną komplementarną, tradycyjną, naturalną, nie posiada jednolitej definicji. W publikacjach zajmujących się różnymi jej działami, w opracowaniach typu encyklopedycznego, jak również w licznych artykułach popularnonaukowych pojawiają się próby jej opisanie na poziomie ogólnym, czyli wyjaśnienia w możliwie jak najprostszym sposób – poprzez oględne wskazanie – czym dziedzina ta się zajmuje oraz jakich środków do osiągnięcia zakładanego celu używa. Również w czasopiśmie uznawanych za typowo medyczne coraz częściej można znaleźć odniesienia do terapii alternatywnych lub podejścia holistycznego (Ostrzyżek, Marcinkowski 2012: 682–686; Woźniak-Holecka, Zborowska, Holecki 2010: 21–28) traktowanego jako szersze spojrzenie na proces leczenia i uznającego metody alternatywne za elementy wspomagające terapię konwencjonalną. Oznacza to pewien zwrot w dotychczasowym pojmowaniu zastosowania środków alternatywnych, lecz także poszerzenie myślenia o procesie leczenia. Próżno jednak szukać w polskich aktach prawnych nie tylko pojęcia medycyny alternatywnej, ale i w ogóle medycyny jako takiej. Można założyć, że ustawodawca pozostawia wypracowanie tego pojęcia specjalistycznej literaturze medycznej, jednak skoro dział prawa, jakim jest prawo medyczne, rozwija się w dynamiczny sposób, na pewnym etapie legalne zdefiniowanie może okazać się konieczne.

Punktem wyjścia rozważań będzie pogląd, zgodnie z którym „bez znajomości przeszłości zrozumienie bieżącej sytuacji jest niemożliwe” (Gajda 2011: 8). Tak samo więc bez krótkiego wprowadzenia dotyczącego historii medycyny, czyli skrótowego opisu procesu, z którego wzięła ona swój początek, nie będzie możliwe wypracowanie jej definicji. Trafne tematycznie jest porównanie tej czynności do wywiadu przeprowadzanego przez lekarza na początku każdej wi-

zyty, będącego wprowadzeniem do rozpoznania choroby na podstawie dolegliwości pacjenta (Gajda 2011: 9). Historia medycyny będzie w tym miejscu istotna również dlatego, że może wskazać pierwotne miejsce medycyny konwencjonalnej, tradycyjnej, alternatywnej, czy też naturalnej w historii leczenia chorób. Określenie historii medycyny jako nauki „o rozwoju myśli lekarskiej i formach praktyki lekarskiej, o zdrowiu i chorobie człowieka (w sensie zarówno indywidualnym, jak i społecznym) w aspekcie historycznym” (Brzeziński 2000: 11) jest na tyle pojemne, że mogłyby się w nim znaleźć zarówno metody leczenia uznawane za konwencjonalne, jak i te alternatywne. Wyrażenie stosowane w tzw. krajach rozwiniętych – „medycyna uzupełniająca lub alternatywna” – oznacza stosowanie pozaakademickich praktyk medycznych, które głównie uzupełniają, rzadko – zastępują) metody konwencjonalne (Łazowski 2006 (uzup. 2014)). Innymi słowy medycyna alternatywna jest synonimem medycyny niekonwencjonalnej, tym samym oznacza „leczenie chorób metodami nieuznawanymi przez oficjalną medycynę” (Słownik języka polskiego PWN 2020), precyzując, „rozpoznawanie i «leczenie» chorób metodami opartymi na podstawach, które nie zostały lub też nie mogą być poddane dokładnej weryfikacji naukowej, lub co do których badania naukowe nie wykazały skuteczności” (Encyklopedia PWN 2020). Połączenie medycyny komplementarnej uzupełniająco z metodami właściwymi medycynie konwencjonalnej (czyli *de facto* z metodami do tej pory nieuznawanymi przez nią) pojawiło się stosunkowo niedawno – dla przykładu: w medycynie amerykańskiej po roku 1990 (Whorton 2000: 17). Przyczyną ucieczki niektórych pacjentów w stosowanie metod alternatywnych może być odczuwanie stresu powodującego szereg dolegliwości, na które medycyna konwencjonalna albo nie ma właściwego leczenia, albo leczenie to wyzwała określone i nieprzyjemne skutki uboczne (Chez, Jonas, Eisenberg 2000: 32).

Mimo że medycyna komplementarna i alternatywna stopniowo zaczyna być przedmiotem zainteresowania różnych dziedzin, w tym wskazanych wyżej medycyny (w rozumieniu konwencjonalnym) i socjologii, nie zawsze idzie to w parze z regulacją prawną tego typu metod. Częściowym wytłumaczeniem jest fakt, iż niektóre z działań paramedycyny są niezwykle trudne do ujęcia w jakiegokolwiek ramy prawne z uwagi na swoją specyfikę. Próby regulacji na poziomie Unii Europejskiej, a także prawa krajowego nie dotyczą wprost medycyny alternatywnej, pośrednio jednak należy rozważyć ich zastosowanie również do metod, którymi się ona posługuje. W pierwszej kolejności należy wskazać działania Unii Europejskiej w tym zakresie. Należą do nich rozporządzenia: nr 726/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. ustanawiające wspólnotowe procedury wydawania pozwoleń dla produktów leczniczych stosowanych u ludzi i do celów weterynaryjnych i nadzoru nad nimi oraz ustanawiające Europejską Agencję Leków oraz nr 1924/2006 Parlamentu

Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie oświadczeń żywnościowych i zdrowotnych dotyczących żywności, a ponadto Dyrektywa 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi. Wydanie wymienionych regulacji było możliwe dzięki przepisom Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE) – art. 168 TFUE tworzy Tytuł XIV Traktatu, a odnosi się do zapewnienia odpowiednio wysokiego poziomu zdrowia publicznego. Z kolei art. 49 TFUE znajdujący się w Tytule VI Rozdziale 2 „Prawo przedsiębiorczości” oraz 56 TFUE z Tytułu VI Rozdziału 3 „Usługi” są podstawą funkcjonowania medycyny alternatywnej jako przedmiotu prowadzonej działalności gospodarczej. W prawie polskim również brakuje aktu odnoszącego się bezpośrednio do paramedycyny, co nie oznacza, że nie istnieją prawne ramy jej funkcjonowania. Najważniejszym aktem prawnym, dzięki któremu działalność ta może być swobodnie prowadzona, jest ustawa z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (dalej: pr. przeds.), która wraz z pakietem ustaw towarzyszących tworzy tzw. Konstytucję biznesu. Dodatkowym źródłem regulacji wykonywania niektórych zawodów paramedycznych jest ustawa z dnia 22 marca 1989 r. o rzemiośle oraz akty wykonawcze do wyżej wymienionych, wśród których dużą rolę odgrywa rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 10 stycznia 2017 r. w sprawie egzaminu czeladniczego, egzaminu mistrzowskiego oraz egzaminu sprawdzającego, przeprowadzanych przez komisje egzaminacyjne izb rzemieślniczych. Z punktu widzenia prawa medycznego należy wymienić: ustawę z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (dalej: pr. farm.) w zakresie dotyczącym produktów leczniczych oraz ustawę z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych. Na tym tle Światowa Organizacja Zdrowia (dalej: WHO) od lat 90. XX wieku tworzy nową tendencję, czyniąc medycynę alternatywną przedmiotem swojego zainteresowania, a co za tym idzie, również badań. Ich efektem jest szereg dokumentów, które nie tylko opisują metody uznawane za niekonwencjonalne, podejmują próbę ich sklasyfikowania, ale także zawierają zalecenia – minimalne normy, które powinny spełniać osoby stosujące określone metody alternatywne. Polska jako członek WHO jest jednym z odbiorców treści zawartych w nich, zalecenia te są „drogowskazami”, w jakim kierunku podążać. Eksperti zaproszeni z całego świata (22 krajów) przez Organizację dyskutowali o roli, jaką odgrywa medycyna tradycyjna, komplementarna i alternatywna (WHO 2001: 1). Medycynę niekonwencjonalną w skrócie nazwano TM/CAM (WHO 2001: 1).

Wnioskując z ustawodawstwa zarówno unijnego, jak i krajowego wyróżnić można pewien zakres wspólny: dla ustalenia tego, czym jest medycyna oraz tego, czym powinna się ona zajmować należy uznać, iż wiąże się ona z zapewnianiem zdrowia poprzez działania podejmowane przez władze, a także unikaniem

występowania chorób w sposób dostępny zgodnie z najnowszymi osiągnięciami (badaniami) naukowymi. Idąc dalej tym tropem, pojęcia medycyny alternatywnej nie powinno się poszukiwać ani próbować wypracować w opozycji do medycyny konwencjonalnej, gdyż oba typy są ze sobą nierozzerwalnie związane poprzez historię medycyny. Tradycyjne metody leczenia są podwalinami dzisiejszej nauki medycznej, wiele leków zawiera wyciągi i ekstrakty pozyskiwane z roślin. Jednakże mimo istnienia różnic, podkreślenia wymaga szereg wzajemnych zależności, m.in. wywodzenie się jednego typu z drugiego, podobny schemat przebiegu leczenia (rozpoznanie dolegliwości – dobranie odpowiedniej terapii – zapobieganie dalszym skutkom), rola wspomagająca medycyny komplementarnej i alternatywnej (jako jednego z elementów procesu leczenia w rozumieniu konwencjonalnym, np. obok farmakoterapii).

Brzmienie definicji medycyny alternatywnej i komplementarnej powinno w przeważającym stopniu opierać się na podkreśleniu różnic pomiędzy nimi a medycyną konwencjonalną. Proste zdefiniowanie od strony negatywnej – w rodzaju: medycyną alternatywną i komplementarną jest wszystko to, co nie jest uznawane powszechnie za medycynę konwencjonalną – nie sprawdzi się dlatego, że nie uwzględni pozycji tych dziedzin we wszystkich krajach świata i wszelkich wydanych przez organizacje międzynarodowe dokumentach czy ustaw różnych państw. Zawężenie mogłoby dotyczyć ustawodawstwa krajowego, oddania statusu, który w nim posiada medycyna komplementarna i alternatywna oraz pozycji zajmowanej przez nią w stosunku do medycyny konwencjonalnej. Czynniki, które należy wziąć przy tym pod uwagę, są następujące:

– czy do grupy metod medycyny alternatywnej i komplementarnej dane państwo (ustawodawstwo) zalicza wyłącznie metody o udowodnionych efektach leczniczych, czy też wszelkie niezaliczane do metod medycyny konwencjonalnej niezależnie od możliwości udowodnienia ich efektywności; jeśli jedynie te, których działanie zostało potwierdzone, należy rozszerzyć kryterium o rodzaje badań, które muszą zostać przeprowadzone, aby móc zaliczyć je do tej grupy;

– czy pod pojęciem terapii rozumiane są wyłącznie terapie medyczne, czy także pozostające poza nurtem medycyny konwencjonalnej; w przypadku gdy będą to wyłącznie terapie medyczne, koniecznym krokiem jest doprecyzowanie, co oznacza przymiotnik „medyczne” (np. czy mające na celu wyłącznie diagnozę oraz leczenie, czy też jego wspomaganie, a jeśli tak, to na jakich warunkach, w jaki sposób, jakimi metodami);

– czy dana terapia jest uznawana przez medycynę konwencjonalną, czy też nie;

– czy dana terapia jest przebadana oraz co rozumie się przez „przebadanie” (atest, powszechnie udostępnione wyniki skuteczności, zezwolenie na jej prowa-

dzenie wydane przez właściwy organ, ukończone studia, studia podyplomowe lub inna ścieżka kształcenia), czy też nie;

– jaka jest pozycja prawna osób wykonujących usługi z zakresu danej terapii.

Stosownie do wyżej wymienionych czynników możliwe byłoby sformułowanie definicji medycyny komplementarnej i alternatywnej dla każdego państwa z osobna i w niemal każdym przypadku byłaby ona odmienna z uwagi na to, iż stosunek poszczególnych krajów do niej znacząco się od siebie różni. Wpływ na jej postrzeganie ma również tradycja stosowania konkretnych metod w danym państwie. Próba skonstruowania definicji ogólnej musiałaby opierać się o wszystkie dotychczas wymienione czynniki, przy czym i tak w każdym kraju miałyby inne rozwinięcie. Przykładowa definicja prawna (jednocześnie ogólna i będąca bazą do rozwinięcia w każdym państwie z osobna) mogłaby wyglądać w następujący sposób: medycyna alternatywna i komplementarna jest działem wspomagającym medycyny w rozumieniu konwencjonalnym, stosowanym w celu osiągnięcia lepszego efektu całościowego leczenia, posługującym się metodami (terapiami), które ustawodawstwo danego państwa uznało (na podstawie kryterium efektywności działania lub jakiegokolwiek innego w nim przyjętego) za należące do tej grupy, m.in. za pomocą przeprowadzonych badań, konsultacji, dopuszczenia do obrotu w formie decyzji uprawnionego w danym państwie organu lub które na podstawie ugruntowanych przekonań i tradycji są w nim stosowane przez osoby posiadające stosowną wiedzę lub kwalifikacje.

2. Medycyna komplementarna i alternatywna jako przedmiot działalności

Rejestracja działalności gospodarczej jest pierwszym krokiem do podjęcia jej wykonywania. Osoba fizyczna dokonuje wyboru przedmiotu działalności i określa go kodem przypisanym w Polskiej Klasyfikacji Działalności (dalej: PKD) na poziomie podklasy, w tym wskazując jeden przedmiot przeważającej działalności zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 8 Ustawy z dnia 6 marca 2018 r. o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy. Określenie musi być dokładne, wyczerpujące i zawierać nie więcej niż dziesięć pozycji, w tym jeden przedmiot przeważającej działalności na poziomie podklasy (art. 40 pkt 1 Ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym). PKD stanowi oznaczenie stosowane w statystyce, ewidencji i dokumentacji oraz rachunkowości, a także w urzędowych rejestrach i systemach informacyjnych administracji publicznej (§ 1 Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD)). Działalność ma miejsce wówczas, gdy czynniki takie jak: wyposażenie,

siła robocza, technologia produkcji, sieci informacyjne lub produkty są powiązane w celu wytworzenia określonego wyrobu lub wykonania usługi, a jest ona charakteryzowana przez produkty wejściowe (wyroby lub usługi), proces technologiczny oraz przez produkty wyjściowe (Załącznik PKD cz.1: pkt 3.4). Dział 86 – „Opieka zdrowotna” – oprócz działalności związanej z metodami konwencjonalnymi leczenia (m.in. działalnością szpitali, porad lekarskich, praktyki dentystycznej) obejmuje również działalność paramedyczną (Załącznik PKD cz. 3: 297). Jest ona szczegółowo opisana w podklasie 86.90.D i obejmuje działalność paramedyczną prowadzoną w takich dziedzinach jak irydologia, homeopatia, akupunktura, akupresura itp., która może być prowadzona w placówkach medycznych, takich jak przychodnie ogólne, specjalistyczne placówki medyczne inne niż szpitale, prywatne gabinety, oraz w domu pacjenta, a także w obiektach zapewniających zakwaterowanie, ale innych niż szpitale (Załącznik PKD cz. 3: 299). Działalność paramedyczna była obecna również w poprzedniej klasyfikacji pod kodem 85.14.E (Klucz powiązań PKD, Tablica Nr 2: 485). PKD umożliwia podział działalności gospodarczej na części i nazwy, co skutkuje identyfikacją konkretnej, podejmowanej i wykonywanej działalności w odniesieniu do kategorii, do której należy (Powałowski 2009: 25).

Mimo braku definicji medycyny alternatywnej zarówno w prawodawstwie unijnym, jak i w randze ustawowej wyjaśnienia do rozporządzenia o PKD zawierają jej namiastkę. Poprzez przykładowe i otwarte wyliczenie (co sugeruje dodanie „itp.” po wskazaniu rodzajów działalności) nie został ograniczony katalog dziedzin, które dzięki kodowi 86.90.D mogą istnieć na rynku. Zastanawiającą kwestią jest skupienie się wyłącznie na usługach, na co wskazują wymienione – i to nie w formie otwartego wyliczenia – miejsca, w których działalność ta może być prowadzona – „przychodnie”, „placówki”, „gabinety”. Co do zasady wyklucza to zakwalifikowanie sklepu (również w formie sprzedaży internetowej) oferującego urządzenia i preparaty stosowane w medycynie alternatywnej jako działalności pod kodem 86.90.D. Z jego wyjaśnienia wynika bowiem, że z założenia mają to być usługi polegające na wykonywaniu zabiegów zaliczanych do kategorii paramedycznych. Należy jednak zwrócić uwagę na to, że paramedycyna jest o wiele szerzej rozwiniętym segmentem rynku, o dużej rozpiętości związanych z nią działań. Jest obecna w nauczaniu (studia, studia podyplomowe), ofercie szkoleniowej, na rynku wydawniczym (czasopisma tematyczne, książki) oraz – co najbardziej znamienne z dotychczas wymienionych – w ofercie sprzedaży. Kierując się PKD oraz wyjaśnieniami ustawodawcy, można przyjąć, że każda z tych form będzie dominująca nad paramedyczną. W tym miejscu należy rozróżnić dwa kierunki interpretacji: pierwszy, w którym produkty paramedyczne są uznawane za część regulacji dotyczących wyrobów medycznych, suplementów diety, a także produktów leczniczych, i drugi, w któ-

rym są one uznawane za artykuły spożywcze oraz przedmioty „codziennego użytku”. Niezależnym podziałem będzie prowadzenie sprzedaży detalicznej i hurtowej. W przypadku, w którym produkty paramedyczne będą zaliczane do produktów leczniczych (leków), w grę wchodzi kody 21.10.Z „Produkcja podstawowych substancji farmaceutycznych” (surowców, z połączenia których leki są wytwarzane), 21.20.Z „Produkcja leków i pozostałych wyrobów farmaceutycznych”, 47.73.Z „Sprzedaż detaliczna wyrobów farmaceutycznych prowadzona w wyspecjalizowanych sklepach” (z tego względu należy określić, czy działalność będzie miała charakter detaliczny, czy hurtowy). Uznanie za wyroby medyczne powinno skutkować zastosowaniem kodu 47.74.Z „Sprzedaż detaliczna wyrobów medycznych, włączając ortopedyczne, prowadzona w wyspecjalizowanych sklepach”, a za suplement diety – 47.29.Z „Sprzedaż detaliczna pozostałej żywności prowadzona w wyspecjalizowanych sklepach”. Gdyby produkty i urządzenia paramedyczne nie zostały zaliczone do wyrobów medycznych, suplementów diety lub produktów leczniczych, kody uległyby zmianie. Dla produktów w formie płynnej mogłyby to być kody z działu 10, przykładowo 10.83.Z „Przetwórstwo herbaty i kawy” (w tym herbat ziołowych, stąd wskazanie na ten kod) lub 10.32.Z „Produkcja soków z owoców i warzyw”, dla produktów w postaci stałej np. 10.86.Z „Produkcja artykułów spożywczych homogenizowanych i żywności dietetycznej” (m.in. jest to żywność dietetyczna zalecana do stosowania przy leczeniu schorzeń, żywność o niskiej zawartości sodu lub bez sodu, zawierająca sole mineralne). Co ciekawe, produkcja olejków eterycznych, a więc w ujęciu paramedycznym preparatu, którym posługuje się aromaterapia, będzie posiadała swój odrębny kod – 20.53.Z „Produkcja olejków eterycznych”, niezależnie od przyjętego powyżej podziału. Istotnymi kwestiami oprócz pozycji „medycznej” lub „niemedycznej” produktów i urządzeń medycyny alternatywnej w zakresie dopasowania kodu będą więc wybór pomiędzy produkcją a sprzedażą oraz w przypadku sprzedaży podział na detaliczną i hurtową, sprowadzający się do wyboru charakteru prowadzonej działalności (np. „medycznej hurtowej” 46.46.Z „Sprzedaż hurtowa wyrobów farmaceutycznych i medycznych” lub „niemedycznej hurtowej” 46.34.B „Sprzedaż hurtowa napojów bezalkoholowych”).

Istnieją również wskazówki *a contrario*, czym nie jest działalność paramedyczna, zawarte w ustawach regulujących kwestie związane z wykonywaniem zawodów medycznych. Specjalista medycyny alternatywnej nie jest lekarzem, ponieważ wykonywanie zawodu lekarza polega na udzielaniu przez osobę posiadającą wymagane kwalifikacje – potwierdzone odpowiednimi dokumentami – świadczeń zdrowotnych, w szczególności na: badaniu stanu zdrowia, rozpoznawaniu chorób i zapobieganiu im, leczeniu i rehabilitacji chorych, udzielaniu porad lekarskich, a także wydawaniu opinii i orzeczeń lekarskich (art. 2

ust. 1 Ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza denty, dalej: z.l.l.d.). Wymagane kwalifikacje oznaczają przyznanie prawa wykonywania zawodu przez Okręgową Radę Lekarską osobie, która spełnia łącznie kilka warunków, wśród których prym w zróżnicowaniu paramedycyny od medycyny konwencjonalnej wiedzie posiadanie dyplomu lekarza wydanego przez odpowiednią instytucję (art. 5 ust. 1 pkt 2a z.l.l.d.). Nie jest wykluczona sytuacja, w której dyplomowany lekarz dodatkowo jest specjalistą w dziedzinie medycyny alternatywnej, jednak dodatkowa działalność nie ma związku z działalnością główną w tym znaczeniu, że prawo do tytułu oraz szereg uprawnień przypisanych dyplomowanemu lekarzowi przysługuje mu wyłącznie dzięki posiadaniu uprawnień lekarskich. W tym miejscu należy wskazać, że sytuacja łączenia zawodu lekarza medycyny konwencjonalnej i specjalisty z zakresu paramedycyny została oceniona negatywnie przez Naczelną Radę Lekarską (dalej: NRL) jako naruszenie art. 57 (rozdziału IV) Kodeksu Etyki Lekarskiej (dalej: KEL) – w szczególności mowa o ust. 1 wymienionego artykułu o następującej treści: „Lekarzom nie wolno posługiwać się metodami uznanymi przez naukę za szkodliwe, bezwartościowe lub niezwyfikowanymi naukowo. Nie wolno im także współdziałać z osobami zajmującymi się leczeniem, a nie posiadającymi do tego uprawnień” (Stanowisko Nr 24-02-IV). Opinia jest jedynie wyrazem zajętego stanowiska, wskazuje ona na możliwy kierunek interpretacji zachowania lekarzy. Należy wskazać, że postanowienia KEL mogą być przedmiotem kontroli Trybunału Konstytucyjnego w związku z odpowiednimi przepisami ustawowymi, ponieważ łącznie ich rozpatrzenie wskazuje na normę prawną wywiedzioną z powołanych przepisów i postanowień (sygn. akt SK 16/07). Sam KEL ma na celu zapewnienie najlepszego sposobu wykonywania praktyki lekarskiej oraz tym samym zapewnienie dobra pacjentów, a jego regulacje są zbieżne z normami wynikającymi z przepisów prawa (sygn. akt SK 16/07). Chodzi więc o fakt, że same postanowienia KEL (bez nawiązywania do przepisów ustawowych) pozostają poza obowiązującym porządkiem prawnym, a walor powszechności rozumianej jako obowiązująca norma prawna zyskują dopiero w połączeniu (oraz ze względu na) przepisy konkretnej ustawy, np. o izbach lekarskich (sygn. akt SK 16/07). Idąc dalej tym tropem – zarzucane naruszenie norm KEL powinno również mieć oparcie w przepisie ustawy. W przypadku art. 57 KEL może to być art. 4 z.l.l.d. stanowiący, iż lekarz ma obowiązek wykonywać zawód, zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należyłą starannością. NRL dodatkowo wyraziła zaniepokojenie, że część lekarzy i lekarzy denty, organizacji lekarskich i uczelni medycznych angażuje się w popularyzację homeopatii i pokrewnych metod, służąc pomocą w organizacji szkoleń i działań mających na celu legitymizowanie oraz

promocję homeopatii (Stanowisko Nr 7/08/V). Należy wskazać, że powyższych dokumentów nie powinno się odbierać jako powszechnego zakazu stosowania metod alternatywnych (w tym homeopatii), gdyż obowiązują jedynie dyplomowanych członków samorządu lekarskiego. Stanowisko nr 7/08/V NRL było przedmiotem sporu z Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Decyzją Nr DOK – 6/2011 Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKiK) uznał stanowisko Naczelnej Rady Lekarskiej za praktykę ograniczającą konkurencję, nakładając na Naczelną Izbę Lekarską karę pieniężną w wysokości 49 113,89 zł (Nr DOK – 6/2011). Po odwołaniu wniesionym przez NIL i apelacji od wyroku sądu I instancji wniesionej przez Prezesa UOKiK sprawa zakończyła się wydaniem wyroku przez Sąd Apelacyjny w Warszawie, który oddalił apelację Prezesa UOKiK (sygn. akt VI ACa 75/15). UOKiK poinformował, iż „w ustnym uzasadnieniu SA podał, że była to jedynie niewiążąca opinia samorządu zawodowego, która nie wpływa na możliwość przepisywania leków homeopatycznych. Jednocześnie Sąd podkreślił, że nie badał skuteczności stosowania terapii homeopatycznej” (UOKiK 2016).

Powyższa kwestia rozpatrywana w odniesieniu do aptek i farmaceutów nie jest jednoznaczna. Należy zauważyć, iż prawo do wykonywania zawodu farmaceuty posiada osoba, która przede wszystkim ukończyła odpowiednie studia na kierunku farmacja (art. 2b ust. 1 Ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich). Także w przypadku farmaceuty możliwa jest sytuacja, w której jednocześnie jest on specjalistą paramedycyny albo entuzjastą stosowanych w niej środków. Naczelna Rada Aptekarska nie zajęła oficjalnego stanowiska w tej sprawie. Dostępna jest jednak informacja o poparciu przez jej władze homeopatii w liście do firmy BOIRON, co podzieliło członków samorządu (Słowik, Styczyński 2017). W tej sytuacji dodanie odpowiedniego kodu PKD do listy przedmiotów działalności apteki uzasadnia sprzedaż zarówno produktów leczniczych, jak i suplementów diety w aptekach. Nazwa „apteka” jest zastrzeżona wyłącznie dla miejsca świadczenia określonych usług farmaceutycznych (art. 86 ust. 2 pr. farm.). Aby prowadzić aptekę (zarówno ogólnodostępną, jak i szpitalną), należy uzyskać zezwolenie Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego (art. 100 ust. 3 oraz art. 106 ust. 1 pr. farm.) i spełnić szereg warunków, wśród których jest podanie imienia i nazwiska farmaceuty odpowiedzialnego za prowadzenie apteki oraz jego identyfikatora jako pracownika medycznego (art. 100 ust. 1 pkt 5 pr. farm.). Prawo do ubiegania się o zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej ma farmaceuta posiadający prawo wykonywania zawodu przyznane zgodnie z przepisami dotyczącymi izb aptekarskich i prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą, spółka jawna lub spółka partnerska, której przedmiotem działalności jest wyłącznie prowadzenie aptek i w której wspólnikami (partnerami) są wyłącznie farmaceuci, także posiadający prawo

wykonywania zawodu (art. 99 ust. 4 pkt 1–2 pr. farm.). Zezwolenie na uruchomienie apteki szpitalnej jest udzielane na wniosek kierownika podmiotu leczniczego wykonującego stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne, w którym ma zostać uruchomiona apteka szpitalna (art. 106 ust. 2 pr. farm.). Nieco inaczej kształtują się wymogi dotyczące punktu aptecznego, który może być prowadzony jedynie na terenach wiejskich, jeżeli na terenie danej wsi nie jest prowadzona apteka ogólnodostępna, przy czym może go prowadzić osoba fizyczna, osoba prawna oraz niemająca osobowości prawnej spółka prawa handlowego przy pomocy ustanowionego kierownika, odpowiedzialnego za prowadzenie punktu (art. 70 ust. 2, 2a, 3 pr. farm.). Biorąc pod uwagę powyższe wymagania i główny cel założenia apteki, należy uznać, że sprzedaż środków paramedycznych będzie w niej działalnością dodatkową, o ile w ogóle zaistnieje. Bardziej odpowiednie do tego celu wydają się sklepy zielarsko-medyczne, sklepy specjalistyczne zaopatrzenia medycznego oraz sklepy ogólnodostępne, w tym przypadku rozumiane jako placówki obrotu pozaaptecznego, które mogą prowadzić sprzedaż produktów leczniczych wydawanych bez przepisu lekarza (art. 71 ust. 1 pkt 1–3 pr. farm.). Jednak i tu nałożono ograniczenie: sklepy takie mogą być prowadzone przez farmaceutę, technika farmaceutycznego oraz absolwenta kursu II stopnia z zakresu towaroznawstwa zielarskiego lub przedsiębiorców zatrudniających wymienione osoby jako kierowników tych placówek (art. 71 ust. 2 pr. farm.). W tym miejscu należy dojść do konkluzji, w której jednoznaczne uznanie wszelkich produktów stosowanych w paramedycynie za produkty lecznicze lub wyroby medyczne stanowiłoby zaostrożenie reguł nie tylko samego wprowadzania ich na rynek, lecz także tworzenia miejsc, w których mogą być sprzedawane. Częściowo ma to już miejsce, jak np. ustalenie reguł dotyczących homeopatycznego produktu leczniczego.

Rozważając to, czym działalność paramedyczna nie jest, konieczne staje się jej porównanie do działalności leczniczej. Działalność lecznicza oznacza udzielanie świadczeń zdrowotnych również za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności, poza tym może polegać na promocji zdrowia lub realizacji zadań dydaktycznych i badawczych w powiązaniu z udzielaniem świadczeń zdrowotnych i promocją zdrowia, w tym wdrażaniem nowych technologii medycznych oraz metod leczenia (art. 3 ust. 1 i 2 pkt 1–2 Ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, dalej: dział. leczn.). Kluczowe w rozstrzygnięciu, czy działalność paramedyczna może być działalnością leczniczą, będzie ustalenie, co rozumie się pod pojęciem udzielania świadczeń zdrowotnych. Są to działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania (art. 2 ust. 1 pkt 10 dział. leczn.). Paramedycynę trudno przypisać jednoznacznie do które-

goś z elementów powyższego katalogu. Możliwe do wzięcia pod uwagę z czysto formalnego punktu widzenia są kategorie zachowania zdrowia lub pomoc w powrocie do niego. Jednak czynności te wiążą się z wykonywaniem zawodu medycznego, gdyż jedynie osoba wykonująca taki zawód jest uprawniona na podstawie odrębnych przepisów do udzielania świadczeń zdrowotnych oraz osobą legitymującą się nabyciem fachowych kwalifikacji do udzielania świadczeń zdrowotnych w określonym zakresie lub w określonej dziedzinie medycyny (art. 2 ust. 1 pkt 2 dział. leczn.). Z tego względu działalność lecznicza jest działalnością regulowaną w rozumieniu pr. przedś. (art. 16 ust. 1 dział. leczn.). Należy stwierdzić, że co do pojęcia działalności leczniczej w grę wchodzi jedynie medycyna konwencjonalna (alopatyczna) i rozszerzenie wymienionych przepisów na paramedycynę wymagałoby stworzenia odpowiednich regulacji. Elementem, dzięki któremu niektóre metody zaliczane do medycyny naturalnej przenikają do sformalizowanej działalności leczniczej poprzez usługi rehabilitacyjne (art. 9 i 12 dział. leczn.), może być krioterapia. Należy jednak nadmienić, że zawód fizjoterapeuty również jest zawodem regulowanym i do jego wykonywania potrzebne są potwierdzone kwalifikacje.

3. Odbiorca usług medycyny komplementarnej i alternatywnej – konsument, usługobiorca lub podmiot *sui generis*

Biorąc pod uwagę elementy składowe definicji oraz cechy charakterystyczne zarówno konsumenta, jak i usługobiorcy, należy zastanowić się, w jakiej pozycji w stosunku do nich znajduje się odbiorca usług medycyny komplementarnej i alternatywnej. Możliwością jest kilka: może być częścią powyższych, może być podmiotem zupełnie odrębnym, może też częściowo posiadać cechy charakterystyczne dla nich, a częściowo właściwe wyłącznie sobie.

Odbiorca usług medycyny komplementarnej i alternatywnej jest w przeważającej większości przypadków osobą fizyczną, która udaje się do wybranego gabinetu lub sklepu – czyli do podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą w danej dziedzinie. Otrzymuje w nim usługę, która w pewnym zakresie może być połączona ze sprzedażą konkretnego specyfiku lub urządzenia. Najczęściej preparat lub urządzenie nie są sprzedawane w ilościach hurtowych, a ich przekazanie odbiorcy łączy się ze swoistą „diagnozą” jego potrzeb w danym momencie. Jest to więc usługa spersonalizowana. Spojrzenie na tę czynność jak na zwykły element handlu, w głównej mierze umowy sprzedaży, zawęży pole rozumienia jej znaczenia i konsekwencji także – a może przede wszystkim – prawnych. Czym innym bowiem jest sprzedaż powszechnie znanych artykułów spożywczych, czy nawet urządzeń gospodarstwa domowego, a czym innym przekazanie danej mieszanki ziół (bądź innego rodzaju preparatów) lub urządzenia, co do którego

zapewnia się, że ma określone działanie terapeutyczne. Stosowanie bez wcześniejszego rozpoznania celu zakupu takich towarów może stworzyć zagrożenie dla zdrowia ludzkiego w szerokim tego sformułowania znaczeniu. Jeśli każda osoba może swobodnie przyjść do sprzedawcy, oddziaływanie to zaczyna mieć rangę wpływu na zdrowie całego społeczeństwa (tzw. zdrowie publiczne). Niezachowanie w tym miejscu odpowiednich reguł bezpieczeństwa, niedostosowanie się do powszechnie obowiązujących przepisów może stworzyć sytuację zagrożenia. Natomiast jeśli wszelkie reguły zostały zachowane i wszystko odbywa się zgodnie z literą prawa, a mimo to zagrożenie jest realne, należy rozważyć zmianę przepisów w określonym kierunku, stworzenie dodatkowych reguł, które jeśli nie zupełnie wyeliminują stan zagrożenia, to przynajmniej go zmniejszą, ujmując dany typ działalności w dodatkowe ramy, najczęściej – zaostrzające reguły jego świadczenia i dodające pewne obowiązki jego wykonawcom. Można też spojrzeć na tego typu zmiany regulacji jak na dodatkowe obowiązki instytucji państwowych wobec obywateli. Nie należy zakazywać świadczenia pewnych usług tylko dlatego, że w niektórych przypadkach i pod pewnymi warunkami mogą się one okazać ryzykowne dla odbiorcy. Byłoby to przejawem nadmiernej i jednocześnie niepotrzebnej opiekuńczości. Dobrym wyjściem wydaje się stworzenie maksymalnie bezpiecznych warunków dla osób chcących z nich korzystać. Może się to stać dzięki stworzeniu jednolitej i optymalnej regulacji prawnej nie tylko dla odbiorców, lecz także dla świadczących tego typu usługi. Odbiorca znajduje się w centrum zainteresowania podmiotu świadczącego daną usługę. Podmiotowi takiemu również powinno zależeć na bezpieczeństwie odbiorcy – nie wykluczając aspektu bycia prowadzącym działalność gospodarczą i wypracowywanej w ten sposób renomy. Dla żadnego przedsiębiorcy nie jest pożądana sytuacja, w której niezadowolony klient składa reklamację lub – idąc o krok dalej – udaje się do odpowiednich instytucji państwowych ze skargą na jego działania. Najlepszym efektem jest zadowolenie z jakości wykonania usługi oraz polecenie gabinetu innym potencjalnym klientom. Zamierzenie takie jest wspólne wszystkim prowadzącym działalność, również w dziedzinie medycyny alternatywnej, niezależnie od pewnych szczególnych cech czy specyfiki, jaką bez wątpienia jest wpływ na zdrowie. Odbiorca produktów i usług medycyny alternatywnej ponadto zazwyczaj zarówno jest podmiotem zorientowanym w kwestiach technicznych właściwych danej dziedzinie (wie, jak działa zakładany w niej mechanizm), jak i wie dokładnie, jaki efekt zamierza dzięki temu osiągnąć. Można więc założyć, że jest osobą zorientowaną. Wiele z tych osób zwraca uwagę na posiadane przez podmioty świadczące usługi kwalifikacje i certyfikaty, co powinno być czynnikiem decydującym o minimalnym poziomie bezpieczeństwa ich wykonania. Jednak jest też grupa odbiorców, którzy kierują się poleceniem przez inną osobę. Dla nich kluczowym czynnikiem nie

jest możliwość wylegitymowania się odpowiednim dokumentem z posiadanych umiejętności przez usługodawcę, lecz fakt polecenia i zasłyszana opinia. Nie oznacza to, że te osoby tylko z tego względu mają być pozbawione pewnego standardu. Można więc powiedzieć, że odbiorca usług medycyny komplementarnej i alternatywnej co do zasady jest osobą zorientowaną w różnych jej dziedzinach i technikach, jakimi się posługuje, ponieważ jako entuzjasta jest zainteresowany posiadaniem wiedzy na temat. Jednak odbiorca może być nie tylko osobą fizyczną rozumianą jako podmiot prywatny, dokonujący zakupu dla siebie. Może to być zarówno przedsiębiorca (prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą), spółka, jak i uczelnia wyższa, jej student. Wszystkie te podmioty mogą stać się pośrednimi odbiorcami paramedycyny, gdyż w jej ramach odbywają się liczne szkolenia, a nawet studia. Ponadto rozwój działalności w tej dziedzinie może polegać na tworzeniu kolejnych punktów, gabinetów lub sklepów franczyzowych w różnych miejscach kraju (także mobilnych), co łączy się z zakupem praw do prowadzenia działalności gospodarczej pod określonym szyldem, o określonym poziomie know-how, produktami, cennikiem usług w zamian za odpowiednie opłaty, wnoszone cyklicznie.

Grono odbiorców usług związanych bezpośrednio lub pośrednio z medycyną komplementarną i alternatywną jest więc szerokie. Nie oznacza to niemożliwości poddania go klasyfikacji zgodnej ze schematem usługobiorca-konsument. Można, a nawet trzeba myśleć o nim jako o konsumentcie, a w określonych przypadkach – jako o usługobiorcy. Jest to koniecznością w obecnym stanie prawnym, w którym brak odrębnej regulacji prawnej medycyny komplementarnej i alternatywnej, a działalność gospodarcza w tej dziedzinie jest ujęta w ramy ogólnie pojętej działalności gospodarczej (niemedycznej w konwencjonalnym tego słowa rozumieniu). Jako konsumenta należy postrzegać odbiorcę usług medycyny alternatywnej, gdy posiada cechy konsumenta zgodne z treścią polskiego ustawodawstwa: jest osobą fizyczną i zamawia wykonanie usługi przez przedsiębiorcę na potrzeby prywatne, tak więc jej wykonanie dla niego nie jest potrzebne do prowadzonej działalności gospodarczej czy zawodowej. Z tego względu usługobiorca może pozostawać równocześnie konsumentem. Usługobiorcą będzie w tym przypadku także każdy pomiot prowadzący działalność – indywidualną czy w formie spółki bez względu na fakt, czy ma zamiar spożytkować usługę wśród swoich pracowników, czy też nabyć pakiet „startowy” do rozwinięcia własnej działalności. W pojęciu usługobiorcy znajdować się powinien każdy odbiorca usługi, nie tylko konsument. Tutaj determinantem przynależności nie jest chęć nabycia dobra na własny użytek, lecz bycie adresatem wykonanego „zlecenia”. Tak rzecz przedstawia się w aktualnym stanie prawnym. Warto jednak zastanowić się, czy jest to dobre rozwiązanie. Argumentem przemawiającym za tym, aby nie zamykać odbiorcy produktów

i usług paramedycznych w ramach konsumenta i usługobiorcy, jest specyfika tej działalności. Oczywiście jest, że w zasadzie każdy produkt spożywczy, a nawet każde urządzenie ma w mniejszym czy większym stopniu wpływ na zdrowie, zachowanie, a nawet życie człowieka. Jednak żaden z produktów nie odwołuje się w tak bezpośredni i otwarty sposób do przebiegu chorób oraz przedstawienia możliwości ich leczenia (także wspomagającego). Dlatego innym wyjściem jest zupełne zerwanie z kategoriami konsumenta i usługobiorcy i opowiedzenie się za tym, aby odbiorca usług medycyny komplementarnej i alternatywnej był odrębną kategorią ze wszystkimi tego następstwami – przede wszystkim z brakiem podlegania przepisom chroniącym konsumentów w obecnym kształcie. Naturalną konsekwencją byłaby konieczność wypracowania własnego, być może zaostrego systemu ochrony odbiorcy tego typu produktów i usług. Wiele rozwiązań prawa konsumenckiego jest jednak korzystnych, co więcej – sprawdzonych w praktyce, i tworzenie nowej regulacji siłą rzeczy potrzebowałoby takiego wzorca. Dlatego wyjściem rozsądniejszym, przynajmniej na początku, byłoby wskazanie, że przepisy dotyczące konsumentów znajdują zastosowanie w przypadku odbiorcy produktów i usług paramedycznych, a także dodanie dalej idących przepisów prawa konsumenckiego, dotyczących jedynie dziedzin medycyny komplementarnej i alternatywnej. Pociągałoby to za sobą konieczność zakreslenia tego, jakiej kategorii odbiorców ma ono dotyczyć. Mimo że tego typu rozszerzenie jest możliwe do wyobrażenia w szczególnej sytuacji produktów i usług medycyny komplementarnej i alternatywnej, wydaje się nie do końca uzasadnione. Osoba prawna stanowiąca jednocześnie odbiorcę w dziedzinie paramedycyny nie przestaje być równorzędną stroną umowy zobowiązaniowej. To osoba fizyczna pozostaje podmiotem słabszym i jej ochrona wydaje się w każdym stopniu uzasadniona. Co do osób prawnych zwiększenie odpowiedzialności usługodawcy i pewne zaostrenie reguł kontraktowych jest dobrym rozwiązaniem, ale nadmierne rozszerzenie zapewnianej im ochrony doprowadziłoby do zaburzenia równowagi stosunku zobowiązaniowego. Omawiana powyżej hipotetyczna regulacja jest logicznym rozwiązaniem, jeśli wziąć pod uwagę, że jednym ze sposobów na uregulowanie sytuacji jest stworzenie specjalnej ustawy. W słowniczku takowej mogłaby się znaleźć definicja odbiorcy produktów i usług medycyny komplementarnej i alternatywnej podobna tym, które można znaleźć w regulacjach dotyczących usług płatniczych czy pocztowych. Kluczową w niej rolę musiałby odgrywać aspekt oddziaływania zdrowotnego, jak również definicja tego, czym jest medycyna komplementarna i alternatywna. Nie jest to niemożliwe do sformułowania – szczególnie z uwagi na możliwość zastosowania metody „kazuistycznej”, zarówno poprzez pozytywne wymienienie, czym jest, jak i poprzez negatywne zakreslenie, czym nie jest. Z pewnością nie byłaby to regulacja doskonała. Mimo to o wiele lepszą sytu-

ację tworzy perspektywa jedynie kilku poprawek już istniejącej, kompleksowej regulacji niż niepewność związana z faktem, że takowa regulacja nie istnieje i przepisy należy stosować „odpowiednio”, podczas gdy nie zawsze przystają one do specyfiki danej dziedziny, a równocześnie nie są podejmowane żadne próby jej stworzenia.

Wnioski

Pojęcia medycyny komplementarnej i alternatywnej nie powinno się poszukiwać, ani próbować wypracować w opozycji do medycyny konwencjonalnej, gdyż oba typy są ze sobą nierozzerwalnie związane poprzez historię medycyny. Istnieje zasadnicza różnica w pojmowaniu medycyny komplementarnej i alternatywnej przez kulturę zachodnią i kulturę wschodnią. W kulturze wschodniej ma ona inny kontekst: w sytuacji krajów rozwijających się, w których dostęp do medycyny konwencjonalnej jest utrudniony przed odległość od najbliższego szpitala/ośrodka/lekarza oraz ceny, które trzeba płacić za usługi medyczne, zwrot ku medycynie komplementarnej i alternatywnej jest naturalny – to ona i jej specjaliści są medycyną powszechnie dostępną, a więc „podstawową”. W związku z tym istnieją odmienne motywacje regulacji prawnego statusu medycyny komplementarnej i alternatywnej. W krajach, w których wiodącą rolę odgrywa medycyna konwencjonalna (ortodoksyjna, alopacyjna), jest to ochrona praw konsumentów (m.in. zapobieganie wprowadzaniu ich w błąd). W krajach, w których medycyna komplementarna i alternatywna jest jedyną powszechnie dostępną, priorytetem jest zapewnienie podstawowych reguł bezpieczeństwa dla zdrowia i życia. Paramedycyna w chwili obecnej nie posiada odrębnej regulacji w polskim systemie prawnym. Działa na podstawie zasady swobody podejmowania, prowadzenia i zakończenia działalności gospodarczej. Działalność w obrębie medycyny komplementarnej i alternatywnej nie jest prawnie zakazana. Paramedycyna jest zauważana zarówno przez ustawodawcę, jak i przez polski system prawny, czego dowodem jest wskazanie w Polskiej Klasyfikacji Działalności odpowiedniego kodu (podklasa 86.90.D). Daje to uprawnienie do wysunięcia stwierdzenia, że brak szczególnej regulacji dla paramedycyny jest zamierzonym działaniem ustawodawcy. Nie istnieje podstawa zaliczenia działalności paramedycznej do działalności leczniczej. Aby dana działalność była działalnością leczniczą, musi spełniać szereg ustawowych wymogów, m.in. być związana z udzielaniem świadczeń zdrowotnych w rozumieniu ustawowym, tym, czy dana czynność jest wykonywana przez osobę uprawnioną, tj. związaną z wykonywaniem zawodu medycznego (również w rozumieniu ustawowym). Działalność leczniczą należy więc uznać za działalność regulowaną. W rozumieniu pojęcia działalności leczniczej w grę wchodzi jedynie medycyna konwencjonalna (alo-

patyczna) i rozszerzenie wymienionych uregulowań na paramedycynę wymagałoby stworzenia odpowiednich i odrębnych regulacji. Sytuując odbiorcę medycyny komplementarnej i alternatywnej w systemie prawnym, należy zauważyć, że w obecnym stanie prawnym po spełnieniu warunków bycia konsumentem należy zaliczyć go do tej grupy. Jednocześnie podkategorią konsumenta jest usługobiorca (konsument jako odbiorca konkretnej usługi), jest więc możliwe połączenie cech charakterystycznych dla obu tych grup. Dodatkowo odbiorca paramedycyny może posiadać cechy właściwe wyłącznie sobie, ponieważ jest to rozbudowany zespół czynności, w którym rolę odgrywają nie tylko usługi rozumiane jako wykonanie umówionego świadczenia, ale także towary – zioła, preparaty, urządzenia – które są w niektórych przypadkach ich nieodłącznym elementem. Nie zmienia to jednak faktu, że efektem końcowym jest świadczona na rzecz odbiorcy jest usługa. Innym rozwiązaniem jest niezamykanie odbiorcy produktów i usług medycyny alternatywnej w ramach pojęć konsumenta i usługobiorcy, z powodu specyfiki omawianej działalności. Oznaczałoby to zupełne zerwanie z kategoriami konsumenta i usługobiorcy i opowiedzenie się za tym, aby odbiorca produktów i usług medycyny komplementarnej i alternatywnej był odrębną kategorią ze wszystkimi tego następstwami, przede wszystkim, z brakiem podlegania przepisom chroniącym konsumentów w obecnym kształcie. Naturalną konsekwencją byłaby konieczność wypracowania własnego, być może zaostrzonego systemu ochrony odbiorcy produktów i usług medycyny alternatywnej. Jej przykładowa definicja prawna jest możliwa do wypracowania jedynie w obrębie danego kraju, z uwagi na odmienne pojmowanie i zróżnicowaną pozycję prawną, medyczną i kulturową w każdym państwie z osobna.

Wykaz skrótów

dział. leczn.	– Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej. Dz.U. z 2019 r., poz. 2331 z późn. zm.
KEL	– Kodeks Etyki Lekarskiej. Dostęp: 1.02.2020. https://nil.org.pl/dokumenty/kodeks-etyki-lekarskiej
Klucz powiązań PKD	– Klucz powiązań PKD 2007-PKD 2004 (tekst ujednolicony), do Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD), Dz.U. z 2007 r. Nr 251, poz. 1885, Dz.U. z 2017 r., poz. 2440 z późn. zm., https://stat.gov.pl/Klasyfikacje/doc/pkd_07/pkd_07.htm
NIL	– Naczelna Izba Lekarska
NRL	– Naczelna Rada Lekarska
PKD	– Polska Klasyfikacja Działalności
pr. farm.	– Ustawa z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne. Dz.U. z 2019 r., poz. 1905 z późn. zm.

- TFUE – Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 25 marca 1957 r., Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864 z późn. zm., Dz.U. C 202 z 7.06.2016 r. z późn. zm.
- UOKiK – Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
- WHO – Światowa Organizacja Zdrowia (World Health Organization)
- Załącznik PKD cz. 1 – Załącznik „Polska Klasyfikacja Działalności (PKD) Część I – Zasady budowy klasyfikacji” do Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD), Dz.U. z 2007 r. Nr 251, poz. 1885, Dz.U. z 2017 r., poz. 2440 z późn. zm., https://stat.gov.pl/Klasyfikacje/doc/pkd_07/pkd_07.htm
- Załącznik PKD cz. 3 – Załącznik „Polska Klasyfikacja Działalności (PKD) Część III – Wyjaśnienia PKD 2007” (tekst ujednoczony) do Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD), s. 297, Dz.U. z 2007 r., Nr 251, poz. 1885, Dz.U. z 2017 r., poz. 2440 z późn. zm., https://stat.gov.pl/Klasyfikacje/doc/pkd_07/pkd_07.htm
- z.l.l.d. – Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry, Dz.U. z 2019 r., poz. 537, 577, 730, 1590 z późn. zm.

Bibliografia

Akty prawne

- Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 25 marca 1957 r., Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864 z późn. zm., Dz.U. C 202 z 7.06.2016 r. z późn. zm.
- Rozporządzenie nr 726/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. ustanawiające wspólnotowe procedury wydawania pozwoleń dla produktów leczniczych stosowanych u ludzi i do celów weterynaryjnych i nadzoru nad nimi oraz ustanawiające Europejską Agencję Leków, CELEX nr 32004R0726.
- Rozporządzenie nr 1924/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie oświadczeń żywieniowych i zdrowotnych dotyczących żywności, CELEX nr 32006R1924.
- Dyrektywa 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi, CELEX nr 32001L0083.
- Ustawa z dnia 22 marca 1989 r. o rzemiośle. Dz.U. z 2019 r., poz. 1495 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich. Dz.U. z 2019 r., poz. 1419 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Dz.U. z 2019 r., poz. 1590 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym. Dz.U. z 2019 r., poz. 1798 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne. Dz.U. z 2019 r., poz. 1905 z późn. zm.

- Ustawa z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych. Dz.U. z 2019 r., poz. 534 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej. Dz.U. z 2019 r., poz. 2331 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców. Dz.U. z 2019 r., poz. 1495 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo przedsiębiorców oraz inne ustawy dotyczące działalności gospodarczej. Dz.U. z 2018 r., poz. 650 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy. Dz.U. z 2019 r., poz. 1649 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. o Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców. Dz.U. z 2018 r., poz. 648 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Dz.U. z 2021 r., poz. 2140 z późn. zm.
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD). Dz.U. z 2017 r., poz. 2440 z późn. zm.
- Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 10 stycznia 2017 r. w sprawie egzaminu czeladniczego, egzaminu mistrzowskiego oraz egzaminu sprawdzającego, przeprowadzanych przez komisje egzaminacyjne izb rzemieślniczych. Dz.U. z 2017 r., poz. 89 z późn. zm., z uwzględnieniem rozporządzenia z dnia 16 grudnia 2019 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie egzaminu czeladniczego, egzaminu mistrzowskiego oraz egzaminu sprawdzającego, przeprowadzanych przez komisje egzaminacyjne izb rzemieślniczych. Dz.U. z 2019 r., poz. 2468 z późn. zm.
- Klucz powiązań PKD 2007-PKD 2004 (tekst ujednolicony), do Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD). Dz.U. z 2017 r., poz. 2440 z późn. zm., https://stat.gov.pl/Klasyfikacje/doc/pkd_07/pkd_07.htm.
- Załącznik *Polska Klasyfikacja Działalności (PKD) Część I – Zasady budowy klasyfikacji* do Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD). Dz.U. z 2017 r., poz. 2440 z późn. zm., https://stat.gov.pl/Klasyfikacje/doc/pkd_07/pkd_07.htm.
- Załącznik *Polska Klasyfikacja Działalności (PKD) Część III – Wyjaśnienia PKD 2007* (tekst ujednolicony) do Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD). Dz.U. z 2017 r., poz. 2440 z późn. zm., https://stat.gov.pl/Klasyfikacje/doc/pkd_07/pkd_07.htm.

Orzecznictwo

Wyrok TK z dnia 23 kwietnia 2008 r., SK 16/07. Dostęp: 1.02.2020. Legalis nr 97130.

Opracowania (w kolejności alfabetycznej)

- Brzeziński, Tadeusz. 2000. Wprowadzenie do historii medycyny. W: *Historia medycyny*, (red.) Brzeziński Tadeusz, 11–25. Warszawa: Wydawnictwo Lekarskie PZWL.
- Chez, Ronald A., Wayne B. Jonas, David Eisenberg. 2000. Lekarz wobec medycyny komplementarnej i alternatywnej. W: *Podstawy medycyny komplementarnej i alternatywnej*, (red.) Wayne B. Jonas, Jeffrey S. Levin, (red. nauk. polskiej edycji Marzanna Magdoń), 32–48. Kraków: Towarzystwo Autorów i Wydawców Prac Naukowych Universitas.
- Gajda, Zdzisław. 2011. *Do historii medycyny wprowadzenie*. Kraków: Wydawnictwo WAM.
- Ostrzyżek, Artur, Jerzy T. Marcinkowski. 2012. Biomedyczny versus holistyczny model zdrowia a teoria i praktyka kliniczna. *Problemy Higieny i Epidemiologii* 93(4), 682–686.
- Powałowski, Andrzej. 2009. W: *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz. 2. wydanie*, (red.) Andrzej Powałowski, 24–34. Warszawa: Wyd. ABC a Wolters Kluwer Business.
- WHO. 2001. *International Consultative Meeting: Global Information on Traditional Medicine / Complementary and Alternative Medicine. Practices and Utilization*. Dostęp: 2.05.2018. <http://apps.WHO.int/iris/handle/10665/67218>.
- Whorton, James C. 2000. Historia medycyny komplementarnej i alternatywnej. W: *Podstawy medycyny komplementarnej i alternatywnej*, (red.) Wayne B. Jonas, Jeffrey S. Levin, (red. nauk. polskiej edycji Marzanna Magdoń), 17–32. Kraków: Towarzystwo Autorów i Wydawców Prac Naukowych Universitas.
- Woźniak-Holecka, Joanna, Katarzyna Zborowska, Tomasz Holecki. 2010. Medycyna alternatywna jako uzupełniająca forma leczenia chorób nowotworowych w opinii pacjentów onkologicznych. *Psychoonkologia* 1, 21–28.

Źródła internetowe

- Encyklopedia PWN, hasło: medycyna niekonwencjonalna. Dostęp: 5.02.2020. <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/medycyna-niekonwencjonalna;3939273.html>.
- Informacja dotycząca decyzji UOKiK Nr DOK – 6/2011. Dostęp: 15.02.2020. [https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/3CCE009B8D171184C1257EC6007B91BA/\\$file/Decyzja%20nr%20DOK%206_2011%20z%20dnia%2025%20lipca%202011%20r.pdf](https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/3CCE009B8D171184C1257EC6007B91BA/$file/Decyzja%20nr%20DOK%206_2011%20z%20dnia%2025%20lipca%202011%20r.pdf).
- Informacja ze strony UOKiK dotycząca sporu pomiędzy NIL a UOKiK, sygn. akt sprawy: VI ACa 75/15. Dostęp: 15.02.2020. <https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/wyroki.nsf/1/25A-F049787EFABAEC1257F8D003A6F69?editDocument&act=Wyroki>.
- Informacja ze strony UOKiK, zakładka „Aktualności – wyroki sądowe marzec–kwiecień 2016 r.”. Dostęp: 15.02.2020. https://www.uokik.gov.pl/aktualnosc.php?news_id=12335.
- Łazowski, Jan. 2006 (uzup. 2014). *WHO a medycyna niekonwencjonalna*. Dostęp: 2.05.2018. <http://janlazowski.pl/WHO-a-medycyna-niekonwencjonalna/>.
- Słowik, Patryk, Jakub Styczyński. 2017. *Gorzki posmak homeopatii. Drenaż kieszeni, czy sposób na zdrowie*. Dostęp: 15.02.2020. <https://edgp.gazetaprawna.pl/e-wydanie/979,18-maja-2017/4575,Dziennik-Gazeta-Prawna/647422,Gorzki-posmak-homeopatii.html>.
- Słownik języka polskiego PWN, hasło: paramedycyna. Dostęp: 5.02.2020. <https://sjp.pwn.pl/slowniki/paramedycyna.html>.

Stanowisko Nr 24-02-IV Naczelnej Rady Lekarskiej z dnia 8 listopada 2002 r. w sprawie tzw. medycyny alternatywnej. Dostęp: 15.02.2020. <http://www.racjonalista.pl/kk.php/s,5969>.

Stanowisko Nr 7/08/V Naczelnej Rady Lekarskiej z dnia 4 kwietnia 2008 r. w sprawie stosowania homeopatii i pokrewnych metod przez lekarzy i lekarzy dentystów oraz organizowania szkoleń w tych dziedzinach. Dostęp: 15.02.2020. http://www.oil.org.pl/res/img/img/nil/gazeta/biuletyn/r2008/4_2008.pdf.

Volume 20, Issue 1
June 2022

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2022-03-31
accepted 2022-05-04



Zarządzanie miastem z perspektywy planowania i zagospodarowania terenów – wybrane zagadnienia

City management from the perspective of planning
and land development – selected issues

PAWEŁ SOSNOWSKI

Prokuratura Generalna Rzeczypospolitej Polskiej
ORCID: 0000-0002-0419-2981, e-mail: psosnowski41@gmail.com

Citation: Sosnowski, Paweł. 2022. Zarządzanie miastem z perspektywy planowania i zagospodarowania terenów – wybrane zagadnienia. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 20(1): 187–210. DOI: 10.25167/osap.4771.

Abstract: The emergence and growth of cities was a consequence of the development of society, which led to increased needs and expectations of city inhabitants. They obviously varied over the centuries, but city-dwellers expected a higher standard of living. This generated the need for appropriate city management. The management and therefore the city management are defined in various ways. Irrespective of the definition, however, the city management is handled by city authorities, in particular by the executive authority. Its aim is to satisfy collective needs of the local community, i.e., to shape the living conditions meeting city inhabitants' expectations and to improve them where they do not meet those expectations. However, the city management is not easy due to a very complex social structure. One of the instruments facilitating it is spatial planning and development. The aim of this article is to analyse how the space was shaped by city authorities and discuss the instruments with which they could and can currently shape the space and living conditions for city inhabitants.

Keywords: spatial planning and development, space shaping, city management, city management instruments, dispersal of development, large corporate projects

Abstrakt: Powstanie miast i ich rozrastanie było następstwem rozwoju społeczeństwa, który prowadził do zwiększenia się potrzeb i oczekiwań mieszkańców. Oczywiście były one

zróznicowane na przestrzeni wieków, niemniej jednak mieszkańcy miast oczekiwali podnoszenia poziomu życia. Skutkowało to koniecznością odpowiedniego zarządzania miastem. Zarządzanie, a tym samym zarządzanie miastem jest różnie definiowane. Niezależnie jednak od definicji zarządzania miastem jest to proces prowadzony przez organy miasta, w szczególności przez organ wykonawczy. Ma on prowadzić do zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, co oznacza kształtowanie warunków życia zgodnych z oczekiwaniami mieszkańców i podnoszenie ich na wyższy poziom tam, gdzie one tych oczekiwań nie spełniają. Proces zarządzania miastem nie jest jednak zadaniem łatwym ze względu na bardzo złożoną strukturę społeczną. Jednym z instrumentów go ułatwiających jest planowanie i zagospodarowanie przestrzenne. Celem niniejszego artykułu jest analiza tego, jak kształtowane przez organy miasta były przestrzeń oraz instrumenty, dzięki którym mogły i mogą one obecnie kształtować przestrzeń i warunki życia mieszkańców.

Słowa kluczowe: planowanie i zagospodarowanie przestrzenne, kształtowanie przestrzeni, zarządzanie miastem, instrumenty zarządzania miastem, rozpraszanie zabudowy, megaprojekty korporacji

1. Wprowadzenie

Wraz z rozwojem człowiek zaczął żyć w grupie, a następnie zaczął tworzyć osady, na które składało się kilka lub kilkanaście przysiółków. Głównym wyznacznikiem lokacji osad było bezpieczeństwo. Usytuowane były one na wzgórzach, wypsach i w lasach. Istotny wpływ na lokalizację miał także kult religijny – osady lokowano u podnóża gór, na których zamieszkiwali bogowie bądź w oddaleniu od miejsc uznawanych za święte. W Azji Mniejszej osady greckie lokowano także na wybrzeżu morskim, przy zatokach oraz przy ujściu rzek. Pierwsze osady były niewielkie i słabo urządzone przestrzennie i architektonicznie. Ich zabudowa była uzależniona od przebiegu duktów, które lokalizowano, dostosowując do ukształtowania terenu. Wzdłuż duktów (mogło być ich kilka) lokalizowano zabudowę, która była zwarta i nieregularna, co zbliżało osady wyglądem do wioski. Zabudowa wykonana była z gliny i drewna, a w niektórych osadach greckich z naturalnego kamienia. W późniejszych wiekach osady otaczane były murem obronnym, np. ziemnym lub z pali drewnianych, oraz wyposażano je w niewielkich rozmiarów place i obiekty kultu religijnego, np. wolna przestrzeń z ołtarzem (Wąsowicz 1982: 40–41). W kolejnych wiekach obiekty kultu religijnego przybierały formę małych świątyń. Zarządzanie osadami ograniczało się do zaspokajania podstawowych potrzeb mieszkalnych, niewielkiej liczby mieszkańców, kultu religijnego, a także realizacji funkcji publicznych, jak np. wymiar sprawiedliwości, możliwość zgromadzeń oraz drobny handel.

Z biegiem czasu osady przekształcały się w bardziej zorganizowane i rozbudowane struktury, tj. miasta. Jednym z instrumentów zarządzania miastem

było i jest planowanie przestrzenne. Na przestrzeni lat było ono różnie nazywane. W starożytności i w okresie feudalizmu używano określenia „urządzenie przestrzeni” czy też „urządzenie miasta”. Niezależnie od tego, jakich określeń używano w konsekwencji, chodziło o racjonalne wykorzystanie przestrzeni i zachowanie ładu przestrzennego oraz o takie zagospodarowanie przestrzeni, które byłoby z korzyścią nie tylko dla jednostek, ale i dla całej wspólnoty zamieszkującej na danym obszarze.

Zarządzanie jest różnie definiowane. Może być rozumiane jako zestaw działań (planowanie i podejmowanie decyzji, organizowanie, kierowanie ludźmi i kontrolowanie) skierowanych na zasoby organizacji (ludzkie, finansowe, rzeczowe i informacyjne) i wykonywanych z zamiarem osiągnięcia celów organizacji w sposób sprawny i skuteczny (Griffin 2005: 6, za Encyklopedią Zarządzania <https://mfiles.pl/pl/index.php/Zarz%C4%85dzanie>, dostęp: 27.03.2022). Zarządzanie można rozumieć jako działanie zmierzające do spowodowania funkcjonowania rzeczy, organizacji lub osób podległych, zgodnie z celami zarządzającego (Gliński 1974: 929 za Encyklopedią Zarządzania <https://mfiles.pl/pl/index.php/Zarz%C4%85dzanie>, dostęp: 27.03.2022). Zarządzanie można ujmować także jako zapewnienie (świadome stworzenie) warunków, by organizacja działała zgodnie ze swymi założeniami, czyli realizowała swoją misję, osiągała zgodne z nią cele i zachowywała niezbędny poziom spójności umożliwiający przetrwanie, czyli wyodrębnienie z otoczenia, i rozwój, czyli realizację misji i celów w przyszłości (Kozłowski, Jemielniak 2011: 18 za Encyklopedią Zarządzania <https://mfiles.pl/pl/index.php/Zarz%C4%85dzanie>, dostęp: 27.03.2022). Według M. A. Cohena zarządzanie miastem to stabilny proces, który prowadzi do zaspokajania potrzeb mieszkańców w zakresie ochrony osobistej i bezpieczeństwa, infrastruktury, usług społecznych i kulturalnych oraz dostępu do środowiska naturalnego (Cohen 2000: 151–152).

Niezależnie od ww. definicji zarządzanie miastem to proces, który prowadzony jest przez organy miasta, w szczególności przez organ wykonawczy. Ma ono prowadzić do zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, tj. kształtowania warunków życia zgodnych z oczekiwaniami mieszkańców i podnoszenia ich na wyższy poziom tam, gdzie one tych oczekiwań nie spełniają. Jednym z instrumentów ułatwiających ten proces jest planowanie i zagospodarowanie przestrzenne.

W artykule zarysowano kształtowanie przestrzeni w największych miastach okresu starożytności (Rzym, Ateny, Aleksandria), odnosząc wypracowane zasady i idee zarządzania przestrzenią do okresów następnych, tj. okresu feudalizmu i okresu renesansu, w tym przedstawiając kształtowanie przestrzeni największych miast w Polsce (Zamość, Kraków, Sandomierz). Szczególną uwagę zwrócono na kształtowanie przestrzeni w czasach nowożytnych i negatywne zjawiska

związane z zarządzaniem miastami, które pojawiły się w XX w., tj. konflikty interesów indywidualnych i lokalnych związanych z rozpraszaniem zabudowy, nabywaniem nieruchomości i budynków przez korporacje, a także wygradzanie przestrzeni.

Celem niniejszego artykułu jest analiza kształtowania przestrzeni przez organy miast w różnych okresach oraz wskazanie instrumentów, dzięki którym mogą kształtować przestrzeń i warunki życia mieszkańców.

2. Planowanie przestrzenne jako instrument zarządzania miastem w czasach dawnych

Dopiero wraz z pojawieniem się miast można doszukiwać się działań zmierzających do ściśle określonego urzędzenia przestrzeni, które skutkowało ograniczaniem praw jednostek w imię interesu zbiorowości w drodze nakazów i zakazów. Ograniczenia te umożliwiały prawidłowe i sprawne funkcjonowanie organizmu miejskiego (Biegańska 1964: 3), w tym w przestrzeni. Zarządzanie miastami było znacznie bardziej skomplikowane niż osadami, stanowiły one bowiem nie tylko centra lokalne, ale i przede wszystkim centra ponadlokalne a niektóre z nich centra poszczególnych imperiów i niezbędne było lokalizowanie różnych funkcji. Warto wskazać na takie miasta jak Rzym, Ateny czy Aleksandria będące wielkimi metropoliami.

Starożytny Rzym w okresie republiki rzymskiej posadowiony został na wzgórzach które gwarantowały bezpieczeństwo i stanowiły doskonałe miejsce lokacji dzielnic. Całe miasto otoczone było murami obronnymi od około 565 r. p.n.e., które były na nowo wznoszone w latach późniejszych (około 378 r. p.n.e.) po najeździe Celtów. Zarówno rozwój gospodarczy Rzymu, jak i prowadzone wojny spowodowały, iż w obrębie murów przybywało coraz więcej ludności. Skutkowało to rozrastaniem się Rzymu i ekspansją na sąsiadujące obszary, które otaczano murami aż do III wieku n.e. W eksponowanych miejscach, tj. na szczytach wzgórz, lokalizowano najważniejsze obiekty, takie jak pałac cesarza (pierwotnie pałace i wille najważniejszych obywateli lokalizowane były na Kwirynale, a następnie na wzgórzu Celius), a także świątynie bogów (Kwirynusa, Flawiuszów i słońca). Wzgórze stanowiły także doskonałe miejsce do zakładania ogrodów. Rozwój Rzymu wymusił rozwój infrastruktury komunikacyjnej – wybudowano dukty, tj. via Appia oraz via Flaminia (połączenie komunikacyjne z Morzem Adriatyckim). Miasto było wyposażone w termy zlokalizowane na dwóch wzgórzach, tj. Wiminał i Eskwilin, oraz w akwedukty dostarczające wodę dla mieszkańców, zlokalizowane na wzgórzu Eskwilin. Biedniejsza ludność Rzymu zamieszkiwała wzgórze Awentyn, na którym zlokalizowano kilka świątyń, w tym świątynię opiekunki rzemieślników Minerwy. Rozwój Rzymu nabral jęszcze więkşzego

tempa po najeździe imperium przez Hanibala – budowano nowe drogi, targowiska, świątynie i akwedukty. W I w. p.n.e rzymski architekt i myśliciel Witruwiusz przedstawił traktat zatytułowany *Dziesięć Ksiąg o Architekturze*, który był pierwszym opracowaniem idei tzw. miasta idealnego. Wskazywał on, że przy projektowaniu należy uwzględnić trzy zasady, tj. trwałość, użyteczność i piękno (Encyklopedia PWN, <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/witruwiusz;3996929.html>, dostęp: 14.02.2021). Ponadto sformułował on zasady lokalizacji miast m.in.: (I) na planie koła – ze względu na bezpieczeństwo, (II) dostosowanie układu ulic do klimatu – zgodnie z tzw. różą wiatrów, (III) eksponowanie przestrzeni i zabudowań publicznych – np. podkreślanie wagi świątyń i ich lokalizowanie na wzgórzach czy w centrach miast (Szpakowska, https://repozytorium.biblos.pk.edu.pl/redo/resources/33839/file/suwFiles/SzpakowskaE_MiastoIdealne.pdf, dostęp: 3.05.2021). W okresie cesarstwa rzymskiego, po wielkim pożarze wywołanym przez cesarza Nerona przystąpiono do budowy nowego Rzymu, a jego widocznymi do dziś budowlami są Koloseum, panteon i termy Karakali – zlokalizowane w eksponowanych miejscach Rzymu.

Rozwój Aten ściśle związany jest z upadkiem Miletu i Olintu oraz z podbojami innych państw. Skutkiem prowadzonych wojen było rozrastanie się Aten w związku z napływem ludności i rozwojem handlu oraz rzemiosła. Ateny zlokalizowane zostały na terenach górzystych zapewniających bezpieczeństwo, a jednocześnie z dostępem do morza poprzez port w Pireusie. Powyższe czynniki skutkowały tym, iż zarządzanie Atenami wiązało się z koniecznością lokalizacji budynków administracji i budynków mieszkalnych, ale przede wszystkim infrastruktury obronnej (mury) oraz utworzeniem dzielnic, w których lokalizowana byłaby zabudowa pod ściśle określone funkcje. Od VII w. p.n.e. w Atenach centralnym miejscem był plac (agora), stanowiący centrum administracyjne i polityczne (podlegał on rozbudowie w V w. p.n.e.). W tym samym okresie, tj. od VI w. p.n.e., rozbudowie podlegał Akropol będący miejscem kultu, który w V w. p.n.e. uzyskał monumentalne rozmiary. Zarządzanie obejmowało lokalizowanie nowej zabudowy z uwzględnieniem istniejących i planowanych dróg, łączących poszczególne części miasta (dzielnice) położone na różnych wysokościach. Istotnym zagadnieniem były kwestie infrastruktury technicznej i społecznej – wybudowano m.in. akwedukt, fontanny, sanktuarium, teatr i cmentarze. Również związany z Atenami Pireus w pierwszej połowie V w. p.n.e. podlegał rozbudowie. Po pierwsze, połączono Pireus murami z Atenami, które zabezpieczały dojazd i dojście do portu. Wyznaczono także sieć ulic opartą na prostokącie. Po drugie, wyznaczono dzielnice: administracyjną (centralną), handlową z portem, mieszkaniową, rzemieślniczą, sakralną, a także przeznaczoną na port militarny i arsenał. Zagospodarowanie Pireusu to nawiązanie do idei miasta idealnego (idea miasta idealnego była przedmiotem rozważań

greckich filozofów, m.in. Hipokratesa, Platona i Arystotelesa; szerzej zob. Izdebski 2013: 31–35) zrealizowane na podstawie koncepcji Hippodamosa z Miletu (Kulisiewicz, <http://inteligentnemiasta.pl/miasto-idealne-pierwowzorem-miasta-inteligentnego/5352/>, dostęp: 14.02.2021).

Trzecim miastem, o którym warto wspomnieć, jest Aleksandria będąca centrum kulturalnym i handlowym Egiptu. Zostało ono założone przez Aleksandra Wielkiego, a jako datę założenia przyjmuje się 331 r. p.n.e. (Paszkowski 2015: 38). Na planowe wykorzystanie przestrzeni wskazuje przede wszystkim układ ulic równoległe zlokalizowanych do brzegu morskiego (o szerokości ca. 30 m) i połączonych między sobą wąskimi prostokątnymi uliczkami. Podobnie jak Ateny Aleksandria została podzielona na dzielnice: handlową (z placem targowym, magazynami i warsztatami rzemieślniczymi), mieszkaniową oraz portową. W odróżnieniu od Aten w Aleksandrii wyznaczono dzielnicę królewską (z pałacami, ogrodami, teatrem, arsenałem itp.). Na uwagę zasługuje rozbudowa infrastruktury technicznej (wodociąg i kanalizacja, mola łączące Aleksandrię z wyspami) oraz społecznej (świątynie bogów, teatr).

Cechą charakterystyczną czasów starożytnych było to, że kompetencje do zarządzania miastem i jego przestrzenią posiadał władca (cesarz, król), który podejmował wiążące rozstrzygnięcia, co i gdzie może zostać zlokalizowane. Rozstrzygał on także o formie zabudowy zlokalizowanej w przestrzeni. Powyższe rozstrzygnięcia wiązały przede wszystkim poddanych. Miały one zatem charakter jednostronny i jednostronnie wiążący (Leoński, Szewczyk 1999: 16).

Sposób zarządzania przestrzenią, wypracowany w starożytności, funkcjonował także w latach następnych, tj. w okresie feudalizmu. Podkreślenia wymaga fakt, iż w okresie feudalizmu za zarządzanie przestrzenią odpowiadali właściciele terenów (król, książęta, magnaci). Skutkowało to zróżnicowaniem zabudowy i sposobów zagospodarowania przestrzeni. W średniowieczu miasto idealne utożsamiane było z miastem samowystarczalnym lub nawiązywano do tzw. miasta Nowa Jerozolima (Izdebski 2013: 35). Podstawową przesłanką, jaką brano pod uwagę przy lokalizowaniu i urządzaniu zabudowy w przestrzeni, w tym miast, było bezpieczeństwo. Zabudowę lokalizowano przede wszystkim w trudno dostępnych miejscach – na wyspach i na wzgórzach. W literaturze prawa administracyjnego wskazuje się przede wszystkim na zabudowę grodu w Biskupinie oraz zamki na Szlaku Orlich Gniazd (Sosnowski 2020: 66). Jednocześnie brano pod uwagę aspekty ekonomiczne i lokowano miasta przy głównych traktach handlowych.

W okresie renesansu w urbanistyce powrócono do idei miasta idealnego i podjęto próby zdefiniowania miasta oraz stworzenia zasad projektowania i zabudowy miasta idealnego. Zagadnienia idealizmu przedstawiono m.in. w traktatach Antonia Averulina zwanego Filarete z roku 1450 oraz Leonarda da Vinci. Zagadnienia społeczne to przedmiot badań m.in. Patriziego (autor

ten opublikował w 1533 roku traktat *Miasto szczęśliwe*) oraz Doniego (jest on autorem traktatu z 1552 roku *Świat mądry i głupi*). Wskazani autorzy podjęli próbę sformułowania zasad i możliwości doskonalszego projektowania miast z uwzględnieniem potrzeb duchowych, zdrowotnych i materialnych mieszkańców. Najistotniejsze opracowania idei miasta idealnego przedstawił Bartolomeo Ammanati (opublikował on około 1584 r. traktat *La citta ideale* zawierający projekty różnych obiektów miejskich i założeń, np. obiektów przemysłowych, stajni, portu handlowego oraz osiedla kanoników; szerzej zob. Zarębska 1971: 28) oraz Giorgio Vasari Młodszy (około 1598 roku opublikował on traktat dotyczący miasta idealnego, zawierający opis funkcjonalno-przestrzennego zagospodarowania obszarów, a także rysunki ilustrujące idee; szerzej zob. Zarębska 1971: 28). Obaj autorzy postrzegali miasto jako spójny twór urbanistyczny i dokonali całościowej analizy zagadnień odnoszących się do funkcjonowania miasta. Miasto idealne w ujęciu teoretyków włoskich było „wyobrażeniem wszechstronnie doskonałego organizmu urbanistycznego, którego formy odpowiadałyby treści politycznej, gospodarczej, społecznej i kulturalnej oraz sprzyjałyby maksymalnie bliskiej ideałowi epoki organizacji życia mieszkańców” (Zarębska 1971: 219).

W Polsce przykładami miast, które stanowiły centra polityczno-kulturalne, a jednocześnie odgrywały istotne znaczenie prorozwojowe, wynikające z położenia geograficznego, były Zamość, Kraków i Sandomierz.

Zamość zwany Padwą Północy to przykład miasta nawiązującego do idei miasta idealnego. Centralnym miejscem miasta był Rynek Wielki, przy którym zlokalizowano pałac. Wytyczono także układ komunikacyjny dochodzący do ww. rynku, na który składały się ulica Grodzka (jako główna ulica miasta) oraz trzy inne ulice. Dodatkowo w mieście zlokalizowane były trzy małe rynki oraz bastiony broniące miasta (Kulisiewicz, <http://inteligentnemiasta.pl/miasto-idealne-pierwowzorem-miasta-inteligentnego/5352/>, dostęp: 14.02.2021).

Jedną z największych metropolii Europy Środkowo-Wschodniej w średniowieczu stanowił Kraków będący wówczas stolicą Polski. Kraków pełnił ważne funkcje polityczne, handlowe i kulturowe. Istotny wpływ na rozwój miasta miała lokacja Krakowa na prawie magdeburskim (lokacja została dokonana w 1257 roku), skutkująca jego unowocześnieniem pod względem urbanistycznym. Zarządzanie miastem miało odpowiadać na potrzeby mieszkańców. Dlatego też centralnie zlokalizowano rynek oraz stworzono sieć dróg równoległych i prostopadłych do rynku. Zadbano także o bezpieczeństwo, a realizacją tego zadania było wybudowanie nowych fortyfikacji tak, iż wjazd do miasta i wyjazd z miasta odbywały się poprzez strzeżone całą dobę bramy. W następnych latach, za panowania króla Kazimierza Wielkiego, w związku z rozwojem handlu wybudowano halę targową (Sukiennice), Kościół Mariacki, ratusz miejski oraz utworzono Akademię Krakowską. Przebudowie poddano także zamek na Wawelu i katedrę na Wawelu

(szerzej zob. https://www.krakow.pl/nasze_miasto/1115,artykul,historia.html, dostęp: 29.10.2020). Metropolia krakowska zajmowała około 500 ha i składała się z trzech miast – Krakowa, Kazimierza i Kleparza. W jej skład wchodziły również przedmieścia Krakowa (Garbary i Wał Krakowski) oraz Kazimierza (Stradom, Między Szewce), a także jurydyka królewska (wawelskie podzamcze) i kościelna (Biskupie, Pędzichów, Krowodrza, Błonie). Łącznie zamieszkiwało metropolię Krakowską około 30 000–37 000 osób (szerzej zob. Belzyt 2000: 60 i 63–64).

Obok Krakowa istotne znaczenie polityczne, kulturalne i gospodarcze w okresie panowania Piastów i Jagiellonów pełnił Sandomierz. Jego rola wynikała zarówno z lokalizacji na szlaku handlowym z Rusią i Litwą oraz na szlaku wiślanym, jak i z doniosłej pozycji Kapituły sandomierskiej w Kościele katolickim ówczesnych czasów. Jej przedstawiciele jak bł. Wincenty Kadłubek, Mikołaj Trąba czy Jan Długosz to wielcy przedstawiciele kultury polskiej. Podobnie jak inne miasta z tego okresu zostało ono posadowione na wzgórzu zwanym dzisiaj Miejskim (obecnie Sandomierz zlokalizowany jest na 6 wzgórzach, tj. Miejskim, Katedralnym, Zamkowym, Świętojakubskim zwanym także Staromiejskim, Świętopawelskim i Żmigrodzkim). W centrum miasta przeznaczono tereny pod funkcje administracyjne i handlowe, tj. prostokątny rynek z ratuszem. Przewidziano również geometryczną sieć ulic. Pierwotnie całe miasto otoczone było murami obronnymi (obecnie zachowane są tylko fragmenty murów obronnych, np. brama Opatowska, furta Dominikańska).

Rozwój wspólnot miejskich oraz wielość zadań z tym związanych spowodowały rozwój administracji, która w imieniu władcy realizowała te zadania. Stanowiła ona aparat wykonawczy monarchy. Należy wskazać, że administracja publiczna w różnych krajach kształtowana była w różny sposób i w różnym czasie. I tak np. we Francji administracja tworzona była już w okresie od XV wieku do Wielkiej Rewolucji Francuskiej, w którym ukształtowane zostały zasady i centralistyczny model administracji (szerzej zob. Izdebski, Kulesza 2004: 40–41). W Niemczech proces kształtowania administracji przypada na XVIII wiek, a jej organizacja wzorowała się na rozwiązaniach Francuskich. Administracja niemiecka była dwuszczeblowa, tj. centralna i terytorialna. Charakterystycznymi cechami niemieckiej administracji były: (I) zawodowi urzędnicy państwowi, (II) odpowiedzialność państwa za działania administracji i urzędników (Izdebski, Kulesza 2004: 46–47).

3. Planowanie przestrzenne jako instrument zarządzania miastem w czasach nowożytnych

Zmiany w zarządzaniu miastami nastąpiły dopiero w okresie liberalizmu, a wiązało się to ze zmianami w strukturze społecznej. Liberalizm wiązał się z de-

centralizacją państwa, ponieważ centralizacja i biurokratyczne zarządzanie były nie do pogodzenia z wolnością jednostki – najważniejszą wartością liberałów. Poddani stali się obywatelami mogącymi nabywać własność, w tym grunty, oraz dokonywać ich zagospodarowania. O sposobie urządzenia terenu decydował właściciel gruntu, który w sposób wiążący rozstrzygał powyższą kwestię, a jego rozstrzygnięcie wiązało wszystkich zamieszkujących na obszarze, który miał podlegać zabudowie. Zabudowywano przede wszystkim poszczególne działki, o mniejszej lub większej powierzchni, w oderwaniu od zabudowy na gruntach sąsiednich. Właściciel brał pod uwagę swoje potrzeby, w tym potrzeby ekonomiczne (szerzej zob. Sosnowski 2015: 46–47). Bardzo często zabudowywano grunty w znacznym oddaleniu od siebie. Prowadziło to do powstania chaosu w przestrzeni. W takich warunkach zarządzanie miastem napotykało na szereg przeszkód związanych z zapewnieniem niezbędnej infrastruktury. Przede wszystkim infrastruktury komunikacyjnej (drogi), bowiem lokalizowana zabudowa sytuowana była bez zapewnienia jednolitych linii zabudowy. Powyższe dotyczyło także infrastruktury społecznej (plac targowe) oraz technicznej (wodociągi, kanalizacja).

Kształtowanie przestrzeni miast i zarządzanie nimi nabrało nowego kształtu dopiero wraz z powstaniem samorządu terytorialnego. Jak wskazuje Z. Niewiadomski, nowoczesny samorząd terytorialny został ukształtowany w okresie Wielkiej Rewolucji Francuskiej (szerzej zob. Niewiadomski [red.] 2001: 13 i nast.). Zapewnienie racjonalnego wykorzystania przestrzeni stało się jednym z najważniejszych zadań realizowanych przez samorząd terytorialny (gminy). Gmina zyskała kompetencje do określania zasad zagospodarowania i zasad zabudowy terenów stanowiących własność różnych podmiotów. Planowanie przestrzenne stało się swoistego rodzaju zarządzaniem przestrzeni i projektowaniem układów przestrzennych, w tym miast. Jako zadanie o skomplikowanym charakterze i szerokim zasięgu, mające wpływ na jakość życia mieszkańców, a także na wygląd przestrzeni, stało się ono domeną wyspecjalizowanego aparatu urzędniczego, który przejął od władcy i jego architektów kompetencje w tym zakresie.

Francuski ustawodawca zwracał szczególną uwagę na kwestie sanitarne i regulował m.in. zabudowę terenów wokół nekropolii oraz kwestie wyposażenia budynków w podstawowe instalacje oraz zagadnienia dotyczące przystosowania budynków do wymogów sanitarnych (Niewiadomski 2002: 12–13). Wraz z rozrastaniem się miast ustawodawca dostrzegł potrzebę unormowania kwestii związanych z wysokością zabudowy, a pierwszym miastem był Paryż (Niewiadomski 2002: 12). Instrumentem służącym temu stały się plany zabudowania.

W XVIII i XIX wieku nastąpił szybki rozwój przemysłu pociągający za sobą rozwój miast. Prowadziło to do pogarszających się warunków bytowych mieszkańców miast (przeludnienie, bezdomność, zagrożenie epidemiami). Dodat-

kowo słabo rozwinięty układ komunikacyjny powodował osłabienie dostępu do poszczególnych części miast. Także nie najlepsza infrastruktura techniczna, a w szczególności brak wody i kanalizacji, wpływała na pogorszenie warunków zamieszkania w miastach (Szczepańska 2011: 77). Poszukiwano rozwiązania powyższego problemu, sięgając do idei miasta idealnego, które według socjalistycznej myśli miały być niewielkimi wspólnotami producentów, a także do idei miasta bez centrum, ale ściśle powiązanego z naturą. Wypracowano także ideę miasta linearnego, które miało być zlokalizowane wzdłuż infrastruktury liniowej, tak jak linie kolejowe i drogi (Izdebski 2013: 43–44).

Dopiero pod koniec XIX wieku za sprawą Ebenezera Howarda w urbanistyce, a tym samym w zarządzaniu miastem, powstała idea miasta ogrodu, która miała stanowić antidotum na powyższe problemy (Powyższa koncepcja została zawarta w książce zatytułowanej *Jutro: pokojowa ścieżka do rzeczywistej reformy* z 1898 roku. W 1902 roku została ona wydana pod zmienionym tytułem *Miasta ogrody jutra*). Według E. Howarda rozwój miast miał polegać na połączeniu zalet miasta (dostęp do wysokiej płacy, rozrywek) i wsi (świeże powietrze, powszechna harmonia). Tak ukształtowane miasta miały cechować się ograniczoną wielkością, dużą ilością zieleni (zaplanowanej i otaczającej tereny mieszkaniowe) oraz zlokalizowanymi w granicach polami uprawnymi. Miasta miały być samowystarczalne ekonomicznie i kulturowo, pozbawione skrajnego ubóstwa, brudu i przestępczości (Prosińska, <https://www.bankier.pl/wiadomosc/Idea-Miast-ogrodow-w-Polsce-i-na-swiecie-2083662.html>, dostęp: 3.05.2022). Układ miasta miał być oparty na okręgu: w jego centrum znajdować się miały budynki publiczne oraz usługowe, a także park. Centrum miasta otoczone miało być zabudową mieszkaniową, a ten rodzaj zabudowy otaczać miał pas zieleni oddzielający ją od zabudowy przemysłowej. Na obrzeżach miasta miały być zlokalizowane tereny rolne. Poszczególne części miasta miały być skomunikowane ulicami, których przebieg miał być również okrężny. Maksymalna powierzchnia miasta-ogrodu to 2450 ha, a liczba mieszkańców to 30 000 (Izdebski 2013: 45). Miasta ogrody najwcześniej powstały w Europie, tj. w Anglii: miasto Letchworth w 1903 r., Hampstead w 1907 r., Welwyn w 1920 r., oraz w Niemczech: Hellerau w 1909 r., Marga w latach 1907–1914, Giszowiec w 1907 r. (obecnie to dzielnica Katowic), Karlówice w 1911 r. (obecnie to część Wrocławia), Falkenberg w 1912 r. (Prosińska, <https://www.bankier.pl/wiadomosc/Idea-Miast-ogrodow-w-Polsce-i-na-swiecie-2083662.html>, dostęp: 3.05.2022).

Na przełomie XVIII i XIX wieku administracja publiczna zaczęła tworzyć polityki przestrzenne, czyli bardzo ogóle akty wskazujące kierunki rozwoju poszczególnych obszarów. To, co było istotne dla państwa, nie zawsze dawało się pogodzić z interesem wspólnot lokalnych. Dlatego też konieczne stało się wprowadzenie przez ustawodawcę dodatkowego szczebla planowania obejmującego

jącego swoim zasięgiem znacznie większe obszary niż tylko gminy. Skutkowało to zorganizowaniem w XX wieku planowania przestrzennego na szczeblu regionalnym.

4. Planowanie przestrzenne jako instrument zarządzania miastem w Polsce

Po odzyskaniu niepodległości również w Polsce następowało szybkie zagospodarowywanie przestrzeni, jednak odbywało się to na podstawie aktów prawnych państw zaborczych. Polski ustawodawca dopiero 16 lutego 1928 r. wprowadził akt prawny obejmujący zasięgiem całe terytorium II Rzeczypospolitej, tj. rozporządzenie Prezydenta RP o prawie budowlanym i zabudowaniu osiedli (Dz.U. Nr 23, poz. 202, ze zm.). Samorząd terytorialny, a przede wszystkim gminy uzyskały szerokie kompetencje planistyczne, w szczególności w zakresie kształtowania ustaleń ogólnych i szczegółowych planów zabudowania, a także prowadzenia procedury planistycznej. Wprowadzono również planowanie przestrzenne na szczeblu regionalnym, dzięki czemu możliwe stało się prowadzenie polityki przestrzennej na większą skalę i tak np. możliwe było lokalizowanie dróg (kołowych i kolejowych) o charakterze regionalnym łączących miasta z różnych części regionów czy lokalizowanie obszarów przeznaczonych pod działalność przemysłową itp.

Organy miasta posiadały szerokie kompetencje w zakresie planowania przestrzennego. Pomimo tego zarządzanie miastem nie było zadaniem prostym. Wymagało bowiem szeregu zróżnicowanych działań. Organy miasta mogły w planach ogólnych, według potrzeb, ustalać przeznaczenie terenów oraz dokonywać jego zróżnicowania. Szczególną uwagę zwracano na kształtowanie układu komunikacyjnego oraz wyznaczenie ogólnodostępnych placów miejskich. W okresie międzywojennym szczególną estymą urbanistów i władz miejskich cieszyły się skwery, parki i ogrody, które lokowano w każdej części miasta, tak aby ich dostępność była jak najlepsza dla mieszkańców (nakaz obsadzenia ulic i placów publicznych roślinnością niską i wysoką). W planie szczegółowym natomiast powyższe kwestie miały być uszczegóławiane i np. ustalano nieprzekraczalne linie zabudowy, poziomy ulic i placów, wymogi związane z ochroną zdrowia, ustalano wymiary placów i szerokości dróg oraz ulic, które powinny być dostosowane do przeznaczenia i przewidywanego natężenia ruchu. Istotne zagadnienie stanowiły także kwestie związane z estetyką miejscowości i osiedli. Nakazano utrzymywanie charakteru zabudowy właściwej dla danego obszaru oraz dopuszczono rozbiórkę zabudowy szpecącej (Sosnowski 2020: 73–74). Szczególną uwagę zwracano na estetykę ścian frontowych budynków oraz murów widocznych z dróg publicznych – zakazano malowania budynków

przy użyciu jaskrawych lub rażących kolorów (zob. część II, tytuł I, rozdział 14 rozporządzenia). Istotne zagadnienie stanowiła, jakże ważna w ówczesnych czasach, wymiana powietrza na obszarach miejskich, czyli tzw. napowietrzanie terenów. Służyć temu miało budowanie zabudowy o odpowiednich rozmiarach i kształtach (zob. część II, tytuł I, rozdział 1–2 rozporządzenia).

Dzięki wytycznym z rozporządzenia dotyczącym minimalnej powierzchni zabudowy, maksymalnej wysokości zabudowy oraz kąta nachylenia dachów zarządzanie przestrzenią było zadaniem dość prostym. Umożliwiało to utrzymanie ładu przestrzennego i walorów estetycznych. W gminach miejskich i uzdrowiskach minimalna powierzchnia niezabudowana działki to 25%, maksymalna wysokości budynków ustalona została na 22 m, przy czym jego wysokość od strony ulicy nie mogła przekraczać szerokości drogi albo odległości pomiędzy jej liniami zabudowy; kąt nachylenia dachów – 60 stopni (szerzej zob. część II, tytuł I, rozdział 1–3 rozporządzenia). W miastach wyznaczano dzielnice o różnym przeznaczeniu, np. mieszkaniowe, handlowe, przemysłowe, przy czym te ostatnie nie mogły być lokalizowane w bezpośrednim sąsiedztwie (Brzeziński 1949: 50–51).

Intensywny rozwój gospodarki w II Rzeczypospolitej Polskiej, a w szczególności budowa Centralnego Okręgu Przemysłowego, spowodował powstanie nowych miast, jak Gdynia czy Stalowa Wola. W okresie międzywojennym bardzo zyskała na znaczeniu idea miasta-ogrodu, do której nawiązywały takie miasta jak Kamienna Góra (1920 r.) – obecnie to dzielnica Gdyni, Podkowa Leśna, Milanówek, Komorów. Również w sąsiedztwie Warszawy powstały miasta-ogrody: Sadyba, Włochy (obecnie są to części m.st. Warszawy), starsza część Konstancina-Jeziorny, Żąbki. Przygotowano także projekt przekształcenia Młocin w miasto-ogród – nie został on jednak zrealizowany w związku z wybuchem II wojny światowej (Prosińska, <https://www.bankier.pl/wiadomosc/Idea-Miast-ogrodow-w-Polsce-i-na-swiecie-2083662.html>, dostęp: 3.05.2022). Jednym z najciekawszych przykładów z tego okresu jest Ligota – dzielnica Katowic, przy projektowaniu której jednocześnie zrealizowano idee miasta-ogrodu i miasta idealnego (Prosińska, <https://www.bankier.pl/wiadomosc/Idea-Miast-ogrodow-w-Polsce-i-na-swiecie-2083662.html>, dostęp: 3.05.2022).

W tym miejscu warto wskazać, iż szerokie kompetencje w zakresie planowania przestrzennego przyznano organom administracji państwowej szczebla rządowego, co skutkowało tym, iż samorząd terytorialny, pomimo posiadania kompetencji, nie mógł samodzielnie kształtować i wprowadzać rozwiązań przestrzennych, a tym samym nie mógł samodzielnie zarządzać obszarami. Należy ponadto podnieść, że cały proces planowania przestrzennego odbywał się bez udziału właścicieli nieruchomości.

Po II wojnie światowej w państwach socjalistycznych nieruchomości stały przede wszystkim własność państwową (zob. np. wydany przez Radę Ministrów w dnia 26.10.1945 r. Dekret o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy, Dz.U. Nr 50 ze zm.). Wprowadzono także jednolitą administrację państwową, do zadań której należało planowanie przestrzenne polegające na zagospodarowywaniu terenów połączone z rozwojem gospodarki. Przykładem miasta na nowo ukształtowanego po zniszczeniach wojennych jest Warszawa, która zyskała nowe centrum z Pałacem Kultury i Nauki, nowe osiedla mieszkaniowe (Za Żelazną Bramą, Marszałkowska Dzielnica Mieszkaniowa, Sady Żoliborskie, Bródno, Targówek Mieszkaniowy) i przemysłowe (np. Żerań, Targówek Przemysłowy), a także nowe ulice. Rozwój przemysłu wiązał się z rozwojem już istniejących miast, np. Krakowa, w którym zlokalizowano nową dzielnicę przemysłową (Nowa Huta). W latach 70. w Krakowie zaprojektowano osiedle Widok, które miało być osiedlem przyszłości, a dzisiaj uważane jest za jeden z najlepszych projektów tamtego okresu. Pierwotnie zaprojektowano amfiteatralny układ zabudowy osiedla. Pomiędzy budynkami (pięcio- i dziesięciopiętrowymi) zaprojektowano duże przestrzenie dzięki połączeniu budynków. Budynki pięciokondygnacyjne oddalone są od siebie o 36 m (zgodnie z normą ok. 20 m), a odległość dróg od wejść do klatek schodowych jest większa niż zezwalała wówczas norma. Cechą charakterystyczną jest też trójkąt zieleni na środku osiedla połączony z pasmem Młynówki, w którym znajduje się wspólny park. Do najciekawszych obiektów osiedla zalicza się tzw. łamaniec (budynek zaprojektowany na wzorze równoległoboku, którego poszczególne części z klatkami wejściowymi stykają się ze sobą krótszymi bokami) i tarasowiec (<https://www.onet.pl/informacje/krowoderskapl/osiedle-z-lat-70-na-ktorym-chce-mieszkac-kazdy-ale-nikt-nie-chce-sie-wyprowadzic/qhrk3ps,30bc1058>, dostęp: 27.02.2021).

W scentralizowanym systemie planowania przestrzennego nie przewidziano udziału indywidualnych obywateli, a jedynie udział organizacji społecznych. Skutkowało to tym, że lokalizacja zabudowy w przestrzeni następowała bez uwzględnienia ich indywidualnych interesów. Natomiast w krajach Europy Zachodniej (kapitalistycznych) planowanie przestrzenne, a także programy dotyczące społeczności lokalnych zostały już w latach 60. i 70. poddane społecznej ocenie w ramach tzw. partycypacji. Partycypacja społeczna to udział obywateli (mieszkańców) danego obszaru w rozwiązywaniu istotnych dla danej grupy problemów. Może ona dotyczyć różnych sfer życia społecznego (na temat partycypacji zob. szerzej: Pawłowska [red.] 2010; Lewenstein, Schindler, Skrzypiec 2010; Rytel-Warzocho, Uziębło [w:] Witkowskie [red.], Bień-Kacała 2013; Wójcik 2013; Dolnicki [red.] 2014; Augustyniak 2017; Hajduk 2021). Partycypacja

dotyczy przede wszystkim planowania przestrzennego, ale także różnego rodzaju programów tworzonych na szczeblu samorządowym.

W drugiej połowie XX wieku nastąpił intensywny rozwój tzw. planowania specjalistycznego (sektorowego) dotyczącego ściśle określonych zadań inwestycyjnych lub ich grup (np. lokalizacji linii kolejowych, dróg, kanalizacji, wodociągów, gazociągów itp.). Było ono prowadzone w odniesieniu do zarówno całego państwa, jak i poszczególnych regionów i gmin. Pozwoliło to na sprawną budowę infrastruktury technicznej i komunikacyjnej, co skutkowało rozwojem miasta i polepszeniem warunków bytowych mieszkańców. W Polsce również zostały wprowadzone plany sektorowe, ale dopiero po 1989 r.

Dotychczasowy model planowania przestrzennego i zarządzania miastem mógł być korzystny w przypadku zabudowy obszarów niezurbanizowanych lub odbudowy zniszczonych budynków na większych kwartałach, np. wskutek działań wojennych, a także w państwach o ustroju centralistycznym. Nie mógł jednak być podstawą zagospodarowywania terenów i zarządzania miastami w państwach o ustroju zdecentralizowanym, w których własność była podstawą gospodarki gruntami. W Polsce po 1989 r. brak udziału obywateli w procesie podejmowania rozstrzygnięć dotyczących lokalizacji nowej zabudowy, ulic i infrastruktury technicznej, a także innych ważnych kwestii społecznych (np. likwidacja szkół, przedszkoli, linii autobusowych itp.) prowadził do konfliktów społecznych. Dlatego też dokonano uspołecznienia tych procedur (wprowadzono partycypację społeczną). Udział obywateli usankcjonowany został prawnie w procedurach przygotowania aktów planistycznych, tj. aktu polityki przestrzennej – studium uwarunkowań i kierunków przestrzennego zagospodarowania gminy, oraz aktów realizujących tę politykę – miejscowe plany zagospodarowania przestrzennego (dokonano tego ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. o zagospodarowaniu przestrzennym, Dz.U. Nr 89, poz. 415; również obecnie obowiązująca ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, Dz.U. z 2022, poz. 503, tekst jednolity, utrzymała udział obywateli w ww. procedurach). Mieszkańcy mogą czynnie uczestniczyć (konsultacje społeczne) także w pracach nad aktami wyrażającymi politykę miasta w zakresie budowy i remontów infrastruktury komunikacyjnej, społecznej, edukacyjnej czy dotyczącej bezpieczeństwa

Zarządzanie miastem to nie tylko sporządzenie jednego czy też drugiego aktu planistycznego czy programu inwestycyjnego, ale i przede wszystkim ich realizacja w praktyce. Przy tworzeniu aktów planistycznych i programów, a następnie ich realizacji chodzi bowiem o optymalne złagodzenie konfliktów, jakie mogą zachodzić pomiędzy interesami różnych podmiotów, np. interesem ogólnokrajowym, interesem społeczności lokalnej i interesami indywidualnymi, ale także o takie ich wykonanie (np. ukształtowanie przestrzeni, zorganizowa-

nie sieci przedszkoli i szkół), które przyczyni się do podniesienia jakości życia mieszkańców. Uczestnicząc w ww. procedurach, mieszkańcy mają wprawdzie ograniczony – ale jednak – wpływ na kształtowane przez organy miasta zasady zabudowy i zagospodarowania terenów oraz na sposób realizacji istotnych dla mieszkańców zadań przez samorząd terytorialny. Szczególnie istotny jest udział mieszkańców w kształtowaniu przestrzeni publicznych, które wpływają na postrzeganie danego miasta zarówno przez mieszkańców, jak i inne osoby okazjonalnie do niego przybywające, a także na bezpieczeństwo. Coraz częściej organy miast we współpracy z inwestorami i mieszkańcami przy tworzeniu aktów planistycznych sięgają do rozwiązań przestrzennych nawiązujących do idei miasta idealnego oraz idei miasta-ogrodu. O ile realizacja w pełni pierwszej z idei jest utopijna, o tyle druga jest bardzo często stosowana w praktyce. Jako przykład można wskazać: Siewierz w obrębie Katowic (2007 r.), zespół mieszkaniowy Miasto Ogród w Gliwicach, Ligota Park w Katowicach (2007 r.) czy też osiedle Nowe Polesie w zachodniej części Łodzi. Powyższe działania należy oceniać pozytywnie.

Istotny wpływ na zarządzanie miastem mają ustawy specjalne, w szczególności w aspekcie komunikacyjnym (np. ustawa z 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym, Dz.U. z 2020 r., poz. 1043 t.j. ze zm.; ustawa z 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych, Dz.U. z 2020 r., poz. 1079 t.j.). System komunikacyjny obejmujący transport szynowy (kolej, metro) i kołowy to kręgosłup, wokół którego rozwija się miasto. Stymulować on będzie szybki rozwój terenów poprzez ich zabudowywanie. Zabudowa powinna następować w sposób zaplanowany, tj. w dostosowaniu do istniejącego lub planowanego systemu komunikacyjnego. Układ komunikacyjny ma istotny wpływ na jakość życia mieszkańców miasta, a możliwość sprawnego przemieszczania się pomiędzy poszczególnymi częściami miasta jest jedną z przesłanek wyboru miejsca zamieszkania i lokalizacji siedzib przedsiębiorców. Dlatego też stworzenie spójnej i zróżnicowanej co do środków transportu sieci komunikacyjnej jest jednym z najważniejszych zadań, które powinno być sprawnie realizowane przez organy miasta. Również inne ustawy specjalne mogą mieć wpływ na zagospodarowanie przestrzeni w miastach i jego zarządzanie np. ustawa z 12 lutego 2009 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie lotnisk użytku publicznego (Dz.U. z 2021 r., poz. 1380 t.j.) czy też ustawa z 5 lipca 2018 r. o ułatwieniach w przygotowaniu i realizacji inwestycji mieszkaniowych oraz inwestycji towarzyszących (Dz.U. z 2021 r. poz. 1538). Wyżej wymienione ustawy stanowią podstawę ingerencji organów administracji rządowej w samodzielność planistyczną, jednakże usprawniają proces budowy i modernizacji linii kolejowych, dróg czy też lotnisk.

Obok ww. działań należy wskazać także na 3 zjawiska, tj. (1) rozpraszenie zabudowy na tereny dotychczas niezurbanizowane, (2) wygradzanie przestrzeni, a także (3) – dostrzegane od niedawna (zjawisko to datuje się na lata 80. XX w.), istotnie wpływające na miasto i jego przestrzeń – nabywanie nieruchomości i budynków przez korporacje międzynarodowe i krajowe.

Rozpraszenie zabudowy na tereny niezurbanizowane może wywoływać zarówno pozytywne, jak i negatywne skutki. Jeśli jest ono wynikiem przemyślanej polityki przestrzennej i z nią zgodne oraz podlega kontroli organów miasta, to może wpływać pozytywnie na rozwój miasta (Niewiadomski 2018: 23). Jako przykład można wskazać chociażby zwiększenie dostępności terenów inwestycyjnych oraz rozwój (poszerzenie) układu komunikacyjnego. Szczególnie pozytywnie zjawisko to oceniane jest w indywidualnym kontekście, np. możliwość zamieszkiwania pod lasem, wśród łąk itp. (Jaworski 2018: 105).

Rozpraszenie zabudowy może dokonywać się w sposób zarówno niekontrolowany, jak i kontrolowany przez organy gminy. Niezależnie od powyższego zjawisko to wywoływać będzie przede wszystkim negatywne konsekwencje dla gminy i mieszkańców (Bąkowski 2018: 15). W szczególności należy zwrócić uwagę na następujące negatywne skutki:

1) brak ochrony krajobrazu w związku z lokalizacją nowych budynków w znacznej odległości od już istniejącej zabudowy;

2) zagospodarowywanie nieruchomości naruszające wymogi urbanistyczne i tym samym niechroniące ładu przestrzennego (niewielka, astandardowa powierzchnia działek, nadmierne zagęszczenie zabudowy);

3) brak lub niski standard infrastruktury technicznej (kanalizacja, wodociąg, gazociąg);

4) brak lub niski standard infrastruktury komunikacyjnej (brak sieci dróg publicznych, utwardzenie dróg), co pociąga za sobą bardzo często brak zapewnienia komunikacji publicznej i skomunikowania sąsiadujących obszarów;

5) brak lub niski standard, a także utrudniony dostęp do infrastruktury społecznej (przedszkola, szkoły, internet, usługi *etc.*).

Skutkiem rozpraszania zabudowy jest konieczność poniesienia znacznie zwiększonych nakładów finansowych przez miasto, a także przez mieszkańców na zapewnienie standardu życia w XXI w.

Drugim negatywnym zjawiskiem jest wygradzanie przestrzeni przez właścicieli i tworzenie przestrzeni dostępnych jedynie dla wybranej grupy mieszkańców. Można wyróżnić 3 rodzaje przestrzeni: publiczną, prywatną i społeczną. Przestrzeń publiczna to przestrzeń, do której każdy ma dostęp oraz możliwość korzystania z niej (np. publiczne place, ulice, chodniki itd.). Przestrzeń prywatna charakteryzuje się tym, że tylko właściciel ma dostęp do niej i może z niej korzystać (prywatne podwórka). Przestrzeń społeczna natomiast to przestrzeń,

do której dostęp może mieć każdy, jednak tylko niektóre osoby z niej korzystają (np. przestrzeń pomiędzy blokami w osiedlach mieszkaniowych). Grodzenie przestrzeni skutkuje powstawaniem przestrzeni prywatnych. W przypadku osiedli mieszkaniowych prowadzi to do powstawania odizolowanych małych wspólnot miejskich, które bardzo rzadko chcą dzielić się swoją przestrzenią z innymi mieszkańcami miasta oraz zlokalizowaną infrastrukturą społeczną. Warto w tym miejscu wskazać, że wygradzanie przestrzeni odbywa się w ściśle określonych realiach (np. zwiększona przestępczość w danym mieście) i czasoprzestrzeni; ma ono istotny wpływ na funkcjonowanie miasta ze względu na wieloaspektowy kontekst lokalizacji obiektów i czas ich powstania (Paszkowski 2019: 125).

Trzecie ze zjawisk skutkuje przede wszystkim systemową transformacją wzorca własności ziemi w miastach, która prowadzi do zmiany historycznego znaczenia miasta jako takiego. Transformacja ta niesie ze sobą głębokie konsekwencje dla przestrzeni miast, która jest znacznie intensywniej zagospodarowywana niż poprzednio. Korporacje nabywają nieruchomości zabudowane substandardowymi budynkami w celu ich rozbiórki i zastąpienia nową zabudową o wyższym standardzie użytkowym – apartamentowce, wysokie biurowce (najwyższe wieżowce o wysokim standardzie użytkowym zlokalizowane są w Zjednoczonych Emiratach Arabskich – Dubaj Creek Tower, i Arabii Saudyjskiej – Kingdom Tower w Jeddah; również w Europie zlokalizowane są takie wieżowce, tj. w Rosji – budynek Gazpromu w Petersburgu, Mercury City Tower w Moskwie, i w Wielkiej Brytanii – Shard w Londynie). Bardzo często wiąże się to z zagospodarowywaniem bardzo dużych działek, a nawet znacznych części miast – kwartałów, dzielnic przemysłowych, obszarów nad torami kolejowymi i publicznymi ulicami. Zabudowie nad torami kolejowymi i publicznymi ulicami sprzyja przede wszystkim tzw. prawo własności warstwowej, zwane także prawem 3D, umożliwiające zabudowę przestrzeni nad powierzchnią gruntu w formie tzw. megaprojektów (szerzej zob. Stawiarczyk, Jung, <https://www.rp.pl/arttykul/310546-Przestrzen-powietrzna-na-sprzedaz--czyli-jak-to-sie-robi-w-USA.html>, dostęp: 18.04.2021). Podobne rozwiązania prawne obowiązują w krajach europejskich, np. we Włoszech tzw. Prawo powierzchni – *Diritto di superficie* (szerzej zob. Gallo, Natucci [red.] 2001, http://www.ambientediritto.it/dottrina/Dottrina%202004/Diritto_superficie.htm, dostęp: 17.04.2021). Prowadzą one do zagęszczania miast, tj. ulic, sklepów, placów i zabudowy. Z przestrzeni miejskiej znikają zakłady usługowe, pracownie artystyczne, instytucje kultury czy fabryki. Dochodzi do zawłaszczania w coraz szerszym zakresie przestrzeni oraz krajobrazu przez korporacje, a w konsekwencji prowadzi to do dezurbanizacji miast (Sassen 2018, <https://autoportret.pl/arttykuly/do-kogo-naleza-nasze-miastai-dlaczego-ich-przejecie-powinno-nas-martwic/>, dostęp: 27.03.2022). Jest ona widoczna zwłaszcza w miastach zlokalizowanych w państwach wysoko rozwi-

niętych, tj. w USA (Nowy Jork), Wielkiej Brytanii (Londyn), Niemczech (Frankfurt nad Menem) czy Japonii (Tokio). Jak zauważa Saskia Sassen, zaspokajane są przede wszystkim interesy oraz potrzeby silnych i majątnych korporacji, nie zaś zamieszkujących w miastach mieszkańców. Powstają tzw. globalne miasta, których cechą charakterystyczną jest produkcja, a także wdrażanie zróżnicowanych i kompleksowych ofert pośrednictwa (Sassen 2017, <https://krytykapolityczna.pl/swiat/czyje-wlasciwie-jest-miasto/>, dostęp: 27.03.2022). Zawłaszczanie przestrzeni przez korporacje obejmuje swoim zasięgiem, na mniejszą skalę, także miasta w państwach rozwijających się, do których możemy zaliczyć np. Warszawę.

Można wskazać także pozytywne aspekty powyższego zjawiska, np. stworzenie nowych przestrzeni, nowych miejsc pracy oraz wiążących się z tym nowych połączeń drogowych i kolejowych. Jednakże najważniejszym pozytywnym skutkiem jest przyciągnięcie młodych ludzi, którzy chcą mieszkać i pracować w nowoczesnych osiedlach i biurach charakteryzujących się estetycznie urządzonej przestrzenią. Przykładem może być tzw. Dolina Krzemowa, która jest specyficznym miastem. Jego centrum stanowi Uniwersytet Stanford, a przede wszystkim pracownicy naukowcy i studenci. Dzięki temu w Dolinie Krzemowej swoje siedziby zlokalizowały największe światowe firmy, jak Google, Apple, Facebook (Sudjic 2017: 235–236). Wymienione wyżej przedsiębiorstwa to odrębne miasta, które zaspokajają potrzeby ludzi u nich zatrudnionych (dowóz do pracy, własne ośrodki badawcze, szkoły, przedszkola, sklepy itp.). Ma to istotny wpływ na jakość życia mieszkańców oraz na wzrost wartości nieruchomości (Sudjic 2017: 238).

Rodzi się pytanie: jak można przeciwdziałać tym zjawiskom? Instrumentem służącym temu jest sprawnie prowadzone planowanie przestrzenne polegające na tworzeniu polityki przestrzennej (z perspektywą min. 20–30 lat jej obowiązywania) oraz aktów planistycznych ustalających zasady zabudowy i zagospodarowania terenów (realizujących ww. politykę przestrzenną) i wiążących bezwzględnie organy miasta oraz podmioty, które dysponują prawem do zabudowy terenów. Poprzez wprowadzenie różnego rodzaju ustaleń planistycznych (zakazów, nakazów, dopuszczeń) organy miasta mogą skutecznie kształtować przestrzeń oraz zarządzać miastem w sposób odpowiadający na potrzeby osób fizycznych (mieszkańców) i osób prawnych (przedsiębiorców). Jednocześnie dzięki aktom planowania przestrzennego ww. organy będą mogły kontrolować jego rozwój w różnych aspektach (społecznym, infrastrukturalnym, komunikacyjnym itd.). Oczywiście jest to możliwe przy założeniu, że organy miasta mają własną politykę przestrzenną, którą samodzielnie ustalają i realizują, a nie przyjmują wytyczne deweloperów i korporacji. Zarządzanie miastem, w tym zarządzanie przestrzenią, będzie bardziej skuteczne, wówczas gdy akty planowania (akt polityki przestrzennej) będą uwzględniały potrzeby rozwoju miasta, tj. będą

z nimi ściśle powiązane strategia rozwoju miasta oraz programy inwestycyjne (w szczególności infrastrukturalne).

Odmiennie kształtowana jest pozycja prawna mieszkańców gminy w przypadku braku miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. W takiej sytuacji organy gminy sprawdzają, czy dana nieruchomość spełnia wymagania wynikające z ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym oraz z przepisów odrębnych, a jeśli tak, to wydają decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, przy czym dla inwestycji publicznych – decyzję o lokalizacji inwestycji celu publicznego, a dla innych inwestycji – decyzję o warunkach zabudowy. W przypadku ww. decyzji mieszkańcy nie mają wpływu na to, jaka zabudowa zostanie wybudowana na konkretnej nieruchomości, bowiem jej zagospodarowanie jest uzależnione od: (1) w przypadku pierwszej decyzji – potrzeb i możliwości inwestora, (2) w przypadku drugiej decyzji – od zagospodarowania już istniejącej zabudowy na sąsiednich terenach. Brak udziału mieszkańców w podejmowaniu ww. rozstrzygnięcia skutkuje tym, iż nie mają oni wpływu na zarządzanie miastem i zagospodarowywanie przestrzeni w sposób chociaż w części realizujący potrzeby wszystkich mieszkańców.

Powyżej wskazane uwarunkowania prawne i zjawiska wpływają na zmniejszenie zaangażowania mieszkańców w życie wspólnoty samorządowej, jaką jest miasto – dotyczy to również Polski. Skutkuje to słabą identyfikacją potrzeb i oczekiwań mieszkańców. Aby mieszkańcy uczestniczyli w zagospodarowywaniu przestrzeni w miastach, konieczne stało się zwiększenie dostępu do aktów planowania przestrzennego. W Polsce organy gminy na podstawie ustawy z dnia 4 marca 2010 r. o infrastrukturze informacji przestrzennej (Dz.U. z 2021 r., poz. 214 tekst jednolity) zobowiązane zostały do tworzenia i prowadzenia zbiorów danych przestrzennych (zob. art. 3 pkt 11 ww. ustawy). Zbiory te obejmują dane przestrzenne dla planów zagospodarowania przestrzennego województwa, studium uwarunkowań i kierunków przestrzennego zagospodarowania gminy, miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego, w tym miejscowych planów rewitalizacji oraz miejscowych planów odbudowy. Organy sporządzające ww. akty planistyczne zobowiązane są także do aktualizowania danych przestrzennych i ich udostępniania zainteresowanym podmiotom. Udostępnianie danych przestrzennych polega na możliwości ich wyszukiwania, przeglądania (wyświetlanie, nawigowanie, powiększanie i pomniejszanie, przesuwanie lub nakładanie na siebie zobrazowanych zbiorów oraz wyświetlanie objaśnień symboli kartograficznych i zawartości metadanych) i pobierania, a także – gdy jest to wykonalne – na bezpośrednim dostępie do tych zbiorów. Powyższe niewątpliwie ułatwia mieszkańcom dostęp do danych zawartych w aktach planowania przestrzennego. Skutkiem uproszczonego dostępu do ww. danych jest większe zainteresowanie mieszkańców aktami planowania przestrzennego oraz związk-

szona ich aktywność przy tworzeniu aktów planistycznych. Pozwala to organom gminy czy miasta zdiagnozować istotne potrzeby mieszkańców i podjąć próbę takiego sformułowania ustaleń gminnych aktów planistycznych, aby odpowiadały one na te potrzeby. Niezbędnym działaniem jest także sprawne i ciągłe rejestrowanie zmian zachodzących w przestrzeni miasta, a przede wszystkim ich interpretowanie oraz doskonalenie technik zapisu planistycznego i metod wizualizacji ww. zmian (Zuziak 2019: 81). Powyższe działania mogą skutkować lepszym zrozumieniem przez mieszkańców zmian zachodzących w mieście i ich aktywizacją w procesie zagospodarowywania przestrzeni i zarządzania miastem. Dlatego też konieczne jest wzmacnianie udziału mieszkańców w procedurach sporządzania aktów planowania przestrzennego oraz innych aktów mających wpływ na rozwój miasta, np. wyznaczających kierunki rozwoju miasta poprzez wskazanie celów strategicznych oraz operacyjnych (strategii rozwoju) tak, aby mieszkańcy identyfikowali się z wizją rozwoju zaproponowaną przez organy miasta.

Skutecznym instrumentem przeciwdziałania rozpraszenia zabudowy jest umożliwienie intensywniejszego wykorzystania gruntów zajmowanych przez linie kolejowe, ulice oraz infrastrukturę techniczną. Dlatego też konieczne jest wprowadzenie do polskiego systemu prawnego, tzw. prawa warstwowego normującego zabudowę przestrzeni pod i nad gruntem oraz zabezpieczającego w sposób trwały interesy inwestorów.

5. Podsumowanie

Zarządzanie miastem nie jest procesem łatwym, bowiem obejmuje szeroki katalog zadań. Zadania te dotyczą przede wszystkim zaspokajania zbiorowych potrzeb mieszkańców jako wspólnoty samorządowej w zakresie infrastruktury technicznej (wodociąg, gazociąg, kanalizacja), drogowej (ulice, parkingi) i społecznej (żłobki, przedszkola, szkoły). Jakość zaspokojenia tych potrzeb zależy od możliwości finansowych, ale także od dobrze realizowanego zadania, jakim jest planowanie i zagospodarowanie przestrzeni. Mieszkańcy miast oczekują, iż zamieszkiwanie w mieście wiązać się będzie z podniesieniem standardu życia w dostępie do zarówno ww. infrastruktury, jak i usług. Niestety coraz częściej wizje miasta przedstawiane przez organy samorządowe rozmiągają się z potrzebami i oczekiwaniami mieszkańców. Istotny wpływ na to ma brak właściwej diagnozy tych potrzeb, a także jedynie fasadowe włączanie mieszkańców w proces planistyczny. Ponadto przy braku środków finansowych w budżecie organy miast szczególną uwagę zwracają na możliwości sfinansowania realizacji przedsięwzięć przestrzennych, co skutkuje przyjmowaniem ustaleń planistycznych nie zawsze zgodnych z interesem miasta i jego mieszkańców, ale zgodnych z propozycjami

inwestorów korporacyjnych. Prowadzi to do pogorszenia jakości życia mieszkańców, braku zainteresowania mieszkańców udziałem w procesie zagospodarowywania przestrzeni miasta, a w konsekwencji do bardzo intensywnych konfliktów pomiędzy interesem ogólnokrajowym, interesem społeczności lokalnej i interesami poszczególnych osób, a także pomiędzy interesami indywidualnymi różnych podmiotów.

Bibliografia

Akty prawne

- Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 16 lutego 1928 r. – o prawie budowlanym i zabudowaniu osiedli. Dz.U. Nr 23, poz. 202, ze zm.
- Dekret Rady Ministrów z dnia 26 października 1945 r. – Dekret o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy. Dz.U. Nr 50 ze zm.
- Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – o zagospodarowaniu przestrzennym. Dz.U. Nr 89, poz. 415.
- Ustawa z dnia 27 marca 2003 r. – o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym Dz.U. z 2022 r., poz. 503, tekst jednolity.
- Ustawa z 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym Dz.U. z 2020 r., poz. 1043, tekst jednolity ze zm.
- Ustawa z 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych Dz.U. z 2020 r., poz. 1079, tekst jednolity.
- Ustawa z 12 lutego 2009 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie lotnisk użytku publicznego Dz.U. z 2021 r., poz. 1380, tekst jednolity.
- Ustawa z dnia 4 marca 2010 r. o infrastrukturze informacji przestrzennej. Dz.U. z 2021 r., poz. 214, tekst jednolity.
- Ustawa z 5 lipca 2018 r. o ułatwieniach w przygotowaniu i realizacji inwestycji mieszkaniowych oraz inwestycji towarzyszących Dz.U. z 2021 r., poz. 1538.

Wydawnictwa zwarte

- Augustyniak, Monika. 2017. *Partycypacja społeczna w samorządzie terytorialnym w Polsce i we Francji. Studium administracyjnoprawne na tle porównawczym*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Bąkowski, Tomasz. 2018. Rozpraszanie i koncentracja zabudowy jako problem prawny (tytułem wprowadzenia do szczegółowych rozważań). W: *Prawne problemy rozpraszania i koncentracji zabudowy*, (red.) Tomasz Bąkowski, 15. Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego.
- Belzyt, Leszek. 2000. Kraków i Praga około 1600 roku. Porównanie aspektów topograficznych i demograficznych. Stan badań i źródła archiwalne. W: *Metropolie Europy środkowo-wschodniej w XV i XVI wieku*, (red.) Leszek Belzyt i Jan Pirożyński, 60 i 63–64. Kraków: Polska Akademia Umiejętności.

- Biegańska, Irena. 1964. *Podstawy prawne planowania przestrzennego i gospodarki terenami w miastach*. 3. Warszawa: Wydawnictwo Arkady.
- Brzeziński, Waclaw. 1949. *Prawo budowlane i odbudowa osiedli*. 50–51. Warszawa: Wydawnictwo Gebethner i Wolff.
- Cohen M. A. 2000. Don Quixote and the well-managed city. W: *Urban governance around the world*, (eds.) B. A. Ruble et al. Woodrow Wilson Center Comparative Urban Studies Project, Workshop on urban governance in major world cities. 151–152. Washington.
- Dolnicki, Bogdan (red.). 2014. *Partycypacja społeczna w samorządzie terytorialnym*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Izdebski, Hubert, Michał Kulesza. 2004. *Administracja publiczna zagadnienia ogólne*, wyd. 3 rozszerzone. 40–41 i 46–47. Warszawa: Liber.
- Izdebski, Hubert. 2013. *Ideologia i zagospodarowanie przestrzeni*. 31–35 i 43–44, 45. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Jaworski, Jacek. 2018. Decyzja o warunkach zabudowy jako instrument rozpraszania zabudowy. W: *Prawne problemy rozpraszania i koncentracji zabudowy*, (red.) Tomasz Bąkowski, 105. Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego.
- Kinal, Artur. 2015. *Dziewiętnasto i dwudziestowieczne wizje miast przyszłości wobec społecznych wyzwań współczesnej urbanizacji*. Zielona Góra: Uniwersytet Zielonogórski.
- Koźmiński, Andrzej K., Włodzimierz Piotrowski (red.). 1998. *Zarządzanie. Teoria i praktyka*, wyd. IV. Warszawa: PWN.
- Leoński, Zbigniew, Marek Szewczyk. 1999. *Podstawowe instytucje planowania przestrzennego i prawa budowlanego*. 16. Poznań: Wydawnictwo Wyższej Szkoły Bankowej.
- Lewenstein, Barbara, Jacek Schindler, Ryszard Skrzypiec. 2010. *Partycypacja społeczna i aktywizacja w rozwiązywaniu problemów społeczności lokalnych*. Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego.
- Niewiadomski, Zygmunt, Waldemar Siemiński, Paweł Sosnowski, Maria Tetera (red.). 2001. *Samorząd terytorialny. Ustrój i gospodarka*. 13 i n. Bydgoszcz–Warszawa: Oficyna Wydawnicza Branta.
- Niewiadomski, Zygmunt. 2002. *Planowanie przestrzenne. Zarys systemu*. 12–13. Warszawa: Lexis Nexis.
- Niewiadomski, Zygmunt. 2018. Gmina wobec zjawisk rozpraszania i koncentracji zabudowy (odpowiedzialność prawodawcy miejscowego za stan patologicznej zabudowy). W: *Prawne problemy rozpraszania i koncentracji zabudowy*, (red.) Tomasz Bąkowski, 23. Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego.
- Nowak, Maciej J., Teodor Skotarczak (red.). 2012. *Zarządzanie przestrzenią miasta*. Warszawa: CeDeWu.
- Paszkowski, Zbigniew. 2015. Historia idei miasta. Od antyku do renesansu. *Teka Zachodniopomorska* 1: 38.
- Paszkowski, Zbigniew Władysław. 2019. Architektura i urbanistyka jako dyscyplina naukowa. W: *Architektura, urbanistyka, nauka*, (red.) Sławomir Gzell, 125. Warszawa: PWN.
- Pawłowska, Krystyna (red.). 2010. *Zanim wybuchnie konflikt. Idea i metody partycypacji społecznej w ochronie krajobrazu i kształtowaniu przestrzeni*. Tom A i B. Kraków: Fundacja Partnerstwa dla Środowiska.
- Rytel-Warzocho, Anna, Piotr Uziębło. 2013. Aktualne tendencje związane ze wzmocnieniem partycypacji mieszkańców w sprawowaniu władzy na poziomie lokalnym. W: *Samorzady*

- w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku, (red.) Zbigniew Witkowski, Agnieszka Bień-Kacała. Toruń: TNOiK Dom Organizatora.
- Sosnowski, Paweł. 2015. *Przepisy prawne w dziedzinie planowania przestrzennego w Polsce w okresie międzywojennym*. CiŚ Nr 4, 45–57.
- Sosnowski, Paweł. 2020. *Ochrona ładu przestrzennego w Polsce przed 2003 r. Przyczynek do wykładni historycznej*. W: *Ochrona ładu przestrzennego z perspektywy prawno-urbanistycznej*, (red.) Maciej J. Nowak, 66 i 73–74. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Sudjic, Deyan. 2017. *Język miasta*. 235–236 i 238. Kraków: Wydawnictwo Karakter.
- Szczepańska, Magdalena. 2011. *Miasto-ogród jako przestrzeń zamieszkania, pracy i rekreacji – dawniej i dziś*. *Studia Periegetica. Zeszyty Naukowe Wielkopolskiej Wyższej Szkoły Turystyki i Zarządzania w Poznaniu*, 6, 77–89.
- Wąsowicz, Aleksandra. 1982. *Zagospodarowanie przestrzenne antycznych miast greckich*. Wrocław: Ossolineum.
- Zarębska, Teresa. 1971. *Teoria urbanistyki włoskiej XV i XVI wieku*. Warszawa: PWN.
- Zuziak, K. Zbigniew. 2019. *Naukowe oblicze urbanistyki. Z notatek na temat modeli architektury miasta i gospodarowania przestrzenią*. W: *Architektura, urbanistyka, nauka*, (red.) Sławomir Gzell, 81. Warszawa: PWN.

Źródła internetowe

- Encyklopedia PWN. Dostęp: z 14.02.2021. <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/witruwiusz;3996929.html>.
- Gallo, Paolo, Alessandro Natucci (red.). 2001. *Beni, proprieta e dirittireali*. Vol 2, Editore Giappichelli. Dostęp: 17.04.2021. http://www.ambientediritto.it/dottrina/Dottrina%202004/Diritto_superficie.html.
- Gliński, Bohdan. 1974. *Mała encyklopedia ekonomiczna*. Warszawa; za Encyklopedią Zarządzania. Dostęp: 27.03.2022. <https://mfiles.pl/pl/index.php/Zarz%C4%85dzanie>.
- Griffin, Ricki W. 2005. *Podstawy zarządzania organizacjami*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN; za Encyklopedią Zarządzania. Dostęp: 27.03.2022. <https://mfiles.pl/pl/index.php/Zarz%C4%85dzanie>.
- Hajduk, Sławomira. 2021. *Partycypacja społeczna w zarządzaniu przestrzennym w kontekście planistycznym*. Białystok: Oficyna Wydawnicza Politechniki Białostockiej, 5-127, Dostęp: 04.05.2022, <https://pb.edu.pl/oficyna-wydawnicza/wp-content/uploads/sites/4/2021/03/Partycypacja-spoeczna-w-zarządzaniu-przestrzennym.pdf>.
- Koźmiński, Andrzej K., Dariusz Jemieliński. 2011. *Zarządzanie od podstaw*. Warszawa: Wolters Kluwer; za Encyklopedią Zarządzania. Dostęp: 27.03.2022, <https://mfiles.pl/pl/index.php/Zarz%C4%85dzanie>.
- Kulisiewicz, Tomasz. *Dawne miasta idealne pierwowzorem smart cities*. Dostęp: 14.02.2021, <http://intelligentnemiasta.pl/miasto-idealne-pierwowzorem-miasta-inteligentnego/5352/>.
- Prosińska, Magdalena. *Idea Miast-ogrodów w Polsce i na świecie*. Dostęp: 03.05.2022, <https://www.bankier.pl/wiadomosc/Idea-Miast-ogrodow-w-Polsce-i-na-swiecie-2083662.html>.
- Sassen, Saskia. 2017. *Czyje właściwie jest miasto*. *Krytyka Polityczna* 25.12.2017. Dostęp: 27.03.2022. <https://krytykapolityczna.pl/swiat/czyje-wlasciwie-jest-miasto/>.

- Sassen, Saskia. 2018. Do kogo należą nasze miasta i dlaczego ich przejęcie powinno nas martwić. *Autoportret* 11.02.2018, Małopolski Instytut Kultury. Dostęp: 27.03.2022, <https://autoportret.pl/artykuly/do-kogo-naleza-nasze-miasta-i-dlaczego-ich-przejecie-powinno-nas-martwic/>.
- Stawiarczyk, Mariusz, Rafał Jung. 2009. Przestrzeń powietrzna na sprzedaż, czyli jak to się robi w USA. Nieruchomości komercyjne. *Rzeczpospolita* 25.05.2009. Dostęp: 18.04.2021, <https://www.rp.pl/artykul/310546-Przestrzen-powietrzna-na-sprzedaz--czyli-jak-to-sie-robi-w-USA.html>.
- Szpakowska, Ernestyna. *Miasto idealne*. Dostęp: 03.05.2022, https://repozytorium.biblos.pk.edu.pl/redo/resources/33839/file/suwFiles/SzpakowskaE_MiastoIdealne.pdf.
- Wójcik, Michał. 2013. Pojęcie, istota i formy partycypacji społecznej w procesie planowania przestrzennego. *Rozwój Regionalny i Polityka Regionalna* 24: 170–183. Dostęp: 2.05.2022, <https://core.ac.uk/download/pdf/160250602.pdf>.
- https://www.krakow.pl/nasze_miasto/1115,artykul,historia.html. Dostęp: 29.12.2020.
- <https://www.onet.pl/informacje/krowoderskapl/osiedle-z-lat-70-na-ktorym-chce-mieszkac-kazdy-ale-nikt-nie-chce-sie-wyprowadzic/qhrk3ps,30bc1058>. Dostęp: 27.02.2021.

Volume 20, Issue 1
June 2022

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2022-03-31
accepted 2022-05-15



The participation of environmental NGOs in (Austrian) criminal proceedings in the light of Art. 9 (3) Aarhus Convention

Udział środowiskowych organizacji pozarządowych w (Austriackim) postępowaniu karnym w świetle Art. 9 (3) Konwencji Aarhus

LARA SCHALK-UNGER

University of Graz, Institute for Criminal Law, Criminal Procedure Law and Criminology
ORCID: 0000-0001-5881-243X, lara.unger@uni-graz.at

Citation: Unger, Lara. 2022. The participation of environmental NGOs in (Austrian) criminal proceedings in the light of Art. 9 (3) Aarhus Convention. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 20(1): 211–236. DOI: 10.25167/osap.4772.

Abstrakt: Jednym z trzech głównych filarów Konwencji z Aarhus jest zapewnienie obywatelom dostępu do wymiaru sprawiedliwości. Nie oznacza to jedynie zapewnienia dostępu do postępowania administracyjnego, lecz także do postępowania karnego w przypadkach przestępstw przeciwko środowisku. Szczególnymi członkami społeczeństwa zainteresowanymi ochroną środowiska są organizacje pozarządowe. W niektórych krajach europejskich organizacje takie odgrywają czynną rolę w postępowaniach karnych, jednakże w wielu przypadkach są spychane na margines. Niniejsza praca opisuje implikacje i wymagania związane z art. 9 (3) Konwencji z Aarhus dotyczące kwestii dostępu do postępowania karnego, analizuje istniejące sposoby uczestnictwa organizacji pozarządowych w postępowaniach karnych w Austrii oraz przedstawia sposoby, w jakie prawo karne procesowe może być reformowane dla spełnienia wymagań Konwencji z Aarhus. Celem ostatecznym jest doprowadzenie do stanu, w którym ściganie przestępstw przeciwko środowisku będzie najbardziej skuteczne.

Słowa kluczowe: dostęp do systemu sprawiedliwości, Konwencja z Aarhus, przestępstwa przeciwko środowisku, prawo karne procesowe

Abstract: One of the three main pillars of the Aarhus Convention is access to justice for members of the public. Access to justice can not only be provided for in administrative

proceedings but also via criminal proceedings in cases of environmental crime. Members of the public with an interest in environmental protection are especially environmental NGOs. In some European countries NGOs play an active role in criminal proceedings, however in many cases they are banished to the sidelines. This article describes the implications and requirements of Art. 9 (3) of the Aarhus Convention for access to justice via criminal proceedings, analyzes the existing ways for environmental NGOs to participate in Austrian criminal proceedings and presents ways in which criminal procedure law can be reformed to meet the requirements of the Aarhus Convention. The end goal is to make the prosecution of environmental crime as effective as possible.

Keywords: access to justice, Aarhus Convention, environmental crime, criminal procedure law

1. Introduction

The Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters ('AC') aims at giving nature a voice by giving the public, most notably environmental NGOs, access to administrative and judicial proceedings to challenge decisions, acts and omissions that threaten the environment. The access to justice pillar of Art. 9 AC plays an important role in sustainable development and, especially, the judiciary has become a big factor in climate and environmental protection (Jendroška 2020: 374; Hadjiyianni 2020: 889), as can be seen in the growing number of climate change litigation cases worldwide.

The main approach to guarantee access to justice for the public is via administrative proceedings. The Austrian legislator, e.g., has decided to meet the requirements of Art. 9 (3) AC by mainly giving environmental NGOs autonomous rights of appeal regarding decisions (e.g., permits) in matters of waste and water law (Aarhus Participation Act 2018). The implications of the AC for criminal law and especially the granting of access to justice for the public via the avenue of criminal proceedings are rarely discussed. However, since an intact environment is the basis of life for humans, its protection through criminal law is warranted and an access to criminal proceedings for environmental NGOs – regardless of how this access may look like – should be given some thought. This was also recognized in the Council of Europe Convention for the Protection of the Environment through Criminal Law (ETS 172). Art. 11 of this convention states that the parties can grant any group, foundation or association which, according to its statutes, aims at protection of the environment, the right to participate in criminal proceedings. The EFFACE research project also came to the conclusion that including NGOs in criminal proceedings could be an effective way of guaranteeing access to justice (Faure *et al* 2016: 30). At the end of 2021 the European Commission ('EC') presented a proposal for the

Directive on protection of the environment through criminal law and replacing Directive 2008/99/EC (COM (2021) 851 final). Art. 14 of the proposed Directive requires Member States to ensure that, in accordance with their national legal system, members of the public concerned have appropriate rights to participate in proceedings concerning environmental criminal offences, for instance as a civil party. The public concerned is defined in Art. 2 (4) of the proposed Directive and includes “nongovernmental organisations promoting protection of the environment and meeting any proportionate requirements under national law“. Recital 26 of the proposed Directive references Art. 9 (3) AC and states that the public concerned should be able to act on behalf of the environment “since nature cannot represent itself as a victim in criminal proceedings.”

Access to justice via criminal proceedings only makes sense with regard to Art. 9 (3) AC because a review procedure for a refusal of access to environmental information (Art. 9 (1) AC) embedded in criminal law is incompatible with the *ultima ratio* principle and a challenge to decisions, acts and omission which are subject to public participation (Art. 9 (2) AC) is only relevant in administrative proceedings, because the initial proceedings for which public participation is required (Art. 6 AC) concern administrative permits.

In the first part, this article aims to discuss the implications and requirements of Art. 9 (3) AC for criminal law that can be found in case law by the Aarhus Convention Compliance Committee (‘ACCC’) and the European Court of Justice (‘ECJ’). Whereas the ACCC judgements are not legally binding, the judgements and the interpretation of the AC by the ECJ are binding for the European Union’s (‘EU’) Member States (ECJ C-240/09 *Brown Bear I*, paragraph 30). The Member States have discretion on how to regulate access to justice in their national law, however the procedural rules must be equivalent in cases concerning the EU law and purely national law and they cannot make the exercise of rights granted under the EU law excessively difficult (ECJ C-115/09 *Bund für Umwelt und Naturschutz*). In the second part of the article, the current legal framework in Austrian criminal procedure law and the existing ways for environmental NGOs to participate in criminal proceedings are explored. The third part of the article aims at presenting different ways and approaches to restructuring public participation in Austrian criminal proceedings to achieve compliance with Art. 9 (3) AC, some based on legal standing and some based on autonomous participatory rights. Although those approaches are explored within the Austrian legal framework, the general ideas and implications for access to justice can serve as inspiration for other legal systems. This article will also briefly discuss existing public participation in criminal trials in other European countries to generate a broad overview of possible approaches to access to justice via criminal proceedings.

2. The requirements of Art. 9 (3) AC for criminal proceedings

Art. 9 (3) AC states that each party shall ensure that, where they meet the criteria, if any, laid down in its national law, members of the public have access to administrative or judicial procedures to challenge acts and omissions by private persons and public authorities which contravene provisions of its national law relating to the environment. Austria is a party to the AC and therefore obligated to comply with the requirements of Art. 9 (3) AC under international law. Since the AC has been ratified by the EU, Member States are also bound by it within the framework of Art. 216 of the Treaty of the European Union (COM (2017) 2616 final n. 24). As a first step, the meaning of the different elements of Art. 9 (3) AC (acts and omission by private persons and public authorities, provisions of its national law relating to the environment, members of the public and challenge) in the context of criminal law and criminal proceedings will be analyzed.

2.1. Acts and omissions by private persons and public authorities

In principle, criminal proceedings can only be used to challenge acts and omissions of private persons and civil servants of public authorities. The public authority itself cannot be tried in a criminal court. In the context of judicial proceedings, it is important to note that bodies acting in a judicial capacity are not public authorities in the sense of the AC (Art. 2 point 2 AC). Therefore, Art. 9 (3) AC does not require that decisions and verdicts of criminal courts (or rather the judges of the criminal court) are challengeable by members of the public (Epiney, Diezig, Pirker and Reitemeyer 2018: Art. 2 n. 9). It is somewhat questionable if Austrian public prosecutor's offices can also be seen as acting in a judicial capacity in criminal proceedings or if they are taking on a hybrid role by enforcing administrative law if an act or omission can only be challenged through criminal law. According to the AC Implementation Guide (2014: 49), the judicial capacity is characterized by the fact that the bodies apply law impartially and without regard to public opinion or voices from the public. Despite the fact that prosecutors are bound by directives they receive from the Minister of Justice, they can still be seen as acting in judicial capacity because prosecutor's offices are obligated to act impartially and unbiased, according to the principle of objectivity regulated in Sec. 3 Austrian Code of Criminal Procedure. In Austrian criminal trials, public prosecutors cannot be equated to administrative authorities because they have a much smaller margin of discretion and are bound by the principle of legality. Although the ACCC states that the label or classification of the domestic law is not decisive (C32

findings Part I, paragraph 29), it is worth noting that in the Austrian system of separation of powers, the public prosecutor's offices also belong to the judiciary and not to the executive branch (Art. 90a Austrian Constitution). Therefore, the acts of the courts/judges and the public prosecutor's offices in the context of judicial criminal proceedings themselves do not constitute acts or omissions by a public authority and do not need to be challengeable by an NGO under Art. 9 (3) AC. However, for acts or omissions by private persons that violate environmental criminal law, access to justice for environmental NGOs via criminal proceedings is feasible.

2.2. Provisions of the national law relating to the environment

Environmental criminal law is also among the national law relating to the environment (ACCC C63 findings, paragraph 55; and the Austrian studies Schulev-Steindl 2009: 38; Fellner and Wratzfeld 2009: 22; Wagner, Fasching and Bergthaler 2018: 74; Weichsel-Goby 2018: 28). Consequently, members of the public must, in principle, also be granted access to courts in the case of acts or omissions which violate environmental criminal law.

2.3. Challenge

To ensure access to justice via criminal procedure law, members of the public must have the right to challenge acts and omissions by private individuals before a criminal court. The ACCC considers access to justice to be sufficiently given if proceedings can be effectively initiated, NGOs can actively participate in such proceedings or adequate remedies can be enforced (ACCC C86 findings, paragraph 85).

It is unclear how exactly this "effective initiation of proceedings" should look like. Simply granting the NGO the right to notify the police or the prosecution about a crime is not sufficient to guarantee access to the courts. Even the possibility of bringing a complaint to the Environmental Ombudsman's Office is not sufficient if the environmental NGO cannot proceed further against the rejection of the complaint according to the ACCC C63 findings (paragraphs 61-63; Milieu 2007: 13).

In the light of the findings of the ACCC in C36, it could be argued that proceedings are effectively initiated when they go past the prosecutorial investigation phase and reach the main trial before the court. In Austrian criminal procedure, the main trial phase is reached once the prosecutor's office files the indictment (Sec. 210 (2) Code of Criminal Procedure). However, the prosecutorial investigation phase can end in different ways beforehand, through

a discontinuation of the investigation proceedings or a withdrawal of the prosecution (diversion).

In the context of the Austrian criminal procedure, this means that members of the public should at least have the right to challenge a discontinuation of the investigation by the public prosecutor's office.¹ Accordingly, NGOs should have the right to file a motion for continuation of the investigation proceedings (Sec. 195 Code of Criminal Procedure), which is not the case in the current legal framework.

The discontinuation of the investigation can also be decided by the court itself (Sec. 108 Code of Criminal Procedure and Sec. 485 (1), (3) Code of Criminal Procedure). In my opinion, it is not necessary that environmental NGOs can also take action against a judicial discontinuation of the investigation proceedings. The judicial discontinuation of the preliminary proceedings is more "judgment-like" and is subject to a stricter standard than the prosecutorial discontinuation, since it must be certain that further prosecution is inadmissible (ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 146). Accordingly, the court decides on the act or the omission in question and proceedings have been effectively initiated.

In the light of the fact that a mere possibility to report a crime to the prosecution is not sufficient to meet the requirements of Art. 9 (3) AC and to initiate proceedings, a legal remedy against a prosecutor's decision not to initiate an investigation according to Sec. 35c StAG (Prosecutor's Office Act) would probably have to be created in Austrian law. According to Sec. 35c StAG, the public prosecutor's office can refrain from initiating preliminary proceedings if there is no initial suspicion (ErläutRV 181 BlgNR 25. GP 22). In this case, there is no right to file a motion for continuation, either for environmental NGOs or for the victim.

It is questionable, however, whether there is also a need for an appeal against a withdrawal from prosecution (diversion). Diversion is a "termination of criminal proceedings without a guilty verdict and without formal sanctioning of the accused" (Schroll and Kert 2019: n. 2). Through diversion, the prosecutor's office assumes "responsibilities similar to punishment" and "duties similar to those of a judge" (Schütz 2017: 57). If one follows the view that a diversion has

¹ In Austria, the prosecutor can, e.g., decide to discontinue the investigation if the conduct on which the investigation proceedings are based is not punishable by criminal law or if the prosecution of the accused is not permissible for reasons of law or if no factual grounds exist to pursue the prosecution of the accused (Sec. 190 Code of Criminal Procedure). Furthermore, the investigation can be discontinued if in consideration of the guilt, the consequences of the offence and the conduct of the accused after the offence, the nuisance caused by the offence would be regarded as trifling, and punishment does not appear necessary to deter the accused from committing criminal acts or to counteract the commission of criminal acts by others (Sec. 191 Code of Criminal Procedure).

a preventive character (Schroll and Kert 2019: n. 1/1) and has an effect similar to a sanction (Schütz 2017: 58), one could already consider this an effective (judicial) challenge of the conduct in the case of a diversionary settlement.

Art. 9 (3) AC does not require that the decisions made in the course of the effectively initiated proceedings can also be contested with an appeal (AC Implementation Guide 2014: 198; Holzer 2017: 38). Accordingly, NGOs do not have to have the right to file an appeal against the verdict of the competent court (AC Implementation Guide 2014: 198), this is also due to the fact that courts and (Austrian) public prosecutor's offices do not fall under the concept of public authorities as defined in Art. 2 point 2 AC. Access to justice in criminal proceedings concerns the challenge of incriminating conduct of the accused and not the conduct of the public prosecutor. As shown above, the effective initiation of judicial proceedings concerning the polluting conduct of the accused inherently leads to the right to challenge acts of the public prosecutor, e.g., the right to challenge the decision to discontinue the investigation proceedings. In my opinion, Art. 9 (3) AC does not require the legislator to grant NGOs the right to challenge every act and decision of the public prosecutor's office in environmental criminal trials (e.g., the order of an investigative measure, the decision to file an indictment, the request for acquittal during the main trial). If public prosecutors grossly neglect evidence, they themselves could be prosecuted in a separate criminal trial anyway (for abuse of office or potentially even for an environmental crime).

Access to justice could also be strengthened through additional participatory rights for members of the public in the investigation phase and during the main trial. The participation rights must meet the requirements of Art. 9 (4) AC (ACCC C86 findings, paragraph 84), they shall therefore provide adequate and effective remedies and be fair, equitable, timely and not prohibitively expensive.

2.4. Members of the public

Art. 9 (3) AC does not require that all environmental NGOs or even individual citizens must be granted access to courts, e.g., in the form of an *actio popularis*. Restricting national criteria can therefore be permissible ("where they meet the criteria"), as long as they are not so strict that practically all environmental NGOs are excluded from the proceedings (ACCC C11 findings, paragraph 35; ECJ C-664/15, *Protect*, paragraph 48; ECJ C-240/09 *Brown Bear I*, paragraph 49; AC Implementation Guide 2014: 198). Accordingly, a restriction on the participation in criminal proceedings to certain environmental NGOs that are concretely affected by the crime, would be permissible. A restriction

of participation rights to environmental NGOs that are officially recognized and fulfil certain criteria, e.g., a minimum number of 100 members, as is the case in Austrian environmental impact assessment proceedings (Sec. 19 (6), (7) Austrian Environmental Impact Assessment Act), has both advantages and disadvantages. As illustrated by Jendrośka (2020: 385), the term NGO in the context of the AC is to be understood broadly and should not only encompass large organizations that have existed for a long period of time. However, criminal proceedings should be conducted within reasonable time (Art. 6 ECHR) and giving any *ad hoc* NGO access to justice in the form of participatory rights might be in conflict with the rights of the accused to proceedings that are conducted expeditiously and without undue delay (Sec. 9 Code of Criminal Procedure).

3. Involvement of environmental NGOs in Austrian criminal proceedings *de lege lata*

In Austria, environmental NGOs were recently awarded further procedural rights in administrative proceedings (e.g., the right to appeal certain decisions made by administrative bodies) in the course of the implementation of Art. 9 (3) AC (cf. Aarhus Participation Act 2018). This is a novelty in Austrian law, because traditionally standing or any participatory rights are limited to persons whose rights have been infringed – based on the “Schutznormtheorie“. This rights-based approach is far more restrictive than legal systems where procedural rights are granted on the basis of legitimate interests (Hadjiyianni 2020: 904). The role of NGOs in criminal proceedings is limited mainly to the right to notify the police or the prosecution of a possible crime pursuant to Sec. 80 (1) Code of Criminal Procedure and to the possibility of witnessing the proceedings as an uninvolved listener pursuant to Sec. 228 (1) Code of Criminal Procedure. NGOs can only actively participate in the proceedings if they are considered victims of the environmental crime. Then they could also choose to join the proceedings as the so-called private party (“Privatbeteiligte”).

According to Sec. 65 point 1 lit c Code of Criminal Procedure, any person who might have suffered damage or whose legal interests protected by criminal law might have been violated through a criminal offence is to be regarded as a victim. Victims become private parties pursuant to Sec. 65 point 2 Code of Criminal Procedure by expressly declaring that they wish to participate in the proceedings in order to obtain compensation for any damage or impairment suffered as a result of the crime.

Victims and private parties have many different rights in criminal proceedings. They have the right to view files, to be present during the trial and to question defendants, witnesses and experts and to file a motion for continuation (Sec. 65 Code of Criminal Procedure). Private parties also have the right to file motions for evidence and to maintain the prosecution as a subsidiary prosecutor if the public prosecutor withdraws from it (Sec. 67 Code of Criminal Procedure).

Legal entities can also fall under the definition of victim under Sec. 65 point 1 lit c Code of Criminal Procedure (OGH 17 Os 9/14y; Gappmayer 2013: n. 136), therefore environmental NGOs can in principle participate in the proceedings as victims or even as private parties if they meet the requirements set out in the law. However, according to Austrian case-law, the term “victim” is to be interpreted as narrowly as possible in order to avoid excessively long proceedings. Therefore, victims as defined by the Code of Criminal Procedure must strictly be distinguished from persons who otherwise have a certain interest in the respective proceedings and the criminal prosecution (Kier 2018: n. 4).

3.1. “Who might have suffered damage through a criminal offense”

The concept of damage in the sense of Sec. 65 point 1 lit c Code of Criminal Procedure includes claims under civil law, which can be both material, i.e. pecuniary, and immaterial (Gappmayer 2013: n. 173). The damage can result both directly and indirectly from the criminal act. Indirect damage, also called third party damage, is such that is not directly covered by the protective purpose of the prohibition norm (Spenling 2013: n. 23). This applies to damage that occurs only as a side effect in another sphere of interest. Such damages can only be regarded as damages within the meaning of Sec. 65 point 1 lit c Code of Criminal Procedure if they are “explicitly compensable under civil law”, such as the claim of the surviving dependents to compensation for funeral costs under Sec. 1327 Austrian Civil Code (Kier 2018: n. 22; Kirschenhofer 2015a: n. 5).

Thus, if an environmental NGO suffers direct damage as a result of the criminal act and consequently has claims under private law against the perpetrator, it meets the definition of a victim according to Sec. 65 point 1 lit c Code of Criminal Procedure and can join the proceedings as a private party. This would be possible in the case of environmental pollution on land owned by the NGO,² if the NGO incurs expenses for removal or suffers a reduction

² Some areas are specifically acquired by nature conservation NGOs in order to protect the animal and plant species living on them, see <https://www.naturfreikauf.at/beispielflaechen.html> (last accessed on 30.03.2022).

in value as a result (Fasoli 2017: 30). Direct damage would also exist if the livestock or even individual animals owned by the NGO were affected, resulting in veterinary costs or other expenses (Gappmayer 2013: n. 185).³

Generally speaking, in the case of environmental criminal law offenses, it is questionable which damage is within the scope of protection of the offenses and is thus direct damage. The protected legal interests are the environment in its manifestations: soil, air and water, the animal and plant population, and also the life, physical integrity, health and physical safety of people. Also protected are the financial interests of those who have to bear an obligatory removal expense, e.g., as the owner of the property or the operator of a national park (OGH 6 Ob 229/16v) with regard to environmental pollution.

Not protected are the financial interests of people who later buy polluted property (OGH 7 Ob 47/97f) and those of environmental NGOs which clean up polluted areas voluntarily without any specific obligation (e.g., ownership of the property) to do so. The same is true for costs incurred by the NGO in providing the necessary information to the public about the environmental damage that has occurred and the associated risks in the course of hazard prevention (cf. Fasoli 2017: 34). The whole damage does not constitute a victim position in the sense of the Code of Criminal Procedure because any voluntarily compensated damage is not considered to have been “caused by the criminal act” (Korn and Zöchbauer 2019a: n. 5; Kirschenhofer 2015b: 3).

Other third-party damage includes, e.g., costs incurred by the NGO in investigating environmental offenses or attempting to prevent persons from committing environmental offenses, or costs for general campaigns for the protection of certain animal species that are then significantly endangered by the offender. However, such damage is not explicitly compensable under civil law and therefore does not meet the requirements of Sec. 65 point 1 lit c Code of Criminal Procedure (cf. OLG Wien 18 Bs 244/11f).

Similarly, immaterial damage in the form of damage to reputation resulting from the impression that the NGO cannot adequately implement its goal of environmental protection and prevent environmental crimes does not constitute a victim status. Compensation for such damage is not provided for by law (cf. Kier 2018: n. 25; cf. Fasoli 2017: 31). Compensation for pure environmental damage cannot be claimed by the NGO under civil law either.

³ For example, in the following case, the environmental NGO Pfothenhilfe, had veterinary costs for four malnourished and sick dogs that were rescued by authorities and handed over to the NGOs. In the following criminal trial for animal abuse, they participated as a private party. Read more under https://www.meinbezirk.at/schaerding/c-lokales/38-mumifizierte-hunde-urteil-gegen-tierquaelerin-ist-nun-rechtskraeftig_a1665133 (last accessed 30.03.2022).

3.2. “Whose legal interests protected by criminal law might have been violated through a criminal offense”

Victims are also persons whose legal interests protected by criminal law might otherwise have been violated. In Austria, criminal law protects legal interests of individuals but also the so-called general legal interests like the environment or the functioning of the administration of justice. In principle, the impairment necessary to constitute a victim position in the sense of the Code of Criminal Procedure can also be present in the case of a violation of general legal interests, if the interests of an individual have also been secondarily interfered with.

Thus, even in the case of a violation of a criminal norm protecting the environment, it is conceivable in principle that NGOs could be considered victims without having suffered direct damage. However according to judicial practice, the NGO would have to prove two things: first – an indirect encroachment on its legal interest, that is at least co-protected by the violated criminal norm, and second – that the NGO in question is concretely and personally affected by the crime (Kier 2018: n. 30; OGH 17 Os 9/14y; Nordmeyer 2017: n. 12).

The requirement of being concretely and personally affected is necessary to narrow the number of potential victims; otherwise, all environmental NGOs or even everyone interested in environmental protection could be considered a victim and have the right to participate in criminal proceedings (cf. ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 235). A concrete and personal concern of all NGOs that have any interest in environmental protection is naturally not the case with an environmental crime (OLG Wien 23 Bs 211/98a; OLG Graz 11 Bs 63/08k). However, a personal, concrete concern and, consequently, also a violation of the interests protected by criminal law could exist in the case of pure environmental damage if further restrictive criteria are applied. Such criteria could be, e.g., conservation activities of the NGO in the damaged area or with regard to a certain endangered animal species or an environmental medium, which are then damaged in the course of an environmental crime (cf. ECCE Study 2017: 42). In the various administrative procedures, the participation of environmental NGOs is limited to those that are officially recognized in the affected local area (Sec. 19 (7) Environmental Impact Assessment Act). The local connection to an area must be proven in the course of the recognition procedure, for example, by activity reports or projects in individual regions. Thus, if such a local recognition of an NGO exists in an area affected by the offense, it can be used as an indicator of special concern.

The problem, however, is the first requirement: The specific environmental offense must also affect an individual right or an individual legal interest, which is at least partly protected by the transgressed norm. This requirement

is a result of the rights-based approach. A large part of environmental crimes does not only protect the environment itself, but also, at least secondarily, other people's property and financial interests. However, not every financial interest is protected, as shown earlier most financial damage is not included in the scope of protection of the transgressed norm. It is undisputed that environmental criminal law also protects the interests of humans in an intact environment (Kienapfel and Schmoller 2009: 56). In a civil law decision of 2016, the Austrian Supreme Court of Justice also explicitly stated that the "idealistic interest of the general public in the conservation of animal species" is protected by Sec. 181f Austrian Criminal Code (OGH 6 Ob 229/16v). However, those are not individual interests but interests of the public.

Presently, courts do not recognize environmental NGOs as concretely and personally affected by environmental crimes. With regard to a violation of the Species Trafficking Act, the Vienna Higher Regional Court stated that not every person or environmental NGO working in the field of animal protection is to be considered a victim by impairment of their interests protected by criminal law. The mere ideological interest in animal protection is not sufficient to justify the victim status (OLG Wien 18 Bs 244/11f).

To conclude, participation of NGOs in criminal proceedings is not impossible but tied to the suffering of a specific financial loss, which is not present in most cases. In the findings for C63, the ACCC, in response to a submission by an environmental NGO regarding the non-recognition of its status as a victim in judicial criminal proceedings, concluded that Austria violates Art. 9 (3) AC due to this lack of access for environmental NGOs to these proceedings. In this case, there was also no other possibility to challenge the act of the offender.

4. Possibilities of Aarhus-compliant structuring of criminal procedure law

Art. 9 (3) AC does not require NGOs to be able to challenge breaches of environmental law via criminal law, if alternative ways are available to attain administrative and/or judicial review. Accordingly, the participation of NGOs in judicial criminal proceedings is in principle not a mandatory requirement of Art. 9 (3) AC. If a violation of environmental criminal law can be challenged by environmental NGOs via alternative channels, e.g., via environmental liability, it is not necessary for NGOs to be able to participate in criminal proceedings for this violation (cf. ACCC C18 findings, paragraph 32). However, if an act or an omission can only be challenged through criminal proceedings, then access to courts for NGOs in these proceedings must be ensured (ACCC C36

findings, paragraphs 63-64; Ökobüro 2018: 6; Wagner, Fasching and Bergthaler 2018: 35; Weichsel-Goby 2018: 29

In Austria, access to justice for environmental NGOs in administrative proceedings is mainly implemented by granting them the right to challenge certain decisions by administrative bodies (e.g., permits) in waste law, water law and nature conservation law and the right to file an environmental complaint in the framework of environmental liability. The scope of environmental criminal law is far broader than the scope of these rights. The right to challenge permits only covers the conduct of the administrative authority, if an offender pollutes the environment without a permit or contrary to a lawful permit, therefore violating norms of environmental criminal law, NGOs have no access to justice. Access to justice in the framework of environmental liability is limited to polluting conduct caused by specific professional activities e.g., the operation of a plant (Sec. 2 Environmental Liability Act) and NGOs only have the right to file an environmental complaint if the polluting conduct has already occurred (Sec. 11 Environmental Liability Act). Many environmental crimes are endangerment crimes and therefore also cover potentially polluting conduct before any actual damage occurs. Furthermore, the Environmental Liability Act does not cover the pollution of air, which environmental criminal law does.

The legislator could amend administrative law to include a general type of environmental complaint which can be filed by NGOs to request action from administrative authorities in all cases of violations of environmental law by individuals or legal entities. However, regardless of how this environmental complaint is structured, it would not cover the full scope of environmental criminal law. An environmental complaint that aims at rehabilitation and prevention measures (like the current environmental complaint in the Environmental Liability Act) is not applicable for some environmental crimes. For an offender who intentionally kills one specimen of wild fauna listed in Annex IV of the Habitats Directive (Directive 92/43/EEC) and is therefore punishable under Sec. 181f Austrian Criminal Code, there is no sensible rehabilitation measure an administrative authority could order. If the environmental complaint aims at the imposition of a fine by the administrative authority the explicit subsidiarity of many administrative offenses to judicial criminal law is a hinderance, e.g., Sec. 79 Waste Management Act explicitly states that administrative fines can only be imposed if the conduct in question does not constitute a criminal offense within the jurisdiction of the courts. Therefore, even if NGOs were able to request the administrative authority to impose a fine, they would factually be excluded from the proceedings since judicial criminal proceedings would have to be initiated instead of imposing an administrative fine due to the subsidiarity. Therefore, the introduction of general participation of NGOs in the

judicial criminal proceedings, in addition to the existing participatory rights in administrative proceedings, would be the better option.

Furthermore, if the EC's proposal for a Directive on the protection of the environment through criminal law and replacing Directive 2008/99/EC (COM (2021) 851 final) gets adopted in the proposed form, the creation of participatory rights for environmental NGOs in criminal proceedings would become mandatory for Member States.

The participation of NGOs in environmental criminal law proceedings can bring an added value and ensure better enforcement of environmental laws, as studies have shown (Sadeleer, Roller and Dross 2002: 14; Germani, Gerstetter and Stefes 2015: 59). Since most environmental criminal proceedings in Austria are discontinued at the prosecutorial investigation stage (BMJ 2012: 44; BMJ 2019: 65), the mere possibility to challenge the discontinuation of investigation could have a great practical impact.

It should also be noted, that the ACCC has advocated for the juxtaposition of multiple proceedings in which acts and omissions can be challenged (C86 findings, paragraph 78). Even in cases where NGOs can challenge acts and omissions through administrative proceedings and access to justice via judicial criminal proceedings is therefore not required by Art. 9 (3) AC, it would nevertheless be in the spirit of the AC and also of the EU (COM (2017) 2616 final, n. 34) to provide environmental NGOs with multiple ways to challenge acts or omissions.

4.1. Ways to integrate environmental NGOs as victims/private parties

4.1.1. Interest in compliance with environmental protection regulations as a protected individual legal interest

It is worth considering whether a victim position and, consequently, involvement of environmental NGOs as a private party might result from a broader interpretation of the scope of protection of environmental criminal norms, which includes the interest in compliance with environmental protection regulations as a protected individual legal interest. This would be compatible with the rights-based approach because standing would still be dependent on the encroachment of a subjective right.

Since the problem with environmental law provisions is often that they are not aimed at granting subjective rights, the ECJ stated in the *Brown Bear I* case that the plaintiff environmental NGO can assert the right to compliance with the provisions of the Habitats Directive in the administrative proceedings in

question as a subjective right (ECJ C-240/09 *Brown Bear I* paragraph 47; COM (2017) 2616 final, n. 40).

For criminal proceedings, Austrian NGOs also propose that they should be able to claim compliance with environmental protection regulations as subjective rights and thus have a private party position (Ökobüro 2018: 6). Should the scope of protection of the environmental crimes in the criminal code be interpreted in such a way that the interest of NGOs in compliance with environmental protection regulations is at least also protected, environmental NGOs could be considered victims according to Sec. 65 point 1 lit c Code of Criminal Procedure if the environmental NGO in question has been concretely affected by the crime. However, in these cases, the NGO will probably not have any civil law claim against the perpetrator arising from the crime, so they would not be able to join the proceedings as a private party.

This proposed comprehensive interpretation is not covered by the wording, telos or systematics of environmental offenses. To regard the interest in compliance with regulations as a legal interest protected by criminal law is not found anywhere in the criminal code and would be too far-reaching. This would result in offenses with no protected legal interest, since the purpose of the norm would then be, as it were, compliance with the norm. As shown above, in the current legal framework, the protected legal interest of environmental criminal law is mainly an intact environment (as the basis for human life) and not the compliance with administrative norms. It would be incompatible with the *ultima ratio* principle to justify the criminalization of conduct solely with the need to ensure compliance with administrative norms. Judicial criminal law in general – as opposed to administrative criminal law – protects the underlying legal interest, e.g., the legal interest protected by the norm criminalizing negligent bodily injury is not the compliance with road traffic regulations but a person's bodily integrity.

In the selected administrative proceedings, that NGOs have standing in, they are regarded as mere formal parties, which receive procedural rights solely on the basis of the legal prescription of such and not on the basis of the impairment of a subjective right (ErläutRV 648 BlGNR 22. GP 12). Similarly, no proof of impairment of the NGOs' subjective rights is necessary for environmental NGOs to challenge certain administrative decisions in water, waste and nature conservation law (Sec.102 (2) Water Law Act, Sec. 42 (1) point 13 AWG Waste Management Act).

4.1.2. Expansion of civil compensation obligations

In 2016, the Council of the EU invited Member States to “consider the introduction of a regime whereby an offender convicted of an environmental crime

would have to pay for the costs of the environmental authority that uncovered the facts that led to the prosecution” (CoE Doc. 15412/16). In many cases, the costs of investigation are borne by NGOs,⁴ so it would be worth considering introducing such compensability not only for environmental authorities, but also for NGOs.

If a civil right of compensation for investigation costs is explicitly provided for, private participation via Sec. 65 point 1 lit c Code of Criminal Procedure would be possible. Although these damages would still be third-party damages, the explicit compensability and the claim under private law against the perpetrator resulting from the crime would make it possible to establish a position as victim and private party for the NGO in question.

The main problem of this proposed solution is that such an extension of the compensation obligations would not meet the requirements of Art. 9 (3) AC. This would not create a general access to courts for NGOs, but they would have to be individually affected again. Such a restriction would not be in line with the AC’s objective of creating broad access to courts for members of the public, as the restrictive criteria would be too narrow.

4.1.3. Aarhus-compliant interpretation of the concept of victim

The interpretation of the concept of victim in the scope of the AC must be carried out consistent with the AC’s aim to give the public wide access to justice (cf. ACCC C48 findings, paragraph 63; C11 findings, paragraph 33). As shown above the current interpretation of the concept of victim is so narrow that environmental NGOs are factually excluded from the position as victims or private parties in criminal proceedings (Weichsel-Goby 2018: 42).

Before the reform of some administrative procedures, Sec. 8 Administrative Procedure Act regulated the standing of parties in administrative proceedings. The standing was (and still is, apart from the exceptions for NGOs) only granted if a subjective right of the party has been impaired (rights-based approach). In the *Protect* judgement, the ECJ granted environmental NGOs the right to challenge official decisions in which the environmental law of the EU is applied with reference to Art. 9 (3) AC and Art. 47 CFR. The ECJ stated that the Austrian courts could meet the requirements of Art. 9 (3) AC by giving

⁴ This can be seen on the basis of the following case: The environmental NGO GLOBAL 2000 uncovered a pesticide contamination of groundwater caused by a pesticide manufacturer and notified the police about it. Global 2000 was excluded from participating in the criminal proceedings despite the incurred investigation costs. Read more under: https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20141126_OTS0042/ausschluss-von-global-2000-vom-kwizda-prozess-verstoest-gegen-aarhus-konvention (last accessed 30.03.2022).

NGOs party status through an adapted interpretation of Sec. 8 Administrative Procedure Act which does not require impairment of a subjective right. The procedural law, which regulates the prerequisites of a review procedure, must be interpreted by national courts in accordance with the objectives of Art. 9(3) AC (ECJ C-664/15 *Protect*, paragraphs 53-54; cf. also ECJ C-240/09 *Brown Bear I*, paragraph 50). The Austrian Supreme Administrative Court also took this view into account and repeatedly ruled that Sec. 8 Administrative Procedure Act must be interpreted in a way that grants environmental NGOs party status (VwGH Ra 2015/07/005; VwGH Ra 2015/07/0152).

The Code of Criminal Procedure (in particular Sec. 65) is also to be seen as the national procedural law that regulates access to justice in proceedings in the scope of Art. (3) AC. In criminal proceedings in which environmental law of the EU is applied, Sec. 65 Code of Criminal Procedure – following the *Protect* ruling – would accordingly also have to be interpreted with regard to the victim status of NGOs in a way that corresponds to the objectives of Art. 9 (3) AC. This would be the case in particular if the act or omission of the private party directly violates the EU environmental law, but also in the case of all violations of provisions implementing the EU environmental law (Schulev-Steindl 2019: 21) which applies to a large part of the environmental criminal law provisions. Compliance with Art. 9 (3) AC could therefore be reached if the requirement of an impairment of a co-protected individual legal interest - that is not found in the law but was established in judicial practice - is waived.

4.2. Creation of an autonomous right to appeal the discontinuation of investigation *de lege ferenda*

Another possible way to implement the provisions of Art. 9 (3) AC would be to amend criminal procedure law to grant environmental NGOs legal remedies against discontinuation of proceedings before the main trial that are independent of a victim or private participation position and which the NGO could exercise as a purely formal party.

Such a provision could give registered environmental NGOs, the right to file a motion for continuation according to Sec. 195 Code of Criminal Procedure against public prosecutor's discontinuation of the investigation proceedings concerning an environmental crime. The existence of further restrictive criteria such as a special spatial activity in the damaged area or investigation costs or even direct damage could be waived. Since most environmental criminal proceedings end with discontinuation of the investigation by the public prosecutor's office anyway (BMJ 2013: 44; BMJ 2019: 65) this solution would probably also have the greatest practical effect.

An autonomous right of appeal limited to discontinuation by the public prosecutor's office, which is detached from the status of a party, would only slightly decelerate the proceedings (Wagner, Fasching and Bergthaler 2018: 96) and would also not represent "fundamental changes to [the] party's criminal law system" – as feared by Austria (in ACCC C36, response from the party concerned) – since NGOs do not act as prosecutors here, they have no further rights to participate in the proceedings and the request for continuation must be substantiated. The content of a motion for continuation is bound to the requirements of Sec. 195 (1) Code of Criminal Procedure,⁵ which prevents NGOs from willfully delaying the proceedings (ErläutrV 113 BgNR 24. GP 37). This restriction of the content of the right of subsequent challenge is permissible in the sense of the AC (Wagner, Fasching and Bergthaler 2018: 91).

The problem with this solution is that for it to be completely compliant with the requirements of Art. 9 (3) AC, a motion for continuation must also be available in cases where the prosecutor refrains from initiating preliminary proceedings because he sees no sufficient initial suspicion. In the current system, nobody, not even a victim, can appeal such a decision and one could argue that the granting of the right of an appeal to environmental NGOs might conflict with the fundamental structure of the Austrian criminal procedure and the prosecutorial principle (Sec. 4 Code of Criminal Procedure), which states that the right to file an indictment is incumbent on the public prosecutor who also leads the investigation proceedings. However, since the decision to refrain from initiating preliminary proceedings would simply be judicially reviewed and the prosecutor could not be forced to file an indictment, the prosecutorial principle would not be violated.

4.3. Creation of other participatory rights in the proceedings

In addition to the right to appeal, it should be considered whether, registered NGOs should be granted participation rights, which are detached from a victim or private party position. The rights would have to be granted at the investigation stage, and not only at the trial stage, because most environmental criminal proceedings end through discontinuation of the investigation. The participation rights must meet the requirements of Art. 9 (4) AC (ACCC C86 findings, paragraph 84), they shall therefore provide adequate and effective remedies and be fair, equitable, timely and not prohibitively expensive.

⁵ In a motion for continuation the applicant must state reasons why the proceedings should be continued e.g., a violation of the law, concerns regarding the accuracy of the material facts on which the decision to discontinue was based on or new material facts or pieces of evidence (Sec. 195 Code of Criminal Procedure).

The right to view files, the right to make an oral or written statement and the right to request evidence could prove relevant in practice. In Austrian procedural law, the right to information (Sec. 70 Code of Criminal Procedure), the right to access files (Sec. 68 Code of Criminal Procedure) and even the right to be present during the main trial, to question the defendant, witnesses and expert witnesses (Sec. 66 point 7 Code of Criminal Procedure) or the right to request the taking of evidence (Sec. 67 (6) point 1 Code of Criminal Procedure) could be granted in a new separate Sec. to environmental NGOs that are officially registered.

It is questionable, however, whether such procedural participation for NGOs would be compatible with the system of criminal procedure law and the requirement for acceleration (Sec. 9 Code of Criminal Procedure). Even if the right to participate is limited to NGOs that are officially recognized, there would still be 57 NGOs⁶ that could submit a statement. Further limiting criteria (e.g., a concrete concern) could be applied to shorten the duration of the proceedings. The appropriateness of the duration of the proceedings must be assessed for each individual case. Particularly in the case of complex factual or legal issues or if it is necessary to obtain many expert opinions, a longer duration of proceedings may be legitimate (Kier 2008: n. 5). Environmental criminal proceedings are usually highly complex, and many factual issues must be clarified by experts, which means that a longer duration of proceedings may be permissible (EGMR 37591/97 *Metzger/Deutschland*). In particular, the right of NGOs to submit comments or even to request evidence could contribute to clarifying the facts of the case.

4.4. NGOs as prosecutors

In criminal proceedings, private parties are entitled to maintain the indictment as subsidiary plaintiffs if the prosecutor withdraws the indictment (Sec. 72 Code of Criminal Procedure). Subsidiary prosecution serves to ensure that offenses are prosecuted even if the principle of legality is violated by the official prosecution and is thus a “counterweight to the prosecution monopoly”, because normally only the official competent prosecution authority has the right to file an indictment (Korn and Zöchbauer 2019b: n. 1). The circle of subsidiary plaintiffs was deliberately restricted by the legislator to private parties pursuing material interests in the proceedings, in order to prevent criminal proceedings

⁶ The full list of according to Sec. 19 (7) UVP-G officially recognized environmental NGOs in Austria can be accessed under https://www.bmk.gv.at/dam/jcr:8bbd82cb-335d-49a8-91c7-b5a2b8a67581/iste-anerkannter-Umweltorganisationen_20210929.pdf (as of 21st of March 2022).

from being conducted purely for the sake of satisfaction (ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 103 f.)

It could be considered to achieve conformity with Art. 9 (3) AC by giving NGOs the right to act as subsidiary plaintiffs in proceedings concerning environmental crime without linking this to a private party status. NGOs could thereby ensure a challenge of the environmentally damaging conduct by maintaining the prosecution even if the official prosecutor discontinues it.

With regard to Art. 9 (3) AC, on the one hand, it is problematic that a subsidiary indictment is only possible after the indictment has been filed. If the prosecutor discontinues the preliminary proceedings or even refrains from initiating preliminary proceedings, this possibility is not available (Kirschenhofer 2015c: n. 1). Furthermore, the subsidiary indictment is of little relevance in practice anyway, since the subsidiary plaintiff is obliged to reimburse costs if the defendant is acquitted (Sec. 390 (1) Code of Criminal Procedure; Korn and Zöchbauer 2019b: n. 2).

In particular, it is questionable whether the obligation to reimburse costs is not “excessively expensive” within the meaning of Art. 9 (4) AC. Accordingly, the costs of a challenge must not be so high that NGOs are deterred from doing so, whereby the parties to the AC are relatively free to decide how to implement this obligation (Implementation Guide 2014: 203). Basically, when assessing the costs of “access to justice”, the costs compensation system as a whole is assessed (ACCC C33 findings, paragraph 128). The ACCC has further stated that the allocation of costs must take into account that the NGO is acting in the public interest (ACCC C27 findings, paragraph 45).

An obligation to reimburse costs according to the “loser pays” principle is not per se contrary to the Convention, but may in individual cases, depending on the circumstances, lead to an incompatibility with Art. 9 (4) AC. In this context, criteria such as legal aid, conditional fee agreements or protective cost orders must also be taken into account (ACCC C33 findings, paragraph 129). In Austrian criminal procedure law, the fact that the subsidiary prosecutor is exempt from court fees (Lendl 2021: n. 2) would in any case have to be taken into account in a mitigating manner.

Due to the lack of possibility to file a subsidiary complaint in the preliminary proceedings and the potential conflict of the cost reimbursement regulation with Art. 9 (4) AC, the extension of the right to file a subsidiary complaint to NGOs in the existing system is not purposeful.

It would be worth considering the creation of a right of subsidiary prosecution for environmental NGOs even if the public prosecutor’s office does not file an indictment. The procedural provisions on subsidiary prosecution could then be applied in their existing form. So far, there is no possibility for citizens or

organization to file indictments in Austrian criminal proceedings and the legislator also deliberately decided against creating one. Such a subsidiary right of prosecution for NGOs would be a fundamental change to the Austrian criminal procedure system since the right to prosecution is unlike other European states reserved for the public prosecutor who has a smaller margin of discretion and is strictly bound by the principle of legality than prosecutors in states where an *actio popularis* exists.

5. The role of environmental NGOs in criminal proceedings in other European countries

In some European countries like the United Kingdom and Portugal (*acción popular*), NGOs can prosecute environmental crimes themselves. NGOs often threaten to bring such a private prosecution in order to trigger an indictment by state bodies (Faure and Heine 2002: 247). In Spain, environmental NGOs can join the proceedings as a “popular accuser” and can sustain the indictment even if the public prosecutor chooses to withdraw from the proceedings (Fajardo, Fuentes, Ramos and Verdú 2015: 54).

In France, there is even the possibility for NGOs to actively participate in environmental criminal proceedings as a civil party (*partie civile*), according to Art. 142 (2) Code de l'Environnement. As a civil party the NGOs have the right to view files and to be heard by the court (Bianco, Lucifora and Vagliasindi 2015: 43). In France, criminal proceedings with NGO participation result in more convictions than those without (Sadeleer, Roller and Dross 2002: 7 and 20).

The situation in Germany is similar to that in Austria, where NGOs can only participate in criminal proceedings when they are victims; otherwise, their rights are limited (Sina 2015: 55). This is due to the fact that Germany also applies a rights-based approach and requires the encroachment of a subjective right for standing or other participatory rights (Hadjiyianni 2020: 904). Germany also relies more on administrative procedures to enforce environmental law, whereas in other European countries, e.g., the UK, criminal law plays a much bigger role (Faure and Svatikova 2012: 260).

6. Conclusion

The AC envisages a broad understanding of access to justice and Art. 9 (3) AC requires access to justice also in judicial criminal proceedings in the case of violations of environmental criminal law if no alternative (administrative) path is available. At the moment, many European states, and especially Austria, practically exclude NGOs from criminal proceedings, although NGOs are often

the ones to uncover environmental crime. In Austria, the biggest obstacle to access to justice for NGOs – in criminal and administrative proceedings – is the structure of the legal system, namely the rights-based approach and the protective norm theory, which always requires an encroachment of a subjective right for standing or participatory rights. Therefore, in the existing criminal procedure framework, NGOs can only participate in the proceedings as victims or private parties if they suffer damage or their individual legal interests that are covered or protected by the transgressed norm are violated.

There are many possible approaches on how to guarantee access to justice for environmental NGOs via criminal proceedings. In Austria, the best solutions would be to either interpret the existing term “victim” in accordance with Art. 9 (3) AC, which was in the past demanded by the ECJ for the corresponding norm in the administrative law (ECJ C-664/15 *Protect*, paragraphs 53-54) or to create new autonomous rights for environmental NGOs in environmental crime proceedings. Those autonomous rights could be limited to NGOs which are concretely affected by the crime to shorten the duration of the criminal trial. As regards the administrative law, the Austrian legislator decided not to resort to a changed interpretation which would deviate from the rights-based approach but rather created autonomous rights for NGOs in certain administrative procedures. As far as criminal procedures are concerned, such legislative steps are yet unavailable. The current government has explained that it wishes to strengthen the role of the private party also in the fight against environmental crime in their government program (Government Program 2020-2024: 27). It therefore remains to be seen how the role of NGOs in criminal proceedings will develop in the future.

References

Legal acts

- Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, JGS 1811/946 idF BGBl I 2021/175 (translates to Austrian Civil Code).
- Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG, BGBl I 1991/51 idF BGBl I 2018/58 (translated to Austrian Administrative Procedure Act).
- Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), BGBl 1930/1 idF BGBl I 2021/235 (translates to: Austrian Constitution).
- Bundesgesetz über die Prüfung der Umweltverträglichkeit (Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz 2000 – UVP-G 2000), BGBl 1993/697 idF BGBl I 2018/80 (translates to Austrian Environmental Impact Assessment Act).

- Bundesgesetz über die Überwachung des Handels mit Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten (Artenhandelsgesetz 2009 – ArtHG 2009), BGBl I 2010/16 idF BGBl I 2019/104 (translates to Austrian Species Trafficking Act).
- Bundesgesetz über eine nachhaltige Abfallwirtschaft (Abfallwirtschaftsgesetz 2002 – AWG 2002), BGBl I 2002/102 idF BGBl I 2021/200 (translates to: Austrian Waste Management Act).
- Bundesgesetz über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden (Bundes-Umwelthaftungsgesetz – B-UHG), BGBl I 2009/55 idF BGBl I 2018/74 (translates to: Austrian Environmental Liability Act).
- Bundesgesetz vom 5. März 1986 über die staatsanwaltschaftlichen Behörden (Staatsanwaltschaftsgesetz – StAG), BGBl I 1984/164 idF BGBl I 2018/32 (translates to: Austrian Prosecutor's Office Act).
- Bundesgesetz, mit dem das Abfallwirtschaftsgesetz 2002, das Immissionsschutzgesetz – Luft und das Wasserrechtsgesetz 1959 geändert werden (Aarhus-Beteiligungsgesetz 2018), BGBl I 2018/73 (translates to: Austrian Aarhus Participation Act).
- Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora , 1992 OJ L 206/7.
- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law and replacing Directive 2008/99/EC, COM (2021) 851 final.
- Strafprozessordnung 1975, BGBl 1975/631 idF BGBl 2021/243 (translates to: Austrian Code of Criminal Procedure).
- UN Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention), 25.06.1998.
- Wasserrechtsgesetz, BGBl 1959/215 idF BGBl I 2018/73 (translates to: Austrian Water Law Act).

Case law

- ECHR 31.05.2001, 37591/97 *Metzger/Deutschland*.
- ECJ Judgement of the Court (Grand Chamber) of 8 March 2011 in case C-240/09, *Brown Bear I*, ECLI:EU:C:2011:125.
- ECJ Judgement of the Court (Grand Chamber) of 20 December 2017 in case C-664/15, *Protect*, ECLI:EU:C:2017:985.
- ECJ Judgement of the Court (Grand Chamber) of 12 May 2011 in case C-115/09, *Bund für Umwelt und Naturschutz*, ECLI:EU:C:2011:289.
- OGH (Supreme Court of Justice) 28.06.2016, 6 Ob 229/16v.
- OGH (Supreme Court of Justice) 06.03.2014, 17 Os 9/14y.
- OGH (Supreme Court of Justice) 26.02.1997, 7 Ob 47/97f.
- OLG Graz (Graz Higher Regional Court) 27.03.2008, 11 Bs 63/08k.
- OLG Wien (Vienna Higher Regional Court) 10.10.2011, 18 Bs 244/11f.
- OLG Wien (Vienna Higher Regional Court) 26.06.2008, 23 Bs 231/98a.
- VwGH (The Supreme Administrative Court) 28.03.2018, Ra 2015/07/0152.
- VwGH (The Supreme Administrative Court) 28.05.2018, Ra 2015/07/005.

ACCC findings

- Findings and recommendations of the Aarhus Convention Compliance Committee with regard to communication ACCC/C/2005/11 regarding compliance by Belgium with its obligations under the Aarhus Convention in relation to the rights of environmental organizations to have access to justice, ECE/MP.PP/C.1/2006/4/Add.2.
- Findings and recommendations of the Aarhus Convention Compliance Committee with regard to communication ACCC/C/2006/18 regarding compliance by Denmark, ECE/MP.PP/2008/5/Add.4.
- Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2008/27 concerning compliance by the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, ECE/MP.PP/C.1/2010/6/Add.2.
- Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2008/33 concerning compliance by the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, ECE/MP.PP/C.1/2010/6/Add.3.
- Findings and recommendations of the Aarhus Convention Compliance Committee with regard to communication ACCC/C/2010/48 concerning compliance by Austria, ECE/MP.PP/C.1/2012/4.
- Findings and recommendations of the Aarhus Convention Compliance Committee with regard to communication ACCC/C/2011/63 concerning compliance by Austria, ECE/MP.PP/C.1/2014/3.
- Response of the Party Concerned to the ACCC's Draft findings and recommendations regarding communication ACCC/C/2011/63 concerning compliance by Austria, ECE/MP.PP/C.1/2014/3.
- Findings and recommendations of the Aarhus Convention Compliance Committee with regard to communications ACCC/C/2013/85 and ACCC/C/2013/86 concerning compliance by the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, ECE/MP.PP/C.1/2016/10.

Documents

- Austrian Government Program 2020-2024, https://www.dieneuevolkspartei.at/Download/Regierungsprogramm_2020.pdf (last accessed 30 March 2022).
- Austrian Ministry for Justice, Sicherheitsbericht 2013. Bericht über die Tätigkeit der Strafjustiz (2013).
- Austrian Ministry for Justice, Sicherheitsbericht 2019. Bericht über die Tätigkeit der Strafjustiz (2019).
- Communication from the Commission on Access to Justice in Environmental Matters, COM (2017) 2616 final.
- Council of the European Union, Council Conclusions on countering environmental crime, Doc. 15412/16, ENFOPOL 484 ENV 791 ENFOCUSTOM 235.
- ECCE Task Force Access to Justice, Study on the Possibilities for non-governmental organizations promoting environmental protection (NGOs) to Claim Damages on Behalf of the Environment in Four Selected Countries (2017).

- ErläutRV 113 BlgNR 24. GP (Explanatory Remarks of the Legislator).
ErläutRV 181 BlgNR 25. GP (Explanatory Remarks of the Legislator).
ErläutRV 25 BlgNR 22. GP (Explanatory Remarks of the Legislator).
ErläutRV 648 BlgNR 22. GP (Explanatory Remarks of the Legislator).
Milieu Study, Measures on access to justice in environmental matters (Article 9(3)), Country Report for Austria (2007) https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2010-48/Correspondence/Submissions%20commun%2011.10.2010/Annex_10_MilieuStudy2007Austria_Final_Report.pdf (last accessed on 30.03.2022).
Ökobüro, Rechtsschutz im Umweltrecht. Rechtsbehelfe zur Umsetzung von Art 9 Abs 3 der Aarhus-Konvention (2018), https://www.oekobuero.at/files/357/positionspapier_aarhus9-3_update_2020sbff.pdf (last accessed 05.11.2022).
UNECE, The Aarhus Convention. An Implementation Guide, 2nd edition (2014).

Secondary sources

- Bianco, Floriana and Annalisa Lucifora and Grazia Vagliasindi. 2015. *Fighting Environmental Crime in France: A Country Report. Study in the framework of the EFFACE research project*. Catania: University of Catania.
- Epiney, Astrid and Stefan Diezig, Benedict Pirker, Stefan Reitemeyer. 2018. *Aarhus-Konvention. Handkommentar*. Baden-Baden: Nomos.
- Fajardo, Teresa and Juan Fuentes and Inmaculada Ramos and Jesús Verdú. 2015. *Fighting Environmental Crime in Spain: A Country Report. Study in the framework of the EFFACE research project*. Granada: University of Granada.
- Fasoli, Elena. 2017. The Possibilities for Nongovernmental Organizations Promoting Environmental Protection to Claim Damages in Relation to the Environment in France, Italy, the Netherlands and Portugal, *RECIEL* (26): 30-37.
- Faure, Michael and Günter Heine. 2002. *Final Report Criminal Penalties in EU Member States' Environmental Law*. Maastricht: University of Maastricht.
- Faure, Michael and Katarina Svatikova. 2012. Criminal or Administrative Law to Protect the Environment? Evidence from Western Europe. *Journal of Environmental Law* (24): 253-286.
- Faure, Michael et al. 2016. *Conclusions and Recommendations. A report in the framework of the EFFACE research project*. Maastricht: University of Maastricht.
- Fellner, Markus and Kurt Wratzfeld. 2009. *Access to Justice – Umsetzungsoptionen für die 3. Säule der Aarhus-Konvention im Lichte aktueller europarechtlicher Entwicklungen*. Wien: BMK.
- Gappmayer, Wolfgang. 2013. *Opferbegriff und juristische Prozessbegleitung in der StPO*. Wien: Manz.
- Germani, Anita and Christiane Gerstetter and Christoph Stefes. 2015. The role of the victims of environmental crime and civil society. In: *EFFACE Evaluation of the strengths, weaknesses, threats and opportunities associated with EU efforts to combat environmental crime*, Andrew Farmer et al (ed.) 53-62.
- Hadjiyianni, Ioanna. 2020. Multi-Level Governance in Action: Access to Justice in National Courts in Light of the Aarhus Convention. *European Public Law* (26): 889-920.

- Holzer, Christian. 2017. Der sachliche Anwendungsbereich des Art 9 Abs 3 Aarhus-Konvention. *ÖZW* (1): 33-43.
- Jendrośka, Jerzy. 2020. Access to Justice in the Aarhus Convention – Genesis, Legislative History and Overview of the Main Interpretation Dilemmas, *JEEPL* 2020 (17): 372-408.
- Kienapfel, Diethelm and Kurt Schmoller. 2009. *Strafrecht Besonderer Teil III*. 2nd edition. Wien: Manz.
- Kier, Roland. 2008. § 9 StPO. In: *WK-StPO*, Helmut Fuchs and Eckart Ratz (ed.).
- Kier, Roland. 2018. § 65 StPO. In: *WK-StPO*, Helmut Fuchs and Eckart Ratz (ed.).
- Kirschenhofer, Gunter. 2015a. § 65 StPO. In: *Kommentar zur StPO*, Gabriele Schmölzer and Thomas Mühlbacher (ed.).
- Kirschenhofer, Gunter. 2015b. § 69 StPO. In: *Kommentar zur StPO*, Gabriele Schmölzer and Thomas Mühlbacher (ed.).
- Kirschenhofer, Gunter. 2015c. § 72 StPO. In: *Kommentar zur StPO*, Gabriele Schmölzer and Thomas Mühlbacher (ed.).
- Korn, Gottfried and Peter Zöchbauer. 2019a. § 69 StPO. In: *WK-StPO*, Helmut Fuchs and Eckart Ratz (ed.).
- Korn, Gottfried and Peter Zöchbauer. 2019b. § 72 StPO. In: *WK-StPO*, Helmut Fuchs and Eckart Ratz (ed.).
- Lendl, Frederick. 2021. § 380 StPO. In: *WK-StPO*, Helmut Fuchs and Eckart Ratz (ed.).
- Nordmeyer, Hagen. 2017. § 195 StPO. In: *WK-StPO*, Helmut Fuchs and Eckart Ratz (ed.).
- Sadeleer, Nicolas and Gerhard Roller and Miriam Dross. 2002. *Access to Justice in Environmental Matters*. Final Report. ENV.A.3/ETU/2002/0030.
- Schroll, Kurt and Robert Kert. 2019. Vor §§ 198–209b. In: *WK-StPO*, Helmut Fuchs and Eckart Ratz (ed.).
- Schulev-Steindl, Eva. 2009. *Rechtliche Optionen zur Verbesserung des Zugangs zu Gerichten im österreichischen Umweltrecht gemäß der Aarhus-Konvention (Artikel 9 Absatz 3)*. Wien: BMK.
- Schulev-Steindl, Eva. 2019. Das Aarhus-Beteiligungsgesetz – Ende gut, alles gut? *Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1, 14-25.
- Schütz, Hannes. 2017. Franz von Liszt und die Prinzipien der Strafverfolgung. In: *FS 150 Jahre Wiener Juristische Gesellschaft*. Clemens Jabloner (ed.), 49-62.
- Sina, Stephan. 2015. *Fighting Environmental Crime in Germany: A Country Report. Study in the framework of the EFFACE research project*. Berlin: Ecologic Institute.
- Spending, Anton. 2013. § 369 StPO. In: *WK-StPO*, Helmut Fuchs and Eckart Ratz (ed.).
- Wagner, Erika and Wilhelm Bergthaler and Stefanie Fasching. 2018. *Umsetzung der Aarhus-Konvention in Umweltverfahren*. Linz: Johannes Kepler University.
- Weichsel-Goby, Barbara. 2018. *Völker- und unionsrechtliche Anforderungen an einen Zugang zu Gerichten. Rechtswissenschaftliche Studie zu Artikel 9 Abs 3 Aarhus-Konvention*. Wien: Umweltdachverband.

Volume 20, Issue 1
June 2022

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2022-01-19
accepted 2022-04-15



Krótki opis kwestii reprivatyzacji znacjonalizowanych nieruchomości kościelnych w Rumunii, ze szczególnym uwzględnieniem przypadku Kolegium im. Mikó Székelya

A short description of the issue of reprivatizing property
of the Church in Romania with particular focus
on the case of Mikó Székely College

EMŐD VERESS*

Węgierski Uniwersytet Sapientia w Siedmiogrodzie, Instytut Prawa
ORCID: 0000-0003-2769-5343, e-mail: emod.veress@icloud.com

Citation: Veress, Emőd. 2022. Krótki opis kwestii reprivatyzacji znacjonalizowanych nieruchomości kościelnych w Rumunii, ze szczególnym uwzględnieniem przypadku Kolegium im. Mikó Székelya. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 20(1): 237–259. DOI: 10.25167/osap.4781.

Abstract: The “communist” regime nationalized church property also in Romania. Minority (Hungarian and German) churches were traditionally extensively involved in school maintenance and were particularly hard hit. In the interwar period, these schools provided education in minority languages. Nationalization affected the entire property of the denominational schools and often broke centuries of tradition. The property included school buildings, teachers’ residences, and economic assets that served to finance the school. After the regime change, the state gradually established a framework for restitution. Still, after a positive start, the trend was reversed and restitution of the nationalized property to churches, without any change in the legal framework, began to be prevented by administrative and

* Profesor badawczy, kierownik zespołu badań nad prawem cywilnym w Instytucie Prawa Porównawczego im. Ferencza Mádlá w Budapeszcie; profesor akademicki Węgierskiego Uniwersytetu Sapientia w Siedmiogrodzie, Instytut Prawa, Kluż-Napoka. Badania dofinansowane ze stypendium Bolyaiego Węgierskiej Akademii Nauk.

judicial practice. Through a concrete example, the article illustrates contradictions in case law, ideological obstacles to restitution, and the complex legal history and civil law issues that arise.

Keywords: Romania, Transylvania, nationalization, ecclesiastical schools, restitution

Abstrakt: Mienie kościelne w Rumunii zostało znacjonalizowane przez reżim komunistyczny. Kościoły mniejszości narodowych (węgierskich i niemieckich), które tradycyjnie były szeroko zaangażowane w utrzymanie i prowadzenie szkół, zostały szczególnie dotknięte przez proces nacjonalizacji. W okresie międzywojennym szkoły te prowadziły nauczanie w językach mniejszości narodowych. Nacjonalizacja objęła cały majątek szkół wyznaniowych, często niszcząc wielowiekową tradycję. Majątek podlegający upaństwowieniu obejmował zarówno budynki szkolne, jak i mieszkania nauczycieli oraz aktywa gospodarcze, które służyły do finansowania działalności szkoły. Po transformacji ustrojowej państwo rumuńskie stopniowo tworzyło ramy prawne restytucji. Po obiecujących początkach tendencja uległa zmianie, a zwrot znacjonalizowanego majątku kościołom zaczęto utrudniać w praktyce orzeczniczej sądów i organów administracji. Zmianie praktyki nie towarzyszyły jednak zmiany legislacyjne. Niniejszy artykuł ilustruje na konkretnym przykładzie sprzeczności w orzecznictwie, przeszkody o charakterze ideologicznym utrudniające reprivatyzację, a także złożone tło historyczne i pojawiające się problemy cywilnoprawne.

Słowa kluczowe: Rumunia, Siedmiogród, nacjonalizacja, szkoły kościelne, restytucja

1. Wprowadzenie: ogólny zarys reprivatyzacji w Rumunii

Dyktatura typu sowieckiego wprowadzona po II wojnie światowej także w Rumunii oparta była na marksistowsko-leninowskiej doktrynie twierdzącej, że jedynym sposobem skończenia z wyzyskiem jest likwidacja własności prywatnej i przekształcenie jej w tzw. własność społeczną, de facto państwową. Własność społeczna teoretycznie należy do „każdego członka społeczeństwa”. W jaki sposób jednak społeczeństwo jako całość może być właścicielem poszczególnych rzeczy, odrębnych przedmiotów własności? Instytucja współwłasności może istnieć, ponieważ w takim przypadku właścicielami są konkretne osoby (np. konstrukcja współwłasności w dawnych wspólnotach gruntowych, wspólnych wygonach). Natomiast własność społeczna nie może istnieć, gdyż w tym przypadku na czynnym biegunie bezwzględного stosunku prawnego umożliwiającego wykonywanie prawa własności nie występuje żaden podmiot prawa. Istotą prawa własności jest wykluczenie niewłaściciela z wykonywania tego prawa. W przypadku własności wspólnotowej nikt nie jest wyeliminowany, a więc nie tylko nie odpowiada ona pojęciu własności, ale jest wręcz sprzecznością pojęciową, paradoksem. Dlatego w wyniku likwidacji majątku prywatnego nowym właścicielem stała się nie sama wspólnota, nawet nie społeczeństwo, ale państwo.

Manifest Partii Komunistycznej (1948) głosił, że „W tym sensie komuniści mogą zawrzeć swą teorię w jednym zdaniu: zniesienie własności prywatnej”. W trakcie dążenia do tego celu, stosując oparty na przymusie system środków typowy dla państw totalitarnych, własność prywatną zniesiono, a jej pozostałości znacznie ograniczono. W efekcie jednak nie zlikwidowano klasowego charakteru własności ani nie stworzono pożądanego ideału – bezklasowego społeczeństwa – tylko doprowadzono do powstania jednego z podstawowych modeli totalitarnego ucisku, jakim stała się dyktatura typu sowieckiego, czyli ustrój oparty na wyzysku ludzi przez państwo.

Własność kościelna – a więc i szkoły wyznaniowe w Siedmiogrodzie – stała się celem nacjonalizacji z kilku nawet powodów:

- a) ponieważ była to forma własności prywatnej;
- b) ponieważ antyklerykalizm był znamioną cechą dyktatury typu sowieckiego;
- c) ponieważ państwo dążyło do zmonopolizowania oświaty i wychowania (indoktrynacji ideologicznej);
- d) ponieważ w kwestii mniejszości narodowych dyktatura typu sowieckiego przyjęła, kontynuowała i zakończyła program tworzenia rumuńskiego państwa narodowego, wyeliminowała w ten sposób jednostki odgrywające kluczową rolę w mniejszościowym (samoobronnym) systemie instytucjonalnym¹.

W 1948 roku, sto lat po opublikowaniu Manifestu Komunistycznego, na wielkiej fali nacjonalizacji dyktatury typu sowieckiego likwidacji uległo 531 szkół kalwińskich, 468 rzymskokatolickich, 34 unitariańskich i 8 ewangelicko-luterańskich², a ich wykorzystywane do celów edukacyjnych nieruchomości i majątek ruchomy zostały przejęte (Ballai 2016: 8). W wielu przypadkach nacjonalizacja objęła także inne nieruchomości powiązane z tymi szkołami (np. mieszkania nauczycieli czy internaty), tak więc liczba upaństwowionych nieruchomości na tym obszarze była w rzeczywistości znacznie wyższa niż podana tutaj liczba szkół. W większości przypadków nacjonalizacja oznaczała równocześnie likwidację szkoły wyznaniowej oraz utworzenie w jej miejscu nowej, publicznej szkoły. W wielu przypadkach szkoła węgierskojęzyczna pręcej czy później zastępowana była szkołą rumuńskojęzyczną, a więc nacjonalizacja stanowiła dla państwa rumuńskiego narzędzie ekspansji etnicznej.

Po zmianie ustroju wyrażano nadzieję, postulaty, a wreszcie sformułowano program polityczny skierowany na unieważnienie najpoważniejszych nadużyć dyktatorskiej władzy sowieckiej, a więc i przeprowadzonych siłą nacjonalizacji,

¹ O tym, jak i dlaczego dyktatura sowiecka zrealizowała rumuński program narodowy w Siedmiogrodzie, zob. Emőd Veress, Erdély, mint jogtörténeti tér, w: Veress 2018: 15–19.

² Liczba ta nie obejmuje znacjonalizowanych szkół Kościoła Ewangelicko-Augsburskiego, do którego należą Sasi siedmiogrodzcy.

zarówno w sensie ogólnym, jak i w zakresie mienia odebranego kościołom. W grę wchodziło kilka moralnie uzasadnionych alternatyw, to jednak, co zostało zrealizowane, nie odzwierciedlało w pełni żadnej z nich. Cel był wzniosły: powrót do stanu sprzed nacjonalizacji, czyli reprivatyzacja, ustanowienie rządów prawa, stworzenie opartej na własności prywatnej gospodarki rynkowej. Rzeczywistość była jednak znacznie bardziej prozaiczna:

a) Powiązana tysiącem nici z ustępującym reżimem i dlatego zainteresowana tylko częściowym demontażem sowieckiej dyktatury elita polityczna, która doszła do władzy po zmianie ustroju, nie chciała prawdziwej reprivatyzacji. Jak podsumował jeden z rumuńskich profesorów prawa cywilnego, „niemożliwe jest, żeby okazywany w okresie reżimu komunistycznego brak szacunku dla własności prywatnej, jak również ówczesna propaganda ideologiczna, nie pozostawiły głębokich śladów w mentalności dużej części społeczeństwa, zwłaszcza tych, którzy nie mieli majątku do odzyskania i którzy wysuwane przez uprzednich właścicieli żądania restytucji mienia uznawali czasem za zagrożenie dla ich własnych, mniej lub bardziej uzasadnionych interesów” (Chelaru 2001: 8).

b) Rozwiązania reprivatyzacyjne były ograniczone, częściowe i stopniowe, a ich ideologiczną podstawę stanowiła negacja zasady przywrócenia do stanu poprzedniego, tj. *restitutio in integrum*. Początkowe etapy reprivatyzacji właściwie od razu przekreśliły późniejszą możliwość pełnej realizacji zasady *restitutio in integrum*. Przykładowo, w przypadku gruntów rolnych pierwsza restytucja odbyła się bez uwzględnienia pierwotnego położenia parceli, a więc w wielu przypadkach na zawsze uniemożliwiła przywrócenie własności na pierwotnych obszarach. Takie podejście zniszczyło również system ewidencji gruntów rolnych, który *nota bene* przetrwał nawet sowiecką dyktaturę. Podobnie ustawa nr 112 z 1995 r.³ o regulacji stanu prawnego znacjonalizowanych nieruchomości mieszkaniowych pod pewnymi warunkami zezwoliła lokatorom na zakup wynajętych mieszkań, uniemożliwiając w ten sposób późniejszą restytucję mienia w naturze. Tak więc treść pierwszych ustaw reprivatyzacyjnych (ustawa nr 18 z 1991 r., ustawa nr 112 z 1995 r.) oraz nadużycia popełnione podczas ich stosowania, stwarzając pozory odszkodowania, faktycznie sabotowały je i uniemożliwiały realizację późniejszych „wspaniałomyślnych” ustaw reprivatyzacyjnych.

c) Kolejną cechą prawodawstwa w zakresie zwrotu nieruchomości i odszkodowań za upaństwowienie było opóźnienie w stosunku do innych „byłych krajów socjalistycznych”⁴. Można sporządzić całą listę zawartych w ustawie obietnic

³ Legea nr. 112/1995 pentru reglementarea situației juridice a unor imobile cu destinația de locuințe, trecute în proprietatea statului.

⁴ Nie da się jednak zaprzeczyć, że inne „byłe kraje socjalistyczne” również borykały się z problemami politycznymi, finansowymi i społecznymi w zakresie różnych rozwiązań reprivatyzacyjnych i odszkodowawczych. Analogicznie nie ma ogólnego modelu reprivatyzacji czy odszkodowań. Sytuacja

i zobowiązań politycznych, które albo nie zostały dotrzymane w ogóle, albo zostały zrealizowane nieproporcjonalnie i zbyt późno bądź tylko częściowo⁵. Pozostając przy czynniku czasu, nie można zapomnieć o wydłużaniu się procesu zwrotu nieruchomości: po upływie trzech dekad wciąż jeszcze toczy się wiele postępowań, w kilku tysiącach przypadków mamy do czynienia z niepewną sytuacją prawną, co zmniejsza bezpieczeństwo obrotu prawnego lub w ogóle uniemożliwia jego realizację.

d) Przedłużający się proces i niepewność sytuacji prawnej spowodowały, że problem reprivatyzacji stał się coraz bardziej złożony. Nieodpowiednie rozwiązania prawne i zła jakość przepisów prawnych doprowadziły do zaistnienia niewiarygodnie wielu procesów sądowych.

Dlaczego reprivatyzacja była i jest konieczna? Przede wszystkim dlatego, że nacjonalizacja była nadużyciem, brutalnym zaborem majątku opartym na chybionej, upadłej, absurdalnej i sprzecznej z ludzką naturą ideologii, która mogła zaistnieć tylko w ramach dyktatury sowieckiej, czyli nieudanego, nieludzkiego eksperymentu społecznego. Nacjonalizacja własności prywatnej nie doprowadziła do sprawiedliwszego porządku społecznego, tylko do wyzysku człowieka przez państwo.

Szczególnie w odniesieniu do dóbr kościelnych prawdą jest, że węgierskie historyczne kościoły w Siedmiogrodzie tradycyjnie, zwłaszcza po zmianie suwerenności w latach 1918–1920, odgrywały kluczową rolę w przetrwaniu czy nawet rozwoju siedmiogrodzkiej mniejszości węgierskiej, świadcząc usługi edukacyjne, socjalne i kulturalne. Również tradycja i ciągłość (sztucznie przerwana) wymagają, aby kościoły skupiające historyczne mniejszości narodowe wypełniały te funkcje także we współczesnym kontekście, w ramach finansowania publicznego

w Rumunii ma jednak specyficzne cechy również w tym kontekście, co zostanie ukazane w niniejszym opracowaniu.

⁵ Tylko kilka przykładów. Art. 77 nieobowiązującej już ustawy 58 z 1991 r. o prywatyzacji spółek handlowych stanowił, że „rekompensata za majątek odebrany w wyniku nadużyć państwa będzie uregulowana specjalną ustawą”. Podobnie art. 147 ust. 3 ustawy 147 z 1992 r. o organizacji i funkcjonowaniu Trybunału Konstytucyjnego stanowił, że „odszkodowanie za szkody poniesione przed Konstytucją z 1991 r. będzie uregulowane w ustawie” (tekst przed zmianami wprowadzonymi ustawą nr 138 z 1997 r.). Zgodnie z art. 43 nadzwyczajnego rozporządzenia rządowego nr 88 z 1997 r. w sprawie prywatyzacji spółek handlowych „sytuacja mienia gospodarczego, które przeszło na własność państwa na mocy ustaw nacjonalizacyjnych lub innych aktów prawnych zostanie uregulowana w ciągu 60 dni od opublikowania niniejszego nadzwyczajnego rozporządzenia rządowego” Art. 25 ustawy nr 112 z 1995 r. stanowił, że „specjalne ustawy będą regulować stan prawny nieruchomości niebędących przedmiotem niniejszej ustawy, a które przeszły na własność państwa przed 22 grudnia 1989 r., niezależnie od ich pierwotnego przeznaczenia, w tym nieruchomości zburzonych ze względu na interes publiczny”. Inny przykład: zgodnie z art. 26 ustawy nr 213 z 1998 r. „w ciągu 6 miesięcy od wejścia w życie niniejszej ustawy rząd przygotowuje projekt ustawy, która będzie regulować zwrot nieruchomości odebranych w okresie od 6 marca 1945 r. do 22 grudnia 1989 r. w wyniku nadużyć państwa lub zasady rekompensaty”.

i korzystając z symbolicznych nieruchomości, które wcześniej temu celowi służyły. Ale jest to oczywiście oczekiwanie ze strony węgierskiej: rumuńska postawa polityczna zasadniczo się od niej różni. Wraz ze złagodzeniem (zaprzestaniem?) nacisków zewnętrznych domagających się restytucji mienia⁶ wyczerpał się zapał, żeby we właściwy i sprawiedliwy sposób przeprowadzić reprivatyzację nieruchomości kościelnych. Obecnie w tych nieruchomościach działają często rumuńskie instytucje (na przykład w budynku tzw. nowego kolegium kalwińskiego w Kluż-Napoka mieści się jedna z najlepszych, najbardziej uznanych rumuńskich szkół średnich w tym mieście⁷), a więc restytucja oznaczałaby dla strony rumuńskiej utratę wpływów. Dlatego interes rumuński dyktuje, żeby zachować i ochronić środki dyktatury sowieckiej, które legły u podstaw nacjonalizacji – i to jest ten powód, dla którego osłabił krótkotrwały impet restytucji mienia kościelnego. Ze strony rumuńskiej pojawił się również postulat częściowego cofnięcia przeprowadzonej już reprivatyzacji (a jedyną dopuszczalną na arenie międzynarodowej drogą ku temu jest wymiar sprawiedliwości, który w takich sprawach podejmuje decyzje kierowane rumuńskim interesem narodowym, co można, i należy, jednoznacznie i głośno stwierdzić⁸).

2. Ramy prawne zwrotu upaństwowionych nieruchomości kościelnych

Po zmianie ustroju uchwalono kilka specjalnych aktów prawnych wdrażających restytucję mienia. Charakteryzują się one tym, że dotyczyły tylko określonej grupy osób fizycznych lub prawnych⁹.

⁶ Zasadniczo przystąpienie do NATO i UE.

⁷ Żądania restytucji tej nieruchomości zostały odrzucone na podstawie argumentacji omówionej później w części poświęconej Kolegium im. Mikó Székelya.

⁸ W Siedmiogrodzie toczy się wiele procesów sądowych przeciwko historycznym węgierskim rodóm, które mają na celu cofnięcie poprzednich restytucji.

⁹ Do specjalnych aktów prawnych w kwestii restytucji należą m.in.:

– nadzwyczajne rozporządzenie rządowe nr 21 z 1997 r. w sprawie restytucji niektórych nieruchomości należących do społeczności żydowskiej w Rumunii oraz ustawa nr 140 z 1997 r. zatwierdzająca to rozporządzenie, jak również uzupełniający je dekret rządu nr 111 z 1998 r.;

– nadzwyczajne rozporządzenie rządowe nr 13 z 1998 r. w sprawie zwrotu niektórych nieruchomości należących do społeczności obywateli należących do mniejszości narodowych;

– rozporządzenie rządowe nr 112 z 1998 r. w sprawie zwrotu niektórych nieruchomości należących do społeczności obywateli należących do mniejszości narodowych (zrzeszenia, kościoły);

– nadzwyczajne rozporządzenie rządowe nr 83 z 1999 r. w sprawie zwrotu niektórych nieruchomości należących do społeczności obywateli należących do mniejszości narodowych na terenie Rumunii;

– uchwała rządu nr 2000/1334 uzupełniająca załącznik do nadzwyczajnego rozporządzenia rządowego nr 83 z 1999 r.;

Rozpatrując zagadnienie w kontekście konstytucyjnym, można stwierdzić, że podstawę prawną restytucji mienia stanowiły rozporządzenia rządowe, czyli akty administracyjne mające w rumuńskim porządku prawnym moc prawną równą ustawie, ale pod względem stabilności i praworządności w żaden sposób niedorównujące ustawie. Rozporządzenie rządowe jest w gruncie rzeczy wykonawczym nakazem władzy, chociaż co do meritum ma moc ustawy (Pactet 1998: 560). Rozporządzenie rządowe nie posiada takiej samej legitymacji jak ustawa¹⁰, ponieważ nie zostało przyjęte przez najwyższy organ przedstawicielski, czyli wybrany w powszechnych, równych, bezpośrednich, tajnych i wolnych wyborach organ władzy ustawodawczej.

Na podstawie nadzwyczajnego rozporządzenia rządowego nr 13 z 1998 r. w sprawie restytucji niektórych nieruchomości należących do społeczności obywateli należących do mniejszości narodowych (częściowo) zwrócone zostały nieruchomości wymienione w załączniku do tego rozporządzenia. Z rozwiązań przewidzianych w ww. akcie prawnym skorzystała niemiecka, węgierska, polska, bułgarska, serbska, turecka i grecka mniejszość narodowa. Podobnie rzecz miała się w przypadku rozporządzenia rządowego nr 112 z 1998 r. w sprawie zwrotu niektórych nieruchomości należących do społeczności obywateli należących do mniejszości narodowych (zrzeszenia, kościoły).

Do tej samej kategorii zaliczyć można nadzwyczajne rozporządzenie rządowe nr 83 z 1999 r. w sprawie restytucji niektórych nieruchomości należących do społeczności obywateli należących do mniejszości narodowych w Rumunii. Również nadzwyczajne rozporządzenie rządowe nr 94 z 2000 r. w sprawie zwrotu niektórych nieruchomości należących do kościołów na terenie Rumunii pozwalało na restytucję ograniczonej liczby nieruchomości. Pierwotna wersja rozporządzenia określała maksymalną liczbę zwracanych nieruchomości na dziesięć w ramach archidiecezji. Nadzwyczajne rozporządzenie rządowe na mocy zatwierdzającej je ustawy nr 501 z 2002 r. zostało przekształcone w ogólną podstawę normatywną restytucji mienia kościelnego, która do dziś reguluje zasady zwrotu nieruchomości należących do Kościoła.

- nadzwyczajne rozporządzenie rządowe nr 94 z 2000 r. w sprawie zwrotu niektórych nieruchomości należących do kościołów na terenie Rumunii;

- nadzwyczajne rozporządzenie rządowe nr 101 z 2000 r. w sprawie modyfikacji i uzupełnienia załączników do nadzwyczajnego rozporządzenia rządowego nr 21 z 1997 r. i nadzwyczajnego rozporządzenia rządowego nr 83 z 1999 r.

¹⁰ Przynajmniej do czasu zatwierdzenia rozporządzenia przez parlament. Następce zatwierdzenie przez parlament nadzwyczajnego rozporządzenia rządowego każdorazowo jest obowiązkowe, podczas gdy w przypadku (zwykłego) rozporządzenia rządowego wydanego na podstawie uprzedniej zgody parlamentu wyrażonej w ustawie obowiązek następczego zatwierdzenia przez parlament zależy od tego, czy przewiduje go ustawa delegacyjna.

W pierwszej chwili może się wydawać, że regulacje te zapewniają wyważone i sprawiedliwe rozwiązanie problemu. Jednakże ich stosowanie jest już problematyczne, daje się zaobserwować proces, który można zbadać z punktu widzenia socjologii prawa: w jaki sposób prawo, bez żadnych zmian w brzmieniu przepisów, przekształciło się z normy wdrażającej restytucję w środek ją uniemożliwiający. Jest to więc dobry przykład, że prawo może zmieniać swoją treść nawet bez formalnej nowelizacji, a zmianę tę wywołują nie modyfikacje przepisu, tylko względy ideologiczne i interpretacyjno-polityczne.

Zgodnie z tą ustawą nieruchomości¹¹, które zostały zabrane przez państwo spółdzielnie lub inną osobę prawną kościołom w okresie między 6 marca 1945 r. a 22 grudnia 1989 r. w drodze nadużycia, z tytułem prawnym lub bez podstawy prawnej, a które są we własności państwa, publicznej osoby prawnej lub innego podmiotu prawnego określonego w ustawie (spółki z większościovym udziałem skarbu państwa lub samorządu¹²), zostaną zwrócone byłemu właścicielowi.

Prawo przewiduje domniemanie, że przejęcie mienia przez państwo w drodze darowizny również było nadużyciem (obecny posiadacz nieruchomości może obalić to domniemanie). Rzeczywiście, w większości przypadków za darowizną majątku na rzecz państwa krył się przymus, a umowa darowizny jedynie maskowała nadużycie, nadając mu formalnie ramy prawne.

Ubiegając się o zwrot mienia, Kościół musiał złożyć wniosek do Specjalnej Komisji ds. Restytucji (Comisia Specială de Retrocedare) w terminie sześciu miesięcy przewidzianym przez ustawę (lub kolejnym sześciomiesięcznym terminie ustanowionym przez ustawę nr 247 z 2005 r.). W skład komisji wchodziłi przedstawiciele poszczególnych ministerstw i instytucji rządowych. Jeżeli mienie będące przedmiotem zwrotu służy do wypełnienia publicznych funkcji oświatowych lub zdrowotnych, wejście w jego posiadanie jest obecnie możliwe dopiero po dziesięciu latach od wydania decyzji o restytucji (pierwotna wersja rozporządzenia przewidywała termin pięcioletni na przywrócenie posiadania). W tym okresie Kościołowi przysługuje określona w rozporządzeniu rządowym opłata za korzystanie z nieruchomości. Przez ten czas państwo powinno znaleźć nową lokalizację dla instytucji działającej w danej nieruchomości.

Komisja podejmuje decyzję o przyjęciu wniosku o restytucję (zwrot w naturze lub skierowanie do innej komisji wniosku o odszkodowanie) bądź o odrzuceniu

¹¹ Ten przepis prawny nie dotyczy jednak budynków kościelnych, ponieważ dominujący w Rumunii Kościół prawosławny przejął budynki kościelne rumuńskiej mniejszości religijnej w Siedmiogrodzie, Kościoła greckokatolickiego, który został rozwiązany w 1948 r., i nie zamierzał ich oddać zrekonstruowanemu po zmianie ustroju prawowitemu właścicielowi. Zgodnie z zawartą w ustawie obietnicą polityczną, stan prawny budynków kościelnych będzie regulowany odrębną ustawą. Do tej pory jednak takie przepisy nie zostały uchwalone.

¹² W takim przypadku o restytucji mienia decydują organy danej spółki, a proporcja udziału państwa w spółce maleje o wartość zwracanego mienia (kapitał zakładowy spółki ulega obniżeniu).

wniosku, a decyzja podlega uzasadnieniu. W przypadku zbycia nieruchomości przez państwo po 22 grudnia 1989 r. zgodnie z obowiązującymi wówczas przepisami Kościołowi jako byłemu właścicielowi należy się odszkodowanie. (Znaczna część lokali mieszkalnych znacjonalizowanych z majątku kościelnego została sprzedana przez państwo najemcom – jak na przykład mieszkania nauczycielskie przy szkołach na podstawie wspomnianych przepisów ustawy nr 112 z 1995 r.)¹³.

Od decyzji przysługuje odwołanie w postępowaniu administracyjnym (w terminie 30 dni od dnia otrzymania decyzji) do sądu pierwszej instancji, przy czym właściwość sądu określana jest według miejsca, w którym znajduje się nieruchomość podlegająca zwrotowi, oraz do sądu drugiej instancji, którym jest Najwyższy Sąd Kasacyjny i Sprawiedliwości. Sprawy, które nierzadko dotyczą skomplikowanych zagadnień prawa cywilnego, rozstrzygane są w procesie administracyjnym przez sędziów specjalizujących się w sprawach administracyjnych. W rezultacie, w porównaniu do spraw cywilnych, w których zazwyczaj strony mają do dyspozycji dwa środki odwoławcze, tutaj przysługuje im tylko jeden taki środek. Naturalne byłoby rozpatrywanie takich spraw w cywilnym postępowaniu procesowym, podobnie jak w innych sprawach restytucyjnych. Ograniczenie prawa do zaskarżenia decyzji zapadłych w sprawach zwrotu mienia kościelnego w porównaniu z innymi sprawami restytucyjnymi budzi również wątpliwości co do zgodności przepisu z konstytucją.

3. Studium przypadku: sprawa Kolegium Kalwińskiego im. Mikó Székelya w Sepsiszentgyörgy¹⁴

3.1. Kontekst sprawy

Przypadek założonego w 1859 roku Kolegium im. Mikó Székelya w Sepsiszentgyörgy doskonale ilustruje złożoność problemu, trudności w stosowaniu norm prawnych oraz zmiany ideologiczne uniemożliwiające restytucję mienia¹⁵.

¹³ Na podstawie ustawy nr 112 z 1995 r. restytucja była możliwa tylko na rzecz osób fizycznych, a więc kościoły były wyłączone z zakresu podmiotowego tego aktu prawnego. Jednak do odzyskania dóbr uprawnieni byli tylko ci uprzedni właściciele lub ich spadkobiercy, którzy faktycznie mieszkali w upaństwowionej nieruchomości lub jeśli ta nieruchomość była nieużywana (w praktyce zdarza się to niezwykle rzadko, ponieważ nieruchomości te państwo oddawało w najem). Z kolei najemcy mogli kupić te mieszkania po obniżonej cenie, a państwo przyznawało im nawet ulgi w postaci rozłożenia płatności na raty. Taka „zgodna z prawem” sprzedaż uniemożliwiła późniejszą restytucję mienia w naturze.

¹⁴ Sepsiszentgyörgy – dziś: Sfântu Gheorghe (przyp. tłum.).

¹⁵ Starania o zwrot Kolegium są wcześniejsze niż opisana tutaj sprawa: Kolegium zostało już raz zwrócone, ale przeciwko członkom ówczesnej Komisji ds. Restytucji wszczęta została sprawa karna, w której Sąd Apelacyjny w Ploiești stwierdził braki w dokumentacji postępowania, w związku z czym

Decyzją nr 684 z dnia 31 maja 2016 r. Specjalna Komisja ds. Restytucji odrzuciła wniosek Siedmiogrodzkiej Diecezji Kościoła Kalwińskiego o zwrot nieruchomości Kolegium im. Mikó Székelya w Sepsiszentgyörgy. Uzasadnienie decyzji po pobieżnej analizie pozornie wydaje się logiczne. Komisja ustaliła, że zgodnie z odnosnymi przepisami zwrotu nieruchomości może dochodzić jej były właściciel. Przedmiotowa nieruchomość „w momencie przejęcia przez państwo rumuńskie była własnością Kolegium im. Mikó Székelya (szkoły), a nie kościoła”. W konsekwencji wniosek o resytucję został odrzucony, „ponieważ Siedmiogrodzka Diecezja Kościoła Kalwińskiego nie była właścicielem majątku, o którego zwrot się ubiegała”. Komisja oparła swoje ustalenia na wpisie do księgi wieczystej, w którym figuruje: *Ev. Ref. Székely Mikó Kollégium*. (Koś. Kal. Kolegium im. Mikó Székelya). Taki wpis do księgi wieczystej został dokonany 2 marca 1900 r. w księdze wieczystej nr 71 miasta Sepsiszentgyörgy.

Problem jest jednak znacznie bardziej złożony niż uproszczone stanowisko Komisji i wymaga kompleksowej analizy historycznoprawnej.

Podstawę prawną restytucji szkoły im. Mikó Székelya stanowiło rozporządzenie nadzwyczajne rządu nr 83 z 1999 r. (nieruchomość została włączona do załącznika na wyraźne polecenie rządu, w wyniku uznania potrzeby tej restytucji na najwyższym szczeblu administracji państwowej).

Zgodnie z art. 1 rozporządzenia nadzwyczajnego Rządu nr 83 z 1999 r. warunki restytucji były następujące:

- a) nieruchomość winna figurować w oryginalnym lub uzupełnionym załączniku do rozporządzenia nadzwyczajnego rządu;
- b) przed nacjonalizacją majątek był własnością społeczności obywateli (zrzeszeń, kościołów) należących do mniejszości narodowych w Rumunii;
- c) nieruchomość przeszła w posiadanie państwa rumuńskiego po 1940 roku;
- d) przeniesienie prawa własności nastąpiło w drodze przymusu, konfiskaty, nacjonalizacji lub oszukańczych środków;
- e) o zwrot dóbr mógł wnioskować były właściciel lub jego spadkobierca¹⁶.

W celu podjęcia zgodnej z prawem decyzji, Komisja ds. Restytucji powinna była sprawdzić zaistnienie tych przesłanek.

członkowie Komisji zostali skazani, a Kolegium ponownie znacjonalizowane (w owym czasie Komisja ds. Restytucji miała inny skład niż opisany powyżej: wśród członków byli również przedstawiciele kościołów). Siedmiogrodzka Diecezja Kościoła Kalwińskiego zwróciła się o kontynuację postępowania restytucyjnego. Omawiany tu kasus jest w istocie analizą późniejszych wydarzeń.

¹⁶ W tym miejscu rozporządzenie nadzwyczajne rządu nr 83 z 1999 r. odbiega od podobnego tekstu nadzwyczajnego rozporządzenia rządu nr 94 z 2000 r., ponieważ ten ostatni wymienia tylko byłego właściciela, a spadkobiercy już nie. Różnica ta nie jest bez znaczenia: zob. punkt 3.5 niniejszego opracowania.

Pierwszy warunek jest spełniony, nieruchomość figuruje bowiem w załączniku do rozporządzenia rządu w wersji uzupełnionej decyzją rządu nr 1334 z 2000 r. Spełniony jest również trzeci warunek (do drugiego warunku powrócimy za chwilę): nieruchomość została upaństwowiona dekretem nr 176 z 1948 r.¹⁷, który stanowił ramy dla nacjonalizacji szkół wyznaniowych. W odniesieniu do szkoły im. Mikó Székelya dekret nacjonalizuje „Męskie gimnazjum wyznania reformowanego w Sepsiszentgyörgy należące do Kościoła kalwińskiego, wraz z całym jego majątkiem według spisu inwentarza”¹⁸. Zgodnie z czwartym warunkiem istotny jest również sposób nabycia własności przez państwo: tutaj miała miejsce *nacjonalizacja*, spełniona została więc i ta przesłanka. W konsekwencji decydujące znaczenie dla sprawy może mieć jedynie drugi i piąty warunek. Zgodnie z drugim warunkiem przed nacjonalizacją majątek miał być własnością zrzeszenia lub Kościoła należącego do mniejszości narodowych. Zgodnie z piątym warunkiem nieruchomości należało zwrócić byłemu właścicielowi lub jego spadkobiercy. Nie podlega dyskusji, że w księdze wieczystej przy tej nieruchomości widnieje adnotacja *Ev. Ref. Székely Mikó Kollégium* (Koś. Kal. Kolegium im. Mikó Székelya). Czy w tych okolicznościach warunek drugi i piąty należy uznać za spełniony, czy też stanowisko Komisji ds. Restytucji jest słuszne, a Siedmiogrodzka Diecezja Kościoła Kalwińskiego nie była uprawniona do żądania zwrotu mienia? Sądy rumuńskie (Sąd Apelacyjny w Braszowie, Najwyższy Sąd Kasacyjny i Sprawiedliwości) przyznały rację Komisji ds. Restytucji. Nasuwa się zatem pytanie: czy te orzeczenia sądowe są słuszne?

Aby określić podmiot praw własności, musimy odpowiedzieć na kilka podstawowych pytań o status kalwińskich szkół wyznaniowych. Aby uzyskać ze wszech miar należytą odpowiedź, nie powinniśmy posługiwać się dzisiejszymi pojęciami, tylko skoncentrować się na regulacjach prawnych, praktyce i orzecznictwie sądowym obowiązujących w dwóch datach odniesienia – z jednej strony podczas wpisu do ewidencji gruntów (ksiąg wieczystych) w 1900 r., z drugiej zaś w czasie nacjonalizacji w 1948 r.

3.2. Kwestie związane z ewidencją gruntów

Analiza metody ewidencji gruntów jest możliwa dzięki zbadaniu właściwych miejscowo i czasowo norm prawnych, które regulowały kwestię prowadzenia tej ewidencji. Oznacza to z jednej strony analizę przepisów *prawa kościelnego*,

¹⁷ Decretul nr. 176/1948 pentru trecerea în proprietatea Statului a bunurilor bisericilor, congregațiilor, comunităților sau particularilor, ce au servit pentru funcționarea și întreținerea instituțiilor de învățământ general, tehnic sau profesional.

¹⁸ „Liceul reformat băieți din Sf. Gheorghe, al Bisericii reformate, cu întreaga avere, conform inventarului jurnal.”

a z drugiej analizę odnośnych *norm węgierskiego prawa cywilnego*, biorąc pod uwagę fakt, że do 1918–1920 r. miasto Sepsiszentgyörgy było częścią państwa węgierskiego.

Analizę szerszego kontekstu prawa kościelnego możemy rozpocząć, odwołując się do Eleka Dósy, jednego z najwybitniejszych prawników siedmiogrodzkich XIX wieku. W swojej pracy pt. *Prawo kościelne w siedmiogrodzkim Kościele Ewangelicko-Reformowanym* stwierdził on: „Majątki Kościoła są własnością Kościoła, posiadaną za pośrednictwem eklezji, kościelnych osób prawnych i szkół wyznaniowych, za sprawą których ich właścicielem jest sam Kościół powszechny, ponieważ nie są one specjalnymi celami osób lub organów kościelnych, ale środkami przeznaczonymi do realizacji celu Kościoła powszechnego w tej eklezji i szkole, i jako takie są do dyspozycji tych, którzy mają kontrolę nad celem, czyli do dyspozycji Kościoła powszechnego [...]. Jednakże prawo Kościoła do posiadania i rozporządzania nimi ograniczone jest niepodważalnym przeznaczeniem dóbr kościelnych, którym, zgodnie z rozdziałem 28 Helvetica Confessio, jest umożliwienie, ażeby w szkołach [...] płynęło nauczanie [...]” (Dósa 1863: 204–205).

Takie podejście jest stałym elementem kalwińskiego prawa kościelnego. Zdaniem Dósy „ponieważ właścicielem majątku kościelnego jest sam Kościół powszechny, i jeżeli majątek kościelny będący w posiadaniu eklezji i szkół może być używany wyłącznie zgodnie z jego przeznaczeniem, prawo do korzystania z niego jest również ograniczone: z tego wypływa samoistnie, że regulacja sposobu gospodarowania tym majątkiem należy do Kościoła [...]” (Dósa 1863: 205). A więc Dósa uważał majątek szkolny za własność Kościoła, z którego szkoła ma tylko prawo korzystać, jednak zarówno Kościół, jak i szkoła mają obowiązek respektować to, że jest on przeznaczony do działalności edukacyjnej.

Normy prawa kościelnego skonkretyzowały to podejście. Normy przyjęte na nadzwyczajnym walnym zgromadzeniu Siedmiogrodzkiej Diecezji Kościoła Kalwińskiego w Klużu-Napoce przeprowadzonym w dniach 20–23 września 1885 r. przewidywały, co następuje:

„§ 81. W okręgu siedmiogrodzkim funkcję szkolnictwa średniego i wyższego pełnią kolegia. Na dzień dzisiejszy są to Kolegium im. Mikó Székelya w Sepsiszentgyörgy: niepełne liceum, Kolegium w Zilah (dziś: Zalău – przyp. tłum.), Kolegium w Székelyudvarhely (dziś: Odorheiu Secuiesc – przyp. tłum.), Kolegium im. Kúna w Szászváros (dziś: Orăștie – przyp. tłum.), jak również kolegia w Marosvásárhely (dziś: Târgu Mureș – przyp. tłum.) i Kolzsvár (dziś: Kluż-Napoka – przyp. tłum.): pełne licea, a wreszcie Kolegium im. Bethlena w Nagyenyed (dziś: Aiud – przyp. tłum.): liceum, akademii teologiczna i wyższa szkoła pedagogiczna, wraz ze szkołą do praktyk.

§ 82. Kolegia to uczestniczące w prawodawstwie diecezji i Kościoła powszechnego autonomiczne, reprezentowane przez swoich przedstawicieli organy

kościelne, samorządne w granicach ustaw państwowych i kościelnych, które posiadają majątek i fundacje do celów nauczania i wychowania”¹⁹.

Z powyższych fragmentów wynika kilka wniosków:

a) prawo kościelne wymieniało Kolegium im. Mikó Székelya jako instytucję Kościoła kalwińskiego;

b) status prawny Kolegium został określony następująco: autonomiczny organ kościelny (a więc należący do Kościoła), którego charakter podkreśla także udział w prawodawstwie Kościoła; jest to więc organ będący integralną częścią systemu organizacji kościelnej, w przeciwnym razie nie mogłaby uczestniczyć w prawodawstwie kościelnym²⁰;

c) materialnie „dzierży” majątek, ale nie oznacza to nic więcej ponad zarządzanie własnością Kościoła²¹, a więc udostępniona mu własność Kościoła, z której *ma prawo korzystać*, zapewnia jej materialne warunki działania.

Co ważne, prawo kościelne nie uznawało szkół jako mających odrębną od Kościoła podmiotowość i osobowość prawną: kolegia były postrzegane jako organy Kościoła, które mogły korzystać z majątku (środków specjalnego przeznaczenia) do celów edukacyjnych.

Status ten został potwierdzony i usankcjonowany przez konstytucję Kościoła z 1904 r., która już w art. 3 stwierdza, co następuje: „szkoły podstawowe, średnie i wyższe Kościoła kalwińskiego na Węgrzech, jako instytucje związane zasadniczo z prawem do swobodnego praktykowania religii i jako środki służące samowystarczalności Kościoła, z poszanowaniem ustawy zasadniczej i konstytucyjnie ustanowionych praw państwa węgierskiego, w szczególności zaś ustawy XXVI z 1790/1 r., są organiczną częścią Kościoła i podlegają jego władzy”²².

Kościół kalwiński, podobnie jak inne kościoły historyczne, jest złożoną strukturą składającą się z hierarchicznie połączonych instytucji. Kolegia były częścią tej wewnętrznej kościelnej organizacji, jak wynika z odnośnych prze-

¹⁹ Protokół z walnego zgromadzenia Siedmiogrodzkiej Diecezji Kościoła Kalwińskiego w Kluźu-Napocze przeprowadzonego w dniach 20–23 września 1885 r., János Stein, Kolozsvár, 1885, s. 43.

²⁰ Słusznie stwierdzono, że „szkoła zawsze była częścią struktur kościelnych, a nie odwrotnie. Relacja między Kościołem a jego szkołami od dawna nie była definiowana w kategoriach obowiązującego prawa świeckiego, a więc prawa zewnętrznego, gdyż świecki porządek prawny od wieków w pełni respektował wewnętrzną autonomię Kościoła (Kościółów), włączając w nią również charakter prawny.” (Balogh 2016: 46).

²¹ Dzierżyć, mieć do dyspozycji (*detentio*) znaczy mniej, niż mieć w posiadaniu i być posiadaczem samoistnym (*possessio*). Posiadacz samoistny faktycznie włada rzeczą jak właściciel. Dzierżyciel lub najemca może z danej rzeczy korzystać, jest jednak tylko posiadaczem zależnym (*detentorem*). W takiej właśnie pozycji w odniesieniu do własności Kościoła znajdowały się kolegia: były posiadaczami zależnymi, a nie posiadaczami samoistnymi.

²² Art. 3 ustawy nr I o konstytucji i organizacji Kościoła, uchwalonej przez Narodowy Synod Kalwiński w Budapeszcie, który rozpoczął się 10 listopada 1904 r.

pisów prawa kościelnego: funkcjonowały jako organy kościelne, nie tworząc jednak jednostek odrębnych od Kościoła w dzisiejszym rozumieniu, to znaczy nie posiadających własnej osobowości prawnej.

Oprócz norm prawa kościelnego, równie ważne z punktu widzenia badanego zagadnienia jest prawo państwowe. Można stwierdzić, że przywołana metoda ewidencji gruntów na przełomie XIX i XX wieku nie była w Siedmiogrodzie niczym niezwykłym. Co więcej, ten sposób ewidencji gruntów był stosowany świadomie, ponieważ z jednej strony określał przeznaczenie nieruchomości (na cele edukacyjne), a z drugiej strony czynił to w taki sposób, który umożliwiał egzekwowanie tego celu od właściciela nieruchomości (kościół), czyli rzeczowego podmiotu prawa własności (patrz odwołanie Eleka Dósy do *Helvetica Confessio*, rozdział 28.). W praktyce taki wpis w księdze wieczystej wskazywał jednocześnie na właściciela – Kościół kalwiński (poprzez skrót „Koś. Kal.”) oraz przeznaczenie nieruchomości: Kolegium im. Mikó Székelya, a więc celem nieruchomości w sposób wykluczający inne zastosowania jest prowadzenie Kolegium im. Mikó Székelya. Dobrze to ilustruje poniższa tabela:

<i>Właściciel</i>	<i>Nazwa</i>	<i>Przeznaczenie</i>
Koś. Kal.	Mikó Székely	Kolegium

O takim sposobie prowadzenia księgi wieczystej świadczą też inne księgi wieczyste, w których z podobnych powodów pod tytułem własności figuruje „koś. kal. stanowisko dzwonnika”, „koś. kal. urząd kapłana”, „koś. kal. urząd katachety”, „koś. kal. urząd kantora”, gdzie „urząd” użyto w znaczeniu *biuro*. Inny przykład pochodzący z ówczesnych ksiąg wieczystych, kiedy w tytule własności figuruje „mieszkanie pastora kalwińskiego S. Szentkirályi”²³. Nawet w tym kontekście widać wyraźnie, że stanowisko dzwonnika, biuro kapłańskie, nauczycielskie, kantorskie czy mieszkanie pastora nie posiadały samodzielnej osobowości prawnej.

Sprawa wpisu do ksiąg wieczystych została (teoretycznie) rozstrzygnięta przez węgierskie Ministerstwo Sprawiedliwości w 1911 r. Wtedy to w Biuletynie Ministerstwa Sprawiedliwości opublikowano następujący okólnik dotyczący tego zidentyfikowanego już podówczas problemu: „Chociaż zapisanie nieruchomości pod nazwą szkoły kalwińskiej i urzędu nauczycieli kalwińskich było zgodne z istniejącymi zasadami prowadzenia ksiąg wieczystych (§ 35 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lipca 1854 r. oraz § 45 lokalnego zarządzenia w Siedmiogrodzie) i jeśli zapis wyraźnie wskazuje przynależność nieruchomości do majątku Kościoła, więc w żadnym wypadku nie zagraża prawom własności

²³ Sepsiszentkirályi – dziś: Sâncriau (przyp. tłum.).

danych parafii, jednak ponieważ nowe zasady redagowania ksiąg wieczystych (zob. § 125 Instrukcji sporządzania depozytu nr 19.665/1893 wydanej rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości, załącznik do Biuletynu Ministerstwa Sprawiedliwości, rocznik 1893, nr 7) regulują, że tytuł własności tych nieruchomości oprócz ich szczególnego przeznaczenia musi zawierać wpis o przynależności do danej parafii kalwińskiej i ponieważ ten sposób prowadzenia księgi wieczystej ma również odpowiednią podstawę w prawie materialnym, nie można uznać za nieuzasadniony wniosek o dokonanie korekty wpisu do księgi wieczystej polegającej na zmianie nazwy właściciela danej nieruchomości ze szkoły kalwińskiej i urzędu nauczycieli kalwińskich na nazwę parafii”.

W tym samym miejscu stwierdzono również, że „węgierski królewski Minister Wyznań i Oświaty Publicznej w dniu 14 października 1907 r. pod numerem 56.982 oznajmił, że zmiana statusu majątku szkolnego Kościoła kalwińskiego w księdze wieczystej nie wymaga zgody władz rządowych; albowiem tylko powszechny Kościół kalwiński poprzez swój samorząd ma prawo i kompetencje do skorygowania błędnego zapisu w księdze wieczystej, ażeby przepisać na siebie, jako na niekwestionowanego właściciela, wszelakie nieruchomości służące na potrzeby szkół wyznaniowych; nie ulega również wątpliwości, że Kościół kalwiński poprzez swój samorząd ma wyłączne prawo i kompetencje do zarządzania swoimi funduszami i fundacjami szkolnymi, a jeśli uzna, że leży to w interesie szkoły, może niektóre nieruchomości sprzedać i zamiast nich kupić inne”²⁴.

Innym słowy sposób prowadzenia księgi wieczystej (ewidencji gruntów) był standardowy, uznany, ale jednocześnie można było go w każdej chwili skorygować zgodnie z prawem na korzyść Kościoła jako rzeczywistego właściciela. Pierwotna metoda rejestracji utrzymywała prawo własności w jego szczególnej złożoności: z jednej strony wskazywała na właściciela nieruchomości, czyli na Kościół kalwiński, a z drugiej strony na jej szczególne przeznaczenie na cele edukacyjne (obowiązkowy sposób użytkowania).

Powyższa interpretacja znalazła potwierdzenie również w ówczesnym orzecznictwie. W wielu przypadkach złożono wnioski o korektę księgi wieczystej w sposób opisany powyżej, a organ prowadzący księgi wieczyste zażądał uiszczenia opłaty skarbowej (podatku) od przeniesienia własności. W związku z tym węgierski sąd administracyjny stwierdził, że „nie ma jednak podstawy prawnej do tego roszczenia, ponieważ zgodnie z taryfą opłat [...] opłacie podlegają [...] tylko wpisy dotyczące nabycia własności nieruchomości [...]. W tym przypadku nie ma zaś mowy o nabyciu własności, tylko o zmianie nazwy właściciela ze względu na to, że szkoła i budynek są własnością Kościoła i ani

²⁴ MS nr 2207/1909 i 19407/1911, Biuletyn Ministerstwa Sprawiedliwości nr 6 z 1911 r., s. 188–189. Zob. też: Hegedűs 1913: 73–74.

szkoła, ani budynek kościelny nie mają odrębnej osobowości prawnej, który to tryb jest zgodny również z okólnikami węgierskiego królewskiego Ministra Sprawiedliwości nr 2207 z 1909 r. i nr 19497 z 1911 r. (Biuletyn Ministerstwa Sprawiedliwości nr 6 z 1911 r.) [...]”²⁵. Analogicznie węgierski królewski Sąd Administracyjny orzekł również, że „zarówno majątki szkolne, jak i duszpasterskie są własnością Kościoła, a do tej pory figurowały w księdze wieczystej wedle swojego przeznaczenia”. Dlatego w gruncie rzeczy zmienia się tylko nazwa właściciela i nie ma mowy o wpisie nabycia własności²⁶.

Łączne stosowanie norm prawa kościelnego i prawa cywilnego daje jednoznaczną odpowiedź: szkoły to wewnętrzne struktury Kościoła, nieposiadające odrębnej od Kościoła osobowości prawnej, które same w sobie nie są właścicielami kościelnego majątku szkolnego, ale korzystają z niego i zarządzają nim z upoważnienia Kościoła. Metoda ewidencji gruntów i budynków, zastosowana również w przypadku Kolegium im. Mikó Székelya, odpowiednio wyraża prawo własności Kościoła kalwińskiego i nie „zagraża” mu. I rzeczywiście, w wielu przypadkach Kościół nie skorzystał z możliwości korekty oferowanej przez okólnik Ministra Sprawiedliwości, ponieważ nie uważał, żeby jego własność była zagrożona i wolał pozostać przy tradycyjnej metodzie ewidencji gruntów i budynków. Uznano za stosowne, żeby również w ten sposób zaakcentować, iż Kościół ze swej strony czuje się zobligowany do zachowania przeznaczenia nieruchomości.

Z powyższych jasno wynika, że przed zmianą suwerenności państwowej państwo węgierskie uznawało własność Kościoła kalwińskiego i traktowało kolegium (kolegia) jako organy wchodzące w skład struktury organizacyjnej Kościoła, a nie osobne, posiadające niezależną osobowość prawną jednostki.

3.3. Prawo rumuńskie przed nacjonalizacją i nacjonalizacja

W konsekwencji korekty granic po I wojnie światowej Siedmiogród został przyłączony do państwa rumuńskiego. Dlatego niezwykle istotna jest również analiza statusu prawnego, jaki przysługiwał Kolegium im. Mikó Székelya jako instytucji w Rumunii przed nacjonalizacją.

Pomimo zmiany granic i suwerenności państwowej na mocy postanowień traktatu pokojowego z Trianon (przyłączenie Siedmiogrodu do Rumunii), w dziedzinie prawa prywatnego przez kilkadziesiąt lat została zachowana ciągłość, a proces unifikacji prawa odbywał się powoli i stopniowo²⁷. Kolegium

²⁵ Periodyk kalwiński w Sárospatak, 1911/47, s. 446.

²⁶ Orzeczenie nr 25.365 z 1912 r., opublikowane w *Protestanckim Dzienniku Szkolnym*, 1913/34, s. 537.

²⁷ O unifikacji prawa zob. Veress 2018: 458–469.

im. Mikó Székelya kontynuowało swoją działalność i uzyskało nowy status na podstawie Ustawy o szkolnictwie prywatnym z 1925 r.²⁸ Co ważne, status ten nie różni się od tego sprzed 1918–1920 r., tj. kolegium kalwińskie *nie uzyskało osobowości prawnej*, umożliwiającej posiadanie własnego majątku, w tym zakresie można więc mówić o ciągłości stanu prawnego. Ustawa o szkolnictwie prywatnym nie nadała szkole odrębnej osobowości prawnej, innej niż podmiot założycielski/administrujący. W tym kontekście zastosowanie miała omówiona wcześniej regulacja. Zgodnie z ustawą o szkolnictwie prywatnym kształcenie i wychowanie uczniów mogło odbywać się poza szkołami państwowymi w szkołach prywatnych (wyznaniowych, wspólnotowych lub prowadzonych przez osoby prywatne) lub w rodzinie. Art. 3 ustalał, że „szkoły te mogą być zakładane wyłącznie przez obywateli rumuńskich: indywidualnie lub przez stowarzyszenia kulturalne czy wspólnoty religijne mające osobowość prawną”.

Wyjaśnienie sytuacji ułatwiają dodatkowo przepisy ustawy nr 21 z 1924 r. o osobach prawnych²⁹. Zgodnie z art. 5 ust. 2 tej ustawy „organizacja założona przez osobę prawną nie może posiadać odrębnej osobowości prawnej niż osoba prawna, która ją utworzyła, chyba że jest formalnie uznana na podstawie niniejszej ustawy”. Takie formalne uznanie osobowości prawnej Kolegium nigdy nie miało miejsca. Szkoła ta nigdy nie została zarejestrowana jako osoba prawna i nie ma żadnego dokumentu potwierdzającego istnienie jej odrębnej osobowości prawnej. Co więcej, osoby prawne utworzone przed wejściem w życie ustawy nr 21 z 1924 r. zostały na mocy tej ustawy zobowiązane do ponownego zarejestrowania się we właściwym miejscowo sądzie w terminie 6 miesięcy od jej promulgacji. Kolegium im. Mikó Székelya nie zostało zarejestrowane również na podstawie tych przepisów właśnie dlatego, że wcześniej wcale nie posiadało osobowości prawnej.

W opisywanym przypadku Kolegium należało do Kościoła kalwińskiego, a dokładniej do jego struktury posiadającej osobowość prawną: Siedmiogrodzkiej Diecezji Kościoła Kalwińskiego.

W takich okolicznościach nie jest właściwe klasyfikowanie tej szkoły jako osoby prawnej, biorąc za podstawę moment wpisywania do księgi wieczystej: takie podejście pozbawione jest wszelkiej racji prawnej; jest to jedynie nieprzewidywalny w tamtych czasach efekt uboczny archaicznej metody prowadzenia ewidencji.

W okresie międzywojennym państwo rumuńskie wielokrotnie potwierdzało opisany powyżej status. Na mocy ustawy o szkolnictwie prywatnym z 1925 r. 23 lipca 1928 r. Ministerstwo Oświaty wydało koncesję na prowadzenie Kolegium im. Mikó Székelya (numer zezwolenia: 81). Widnieje tu zapis: „Gimna-

²⁸ Legea asupra învățământului particular.

²⁹ Legea nr. 21/1924 pentru persoanele juridice.

zjum męskie Kol. Kal. Mikó Székelya³⁰ jest własnością Siedmiogrodzkiej Diecezji Kościoła Kalwińskiego³¹.

Analogicznie zaświadczenie Kolegium im. Mikó Székelya na rok szkolny 1933/1934, zatwierdzone przez Inspektorat Oświaty w Braszowie rozporządzeniem nr 13.000/1935, stwierdza, że „Kolegium, jako instytucja powstała w ramach wolności religii, działa na rzecz Kościoła kalwińskiego zgodnie z obowiązującym prawem, w całości należy do organizmu Siedmiogrodzkiej Diecezji Kościoła Kalwińskiego i podlega władzom kościelnym³².”

Kwestia osobowości prawnej pojawiała się również w ówczesnych procesach sądowych. Na przykład w 1934 r. w pozwie o spłatę pożyczki ustalono, że Kolegium im. Mikó Székelya nie jest osobą prawną, a pełnomocnictwa do reprezentacji procesowej może udzielić tylko Siedmiogrodzka Diecezja Kościoła Kalwińskiego³³.

Z punktu widzenia regulacji ksiąg wieczystych w duchu ciągłości zachowały swą moc również okólniki Ministerstwa Sprawiedliwości wydane pod numerami 2207 z 1909 r. i 19497 z 1911 r., czyli normy uznające prawo własności Kościoła i umożliwiające korektę wpisów (Laday 1924: 32), co również podkreśla niezmienny aż do nadejścia nacjonalizacji status prawny Kolegium.

Pewien zapis z roku szkolnego 1945/46 brzmi następująco: „Budynek: sale lekcyjne, internat i stołówka gimnazjum męskiego mieszczą się w budynkach należących do Siedmiogrodzkiej Diecezji Kościoła Kalwińskiego³⁴.”

Istnieją dokumenty z okresu bezpośrednio poprzedzającego nacjonalizację, które potwierdzają status nieruchomości. W dniu 30 stycznia 1947 r. pismem nr 622-1946/47 Kolegium im. Mikó Székelya informowało władze skarbowe, że „liceum jest własnością Siedmiogrodzkiej Diecezji Kościoła Kalwińskiego, publicznej osoby prawnej³⁵.” W piśmie z dnia 18 listopada 1947 r. Narodowy Bank Rumunii skierował do Kolegium następujące pytanie: „Prosimy udzielić informacji, czy Kolegium posiada własną osobowość prawną, czy pozostaje je-

³⁰ Liceul Coleg. Ref. Băieți Székely Mikó.

³¹ “Această școală este proprietatea Eparhiei Reformate din Ardeal.” Zob. Dziennik Urzędowy Rumunii: Monitorul Oficial al României, partea a II-a, nr. 174 din 8 august 1928.

³² Oryginalny tekst rumuński: “Colegiul ca o instituțiune, ce stă în legătură cu libertatea religioasă, și ca mijlocul de susținere al bisericii reformate, în sensul legilor în vigoare, aparține cu totul absolut corpului Eparhiei Reformate din Ardeal și este supus autorităților bisericești!”

³³ Zob. odpisy aktów zarządu Kolegium Mikó Székely o sygnaturze 604-1933/34. i 632-1933/34, jak również pełnomocnictwo z 16 lipca 1934 r. wystawione przez Siedmiogrodzką Diecezję Kościoła Kalwińskiego mecenasowi dr. Károlyowi Keresztesowi.

³⁴ Odpis nr 136-1945/46.

³⁵ “Liceul este proprietatea Eparhiei Reformate din Ardeal care are personalitate juridică de drept public.”

dynie na służbie Diecezji Kościoła Kalwińskiego, będąc ujętym w jego budżecie. W przypadku, jeżeli Kolegium posiada osobowość prawną prosimy o podanie numeru rejestracyjnego w wykazie osób prawnych³⁶. Odpowiedź Kolegium (nr 299-1947/48 z 11 grudnia 1947 r.): „Kolegium nie posiada własnej osobowości prawnej, tylko jest własnością Siedmiogrodzkiej Diecezji Kościoła Kalwińskiego, która jest osobą prawną”³⁷.

Dekret nr 176 z 1948 r. wprowadzający nacjonalizację nakazuje *upaństwowienie kalwińskiego liceum Kościoła kalwińskiego*, a więc nacjonalizacja przeprowadzona została wobec Kościoła kalwińskiego. Wobec tego nasuwa się pytanie, że skoro Kościół kalwiński mógł być biernym podmiotem (ofiara) nacjonalizacji, to dlaczego – na zasadzie symetrii – nie można go uznać za właściciela na potrzeby restytucji mienia, czyli procesu odwrotnego? Kolegium im. Mikó Székelya jako wewnętrzny organ Kościoła reformowanego już nie istnieje, zostało zlikwidowane właśnie przez nacjonalizację, środek dyktatury typu sowieckiego, odmawiający kościołom wielowiekowego prawa do prowadzenia szkół, zawłaszczający całkowicie nawet świecką edukację.

Zgodnie z art. 4 rozporządzenia nadzwyczajnego Rządu nr 94 z 2000 r. (który w świetle art. 8 rozporządzenia nadzwyczajnego Rządu nr 83 z 1999 r., zmienionego ustawą nr 66 z 2004 r., ma również zastosowanie w omawianym tu przypadku) w przypadku braku przeciwnych dowodów istnienie prawa własności i – w zależności od przypadku – jego zakres domniemywa się na podstawie aktów normatywnych lub władzy publicznej zarządzającej lub dokonującej wymuszonego zaboru mienia. W omawianym przypadku jedynym „dowodem przeciwnym” jest księga wieczysta, której dokładna treść została opisana powyżej i która nie może posłużyć do obalenia domniemania własności Kościoła kalwińskiego, co więcej – w istocie je potwierdza.

3.4. Po zmianie ustroju

Państwo rumuńskie po transformacji ustrojowej na mocy rozporządzenia nadzwyczajnego rządu nr 83 z 1999 r. i dekretu rządu nr 2000/1334 uznało, że mienie, o którym mowa w niniejszej pracy, powinno zostać zwrócone Siedmiogrodzkiej Diecezji Kościoła Kalwińskiego.

³⁶ Tekst oryginalny: “Vă rugăm să binevoitiți a ne comunica dacă Colegiul Dvs. are personalitate juridică de sine stătătoare sau este doar un serviciu al Eparhiei Reformate, integrat în bugetul acesteia. În cazul în când Colegiul are personalitate juridică, vă rugăm a ne comunica numărul din registrul persoanelor juridice sub care sunteți înscrși.”

³⁷ Tekst oryginalny: “Colegiul nostru n-are persoană [personalitate] juridică de sine stătătoare însă este proprietatea Eparhiei Reformate din Ardeal, care are persoană [personalitate] juridică”.

Taka wykładnia była poparta także dotychczasowym orzecznictwem. W odniesieniu do Kolegium w Nagyenyed Najwyższy Sąd Kasacyjny i Sprawiedliwości stwierdził (w decyzji nr 4684 z dnia 2 listopada 2010 r.) jak następuje: „Dekret 176 z 1948 r. jest podstawą faktyczną i prawną, która dowodzi, że Siedmiogrodzka Diecezja Kościoła Kalwińskiego jest uprawniona do zwrotu mienia nie jako spadkobierca poprzedniego właściciela, ale we własnym imieniu, czyli jako były właściciel. Fakt, że szkoły wyznaniowe, które pod względem działalności oświatowej utrzymywane były finansowo i nadzorowane przez różne struktury kościelne i należały do nich, został prawidłowo ustalony i uzasadniony w 391. decyzji o zwrocie mienia z dnia 20 września 2004 r., łącznie z odniesieniami do prawa kościelnego, jest on również poświadczony dokumentami znajdującymi się w aktach. Zgodnie z tymi dokumentami wyznanie kalwińskie uznaje się za wyznanie historyczne, a majątek ruchomy i nieruchomy, taki jak szkoły, mieszkania grona pedagogicznego i duchownych, a więc i Kolegium im. Gábora Bethlena w Nagyenyed, jest własnością Kościoła kalwińskiego.

W tym względzie w uzasadnieniu sądu pierwszej instancji, które Sąd Apelacyjny uznaje za zgodne z prawem i poparte dowodami, istotny jest również akt prawny Ministerstwa ds. Kultury i Religii z dnia 11 kwietnia 2008 r. nr 5447, który informuje Siedmiogrodzką Diecezję Kościoła Kalwińskiego, że okręg diecezjalny, jako część Kościoła kalwińskiego w Rumunii, jest uprawniony do restytucji ze strony państwa w odniesieniu do mienia należącego do lokalnych jednostek składowych wyznania kalwińskiego”.

Problemy prawne w tej sprawie są identyczne, jednak zmiana ideologiczna, pod wpływem której podejście sądów i organów państwowych do restytucji zmieniło się z pozytywnego na negatywny, w 2010 r. jeszcze nie nastąpiła na poziomie sądów.

W przeciwieństwie do tego – w sprawie dotyczącej Kolegium im. Mikó Székelya zarówno Sąd Apelacyjny w Braszowie, jak i Najwyższy Sąd Kasacyjny i Sprawiedliwości definitywnie orzekły, że właścicielem nieruchomości było Kolegium im. Mikó Székelya, a tylko byłemu właścicielowi przysługuje prawo do restytucji mienia, zaś Siedmiogrodzka Diecezja Kościoła Kalwińskiego nie kwalifikuje się jako były właściciel.

To (błędne) stanowisko, ujęte w orzeczeniu sądowym, opiera się na pojedynczym, odosobnionym argumencie, a mianowicie na treści księgi wieczystej omówionej szczegółowo powyżej. Jako argument prawny przywołany został art. 32 rozporządzenia nr 117 z 1938 r. wprowadzającego w życie reformę siedmiogrodzkich ksiąg wieczystych, zgodnie z którym jeżeli w księdze wieczystej prawo własności wpisane jest na rzecz jakiejś osoby, należy domniemywać, że prawo to przysługuje danej osobie. Argument ten jest zasadniczo błędny, ponieważ rozporządzenie nr 117 z 1938 r. weszło w życie dopiero w 1947 r.

na podstawie ustawy 241 z 1947 r., a nie można przecież oceniać księgi wieczystej z 2 marca 1900 r., wcześniejszej o pięć dekad, na podstawie przepisu obowiązującego od 1947 r.

3.5. Los nieruchomości Kolegium im. Mikó Székelya

W takich okolicznościach Komisja ds. Restytucji i sądy orzekające zinterpretowały stan faktyczny i odnośne przepisy prawne w taki sposób, aby odmówić Siedmiogrodzkiej Diecezji Kościoła Kalwińskiego prawa do zwrotu nieruchomości. Niestety, mimo iż sądom znana była powyższa argumentacja, a materiał szczegółowo ją potwierdzający został dopuszczony podczas przeprowadzania dowodu, wniosek Siedmiogrodzkiego Kościoła kalwińskiego o restytucję został odrzucony bez żadnej realnej kontrargumentacji³⁸.

Oprócz pytania o błędną interpretację prawa lub pominięcie odnośnych przepisów, pojawia się również pytanie: skoro już Kolegium im. Mikó Székelya zostało (błędnie) sklasyfikowane jako osoba prawna, dlaczego sądy nie zbadały kwestii sukcesji prawnej? W tym przypadku podstawę prawną restytucji stanowiło rozporządzenie nadzwyczajne rządu nr 83 z 1999 r., które dopuszczało również restytucję mienia na rzecz spadkobiercy (w tym przypadku Siedmiogrodzkiej Diecezji Kościoła Kalwińskiego), a nie rozporządzenie nadzwyczajne rządu nr 94 z 2000 r. regulujące ogólną restytucję dóbr Kościoła, które istotnie nie dawało możliwości zwrotu nieruchomości na rzecz spadkobiercy. Tak więc zgodnie z prawem sprawa powinna była zostać rozstrzygnięta na korzyść Siedmiogrodzkiej Diecezji Kościoła Kalwińskiego, nawet gdyby Kolegium im. Mikó Székelya uznać za odrębną od Kościoła osobę prawną.

Warto też zauważyć, że analogiczny problem prawny dotyczy rzymskokatolickiej biblioteki Batthyaneum w Gyulafehérvár (dziś: Alba Iulia – przyp. tłum.), która przechowuje niezwykle bogate zbiory historyczne, czy też rzymskokatolickiego Żeńskiego Instytutu Edukacji Marianum w Klużu-Napoce. W tych dwóch sprawach w pierwszej instancji zapadły już orzeczenia niekorzystne dla archidiecezji rzymskokatolickiej³⁹, a w sprawie Batthyaneum Najwyższy Sąd Kasacyjny i Sprawiedliwości jako sąd drugiej instancji w momencie zamknięcia niniejszego rękopisu wydał decyzję odmawiającą zwrotu mienia⁴⁰.

³⁸ ÍCCJ. s. cont. adm., dec. nr. 4087 din 22 noiembrie 2018.

³⁹ Zob. orzeczenia o sygnaturze 2018/153 i 2018/114 Sądu Apelacyjnego w Gyulafehérvár, dział administracyjny.

⁴⁰ ÍCCJ. s. cont. adm., dec. nr. 3093 din 25 mai 2021.

4. Wnioski

Niniejsze studium z konieczności jest ramową tylko analizą niezwykle złożonego problemu. Doskonale jednak ilustruje jeden z obszarów utraconej iluzji: przy odmawianiu kościołom zwrotu mienia naruszane są nie tylko prawa tych kościołów. Zjawisko pokazane na przykładzie Kolegium im. Mikó Székelya, które niestety nie jest odosobnione, jest także miarą stopnia nieuporządkowania stosunków między państwem rumuńskim a mniejszością węgierską. Niestety znaczna część Węgrów w Siedmiogrodzie odbiera to jako ograniczenie przez państwo zdolności do samoorganizacji i możliwości rozwoju społeczności mniejszościowej. Historia procedury restytucyjnej, jej stan obecny, a także odmowa zwrotu budynków o znaczeniu symbolicznym (jakim jest Kolegium im. Mikó Székelya), wysoce wątpliwa z punktu widzenia prawa, doprowadziły do braku zaufania ze strony mniejszości węgierskiej wobec państwa rumuńskiego w kwestiach dotyczących ochrony praw mniejszości.

Bibliografia

Opracowania

- Ballai, Zoltán (ed.). 2016. *White Book on Church Property Restitution in Transylvania: with Special Regard to Reformed, Roman-Catholic, Unitarian and Evangelical Lutheran Churches*. Kolozsvár, Kluz-Napoka: Transylvanian Reformed Church District.
- Balogh, Elemér. 2016. Jogtörténeti megjegyzések a Székely Mikó Kollégium státuszjogához. W: Ünnepi kötet Dr. Czúcz Ottó egyetemi tanár 70. születésnapjára, *Acta Universitatis Szegediensis. Acta Juridica et Politica*, Tomus LXXIX, Szeged.
- Chelaru, Eugen. 2001. Privind regimul juridic al unor imobile preluate abuziv în perioada 6 martie 1945-22 decembrie 1989. Comentată și adnotată, All Beck, București, *Legea* 10. I.S.B.N. 973-655-155-6.
- Dósa, Elek. 1863. *Az erdélyhoni evangelico-reformátusok egyházi jogtana*. Pest: Kiadja Osterlamm Károly.
- Hegedús, János. 1913. *Protestáns egyházi közigazgatási törvénytar, vagyis azon állami törvényeknek, rendeleteknek és ezekre vonatkozó miniszteri és felsőbb bírósági elvi kijelentéseknek gyűjteményes könyve, melyek illetve melyeknek egyes részei, szakaszai az egyházak, ezek javadalmasai közviszonyaira vonatkoznak, illetve érintik és működési körükhöz közel áll. 1523–1913*. Nagybecskerek: Schneller és Göschl Testvérek.
- Laday, Ștefan. 1924. *Codul Civil Austriac în vigoare în Ardeal completat cu legile și regulamentele modificatoare cuprinzând și jurisprudența*. Cluj: Editura Ministerului Justiției – Directoratul General Cluj.
- Pactet, Pierre. 1998. *Institutions politiques. Droit constitutionnel*, Paris: Armand Colin.
- Veress, Emőd. 2018. *Erdély jogtörténete*. Kolozsvár, Kluz-Napoka: Forim Iuris.

Orzecznictwo

ÎCCJ. s. cont. adm., dec. nr. 4087 din 22 noiembrie 2018.

ÎCCJ. s. cont. adm., dec. nr. 3093 din 25 mai 2021.

Volume 20, Issue 1
June 2022

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

ORIGINAL ARTICLE
received 2022-03-16
accepted 2021-05-08



Rozwój systemów motywacyjnych w spółkach kapitałowych

Development of incentive systems in capital companies

WIKTOR ŻOCHOWSKI

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
ORCID: 0000-0002-6304-2991, wiktorzochowski@wp.pl

Citation: Żochowski, Wiktor. 2022. Rozwój systemów motywacyjnych w spółkach kapitałowych. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 20(1): 261–271. DOI: 10.25167/osap.4767.

Abstract: Developing a model of awarding shares may be a way to retain experienced managers and distinguished employees in the company. Strengthening the ties of a key employee with the company through the use of various solutions is usually a motivating stimulus and encourages them to become more involved in the company's affairs. The aim of the work is, against the background of the presented incentive systems, to consider the correctness of introducing managerial options to the articles of association and to outline *de lege ferenda* postulates regarding the standards of introducing incentive systems into those of legal persons.

Keywords: commercial law, capital companies, shares, incentive system, partners

Abstrakt: Opracowanie modelu przyznawania udziałów może być sposobem na zatrzymanie w spółce doświadczonej kadry menedżerskiej oraz zasłużonych pracowników. Wzmocnienie więzi kluczowego pracownika ze spółką poprzez zastosowanie różnych rozwiązań przeważnie stanowi bodziec motywujący i zachęcający go do większego zaangażowania w sprawy spółki. Celem pracy jest – na tle przedstawionych systemów motywacyjnych – rozważenie słuszności wprowadzania opcji menedżerskich do umowy spółki oraz nakreślenie postulatów *de lege ferenda* w zakresie standardów wprowadzania systemów motywacyjnych do systemów osób prawnych.

Słowa kluczowe: prawo handlowe, spółki kapitałowe, udziały, system motywacyjny, wspólnicy

1. Wstęp

Wprowadzanie systemów motywacyjnych do spółek z o.o. jest w Polsce zjawiskiem stosunkowo nowym. Pomimo tego, że w systemach anglosaskich oraz Europie kontynentalnej metody motywacji zostały spopularyzowane wiele lat temu, w Polsce dopiero od niedawna zyskują na znaczeniu. Jak dotąd funkcjonuje tylko kilka metod motywacyjnych. Co istotne, są one kształtowane wyłącznie na podstawie artykułu 353¹ (Podedworna-Tarnowska 2011: 883–896) ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (dalej: kc), który to formułując zasadę swobody kontraktowej. Jest to spowodowane tym, że żaden z aktów prawnych w Polsce nie reguluje pojęcia ani rodzajów systemów motywacyjnych, które można zastosować w ramach działalności spółki z o.o. Byłoby to jednak wskazane, gdyż oparcie całej struktury umów opcyjnych na jednym przepisie powoduje, że w praktyce obrotu może powstać niezliczona liczba wariantów motywacyjnych. Jednakże w literaturze przedmiotu wyodrębniono kilka metod motywacyjnych, wskazując przede wszystkim na cechy charakterystyczne każdego z systemów.

2. Prawne sposoby motywacji pracowników i menadżerów w spółkach kapitałowych

2.1. Udziały fantomowe

Podstawą do przyznania menedżerowi udziałów fantomowych jest umowa między pracownikiem a spółką na mocy przepisów ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (dalej: ksh) oraz kc. Polski porządek prawny nie definiuje warunków takiej umowy, lecz przyjęta w przepisach kc zasada swobody umów dopuszcza jej zawarcie. Odmiennym rozwiązaniem jest przyjęcie możliwości przyznania udziałów fantomowych na etapie zawierania stosunku pracy podczas zawierania umowy o pracę bądź zawierania kontraktu menadżerskiego (Bilicka, Ratajczyk, Szymkowiak, Walczak [red.] et al. 2018: 323).

Najczęściej spotykanym w praktyce sposobem rozporządzania udziałami jest zbycie udziałów poprzez umowę sprzedaży (Napierała, Koch [red.] 2021: 393). Wspólnicy w granicach określonych przez zasadę swobody umów oraz przepisy ksh mogą określać sposoby zbywania udziałów. Jednym z odmiennych rozwiązań poza ogólnie przyjętą umową sprzedaży udziałów są tzw. udziały fantomowe, zwane również udziałami wirtualnymi. Ich nazewnictwo związane jest z tym, że nie powodują zmian w strukturze właścicielskiej spółki, ani nie tworzą potrzeby kreacji nowych udziałów rzeczywistych (Napierała, Koch [red.] 2021: 393).

Niewątpliwą zaletą udziałów fantomowych jest możliwość przypisania im określonych praw i obowiązków. W ramach udziałów fantomowych można przyznać menadżerowi wiele praw przysługujących wyłącznie wspólnikom. Należą do nich m.in. prawa związane z funkcjonowaniem spółki, jak prawo do udziału w zgromadzeniu wspólników, prawo do głosowania nad uchwałami i innymi aktami wewnętrznymi czy prawo do posiadania głosu doradczego w sprawach dotyczących strategicznego zarządzania firmą, a także prawa o charakterze *stricte* majątkowym jak prawo do wypłacania określonej sumy pieniężnej w ramach dywidendy. Uprawnienia te sprawiają, że osoba posiadająca omawiany typ udziałów może być traktowana na równi z pozostałymi wspólnikami (Szymkowiak [brak daty]).

Udziały fantomowe mogą stanowić również elastyczny system dodatkowych wynagrodzeń dla pracowników. Ich przyznanie może wiązać się z powstaniem zobowiązania spółki wobec uprawnionego do regularnej wypłaty ekwiwalentów pieniężnych, naliczonych stosownie do aktualnej wartości spółki.

Wartość udziałów fantomowych jest w sposób ścisły związana z wartością udziałów rzeczywistych. W związku z tym menadżer posiadający udziały fantomowe ma taki sam interes we wzroście wartości spółki, jak jej formalni właściciele. Ich dodatkową korzyścią jest brak konieczności uiszczania wkładów finansowych na ich pokrycie. Z uwagi na to osoba nagrodzona takimi udziałami nie musi angażować wcześniej swoich środków finansowych, by je otrzymać, a jednocześnie może czerpać z nich korzyści. Podstawą do przyznania menadżerowi udziałów fantomowych jest umowa między pracownikiem a spółką na mocy przepisów ksh oraz kc (Polak [brak daty]).

Od zakresu praw i obowiązków, jakie otrzyma potencjalny nabywca udziałów fantomowych, zależy wcześniejsza decyzja pozostałych wspólników. Wszystkie te czynności mają na celu partycypację zaufanego pracownika w sukcesie firmy na prawach podobnych do właścicieli. Rezultatem przyznania udziałów fantomowych ma być motywacja menadżera do pracy, aby spółka osiągała coraz to lepsze rezultaty. Niewątpliwie jest to również wiążące emocjonalnie, ponieważ uprawniony zaczyna traktować spółkę jako własność z uwagi na coraz to większy udział w jej codziennym funkcjonowaniu (Szymkowiak [brak daty]).

2.2. Employee Stock Option Plan

Alternatywnym założeniem jest tzw. *option pool*, zwane również Employee Stock Option Plan (ESOP). ESOP jest to nowatorski rodzaj systemu motywacyjnego, zyskujący coraz to większą popularność. Jako program opcyjny, ESOP polega na umożliwieniu pracownikom dołączenia do grona wspólników spółki. Jego beneficjentem mogą być również osoby niemające statusu

pracowników, a zatem chociażby doradcy lub kluczowi partnerzy biznesowi (Kulka 2017).

Charakterystyką *option pool* jest udostępnienie określonej liczby opcji na konkretną liczbę udziałów zarezerwowanych jako wynagrodzenie. Możliwość uzyskania benefitów uzależnia się od spełnienia określonych warunków (Malec [brak daty]). Te opisane są najczęściej w specjalnie utworzonym do tego regulaminie. Jest on podstawowym dokumentem, który określa zasady działania programu opcyjnego. (Kulicki 2020).

Regulamin co do zasady uchwała zarząd spółki. W jego treści ustalana jest pula udziałów, jaka ma przypaść pracownikom objętym programem opcyjnym czy wskazanie potencjalnych beneficjentów programu. Zarząd może zdecydować o otwarciu i dopuszczalności udziałów dla wszystkich osób powiązanych ze spółką, ale także ograniczyć liczbę uczestników do danej grupy pracowników, np. menadżerów. Niezwykle istotnymi postanowieniami umownymi są także kwestie dotyczące warunków uzyskania uprawnień do objęcia udziałów. Wspólnicy w granicach określonych przez zasadę swobody umów mogą tworzyć dowolne postanowienia warunkujące nabycie.

Najczęściej stosowanym systemem motywacyjnym stosowanym przy *option pool* jest tzw. mechanika klifów. Oznacza ona częstotliwość, z jaką pracownik nabywa ustalone opcje. Polega ona na rozkładaniu stu procent udziałów przysługujących osobie uprawnionej na okres kilku lat i w przeciągu paru lat stopniowo przyznawać określony procent udziału (Kulicki 2020).

2.3. *Lock-up*

Stalą techniką przy przekazywaniu pracownikom udziałów jest *lock-up*, mający na celu ograniczenie zbywania opcji pracowniczych w czasie. Wspomniana technika dąży zarówno do uniknięcia wyprzedawania udziałów spółki osobom trzecim, jak i umocnienia więzi między spółką a pracownikiem. Mechanizmem pozostającym w stałej korelacji wobec *lock-upu* jest prawo pierwszeństwa (Malec [brak daty]). Wpisanie takiego postanowienia do umowy między spółką a menadżerem umożliwia zastrzeżenie podmiotów, którym przysługuje prawo pierwokupu udziałów nabywanych przez zaufanego pracownika.

Celem tej regulacji jest zapewnienie dotychczasowym wspólnikom zachowania wpływu na sprawy spółki określonego wielkością ich udziału w stosunku do kapitału zakładowego. Określenie pierwszeństwa objęcia udziałów nie jest jednak obowiązkiem wspólników, a ich prawem (Szumański [red.] 2019). Jak jednak wskazuje praktyka, uprawnienie to z uwagi na protekcyjny charakter wobec interesów wspólników jest bardzo często stosowane.

2.4. Opcje *call* i *put*

Rozpowszechnionymi systemami motywacyjnymi na rynkach finansowych są opcje *call* oraz *put*. Są to narzędzia umożliwiające wspólnikom przeprowadzanie zmian w strukturze udziałowej, czyli wielkości pakietów inwestora i założyciela w kapitale *startupu* (Malec [brak daty]). Istotą tych opcji jest przyznanie uprawnionemu prawa do sprzedaży (*put*) lub kupna (*call*) ustalonego aktywa na warunkach określonych w umowie (Gałek 2020).

Zawarcie w umowie klauzuli opcji *put* przewiduje, że strona uprawniona może żądać od strony zobowiązanej, aby nabyła od niej określone udziały. Treść postanowienia umownego najczęściej zawiera określoną z góry cenę zbycia aktywów. Drugim z uprawnień jest wybór dowolnego terminu przez stronę uprawnioną. Oznacza to, że uprawniony do sprzedaży udziałów może w dowolnym momencie wykorzystać swoje uprawnienie i żądać od zobowiązanego nabycia udziałów.

Można zatem w tym przypadku mówić o pewnej inwestycji przez osobę uprawnioną. Uprawniony na tej podstawie może wyczekiwać na wzrost wartości udziałów, a w przypadku spadku ceny – sprzedać po wyższej niż wartość rynkowa. Gdyby jednak opcjebiorca nie uzyskał prognozowanej w umowie korzyści, miałby prawo do premii opcyjnej. Ma ona za zadanie rekompensować ewentualną stratę wynikającą ze spadku wartości udziałów. Może mieć charakter zarówno świadczenia pieniężnego, jak i niepieniężnego. Na przykład w ramach premii opcyjnej zobowiązany może sprzedać nowe opcje na korzystnych dla uprawnionego warunkach (Liśkiewicz 2017).

Skutkiem naruszenia postanowień umownych dotyczących opcji *put* będzie odpowiedzialność odszkodowawcza wspólników zobowiązanych do nabycia udziałów. Ponadto przepisy ksh dopuszczają ustanowienie kar umownych w ramach zasady swobody umów (Gałek 2020). Z uwagi na bardzo korzystną sytuację uprawnionego w omawianym stosunku zobowiązaniowym wybór opcji sprzedaży jest jednym z bardziej efektywnych systemów motywacyjnych w spółkach z o.o.

Opcja *call* jest lustrzanym odbiciem opcji *put*. Jej założenie polega na nadaniu uprawnionemu posiadaczowi udziałów możliwości żądania od wystawcy udziałów, aby ten sprzedał mu określone aktywa. Są to najczęściej udziały, ale jak to miało miejsce w przypadku opcji *put*, tu również wszystko zależy od woli stron. Mogą one dowolnie decydować o liczbie sprzedawanych aktywów, ich cenie czy terminie, w którym uprawniony może skorzystać ze swojego prawa. Podobnie jak w przypadku opcji *put*, strony mogą w umowie zawrzeć kary umowne za naruszenie postanowień. Ujmując *en bloc* tematykę opcji *call*, należy wskazać, że jest to klauzula, której aspekty prawne są tożsame z klauzulą opcji sprzedaży. Oznacza to, że nie ma potrzeby dalszego rozwijania opcji kup-

na po uprzednim przedstawieniu opcji *put*, ponieważ stanowiłoby to zbędne powtórzenie.

Warte wspomnienia jest również to, że istnieje możliwość odgórnego wprowadzenia do statutu spółki z o.o. klauzuli opcji *call* i *put*. W takim wypadku należy domniemywać, że postanowienia statutowe, kreujące opcje sprzedaży lub kupna, mają charakter ofertowy. Oznacza to konieczność stosowania przepisów dotyczących oferty w przypadku niejasności bądź powstania sporu. Alternatywnie istnieje możliwość uznania ich za umowę przedwstępną. Jest to jednak możliwe wyłącznie wówczas, gdy okoliczności sprawy w jednoznaczny sposób wskazują na chęć nadania im takiego charakteru przez strony (Mazur 2020).

2.5. *Vesting* i *reverse vesting*

Rozwiązaniem równie skutecznie motywującym menadżera do efektywnej pracy jest *vesting*. Jest to umowa inwestycyjna, które uprawnia pracownika do stopniowego obejmowania udziałów w spółce kapitałowej po z góry ustalonej cenie i po upływie wskazanego w umowie czasu. W zależności od ustaleń stron, zamiast od czynnika związanego z upływem czasu, obejmowanie udziałów można uzależnić od spełnienia określonych warunków, powiązanych najczęściej z wyznaczonymi celami spółki i osiąganiem przez menedżerów ustalonych przez strony w umowie efektów biznesowych (Bilicka, Ratajczyk, Szymkowiak, Walczak [red.] et al. 2018: 317).

Umowa inwestycyjna zawarta przez osoby uprawnione z tytułu *vestingu* zakłada doprowadzenie do wzrostu wartości przedsiębiorstwa. Konsekwencją wzrostu wartości przedsiębiorstwa jest zwiększenie ceny udziałów i innych aktywów związanych ze spółką. Powoduje to, że osoby uprawnione będą zyskiwały coraz to większe przychody wraz z rosnącą wyceną spółki (Szyszko 2019). Pełni to funkcję motywacyjną, która wpływa na zwiększenie zaangażowania uprawnionych w sprawy spółki, a także doprowadza do podwyższenia efektywności ich pracy.

W ramach *vestingu* można zastosować mechanizmy tzw. klifów, które zostały omówione wcześniej. W jego zakresie przewiduje się rozdzielenie całości udziałów w zależności od przebiegu czasu, realizacji konkretnych zadań czy osiągnięcia określonych efektów biznesowych. Wybór czynnika, który uzależnia przyznanie udziałów w ramach *vestingu* pozostaje w granicach swobody umów, a zatem to strony wzajemnie porozumiewają się w tym zakresie. Przykładowo, mechanizm klifów może polegać na „porcjowaniu” opcji i przyznawaniu benefitów co jakiś czas. Tym samym strony umawiają się, że pracownik po roku nabędzie 10% uprawnień, po dwóch latach 20%, aż do sumy 100% opcji. Mechanika klifów odznacza się walorem motywującym, ponieważ uprawniony będzie

odpowiednio zachęcony do tego, by pozostawać dalej w spółce, gdyż jego odejście oznaczałoby utratę możliwości zyskania dalszych benefitów (Lee 2022).

Poza klasycznym *vestingiem*, w praktyce istnieje jeszcze rzadziej stosowana instytucja zwana *reverse vesting*, czyli *vesting* odwrócony. Polega ona na tym, że menadżer już na samym początku otrzymuje całość udziałów, które mu przysługują. Może jednak je utracić po zaistnieniu negatywnych przesłanek, określonych w umowie. W praktyce najczęstszymi powodami jest niezrealizowanie założonych celów czy zadań, a także odejście ze spółki przed określonym w umowie czasem. Utrata udziałów najczęściej polega na zobowiązaniu się uprawnionego do sprzedaży za symboliczną kwotę uzyskanych udziałów (Staniszewski 2021).

Wydaje się jednak, że przyjęcie takiego rozwiązania może odnieść skutek odwrotny do zamierzonego. W piśmiennictwie z zakresu psychologii wypracowano jednomyślne stanowisko dowodzące, że znacznie lepszym rodzajem motywacji jest wypracowany system nagród (zob. np. Kowolik [red.] 2011: 97–107; Janda 2007). W związku z tym można słusznie przyjąć, że posiadanie przez wspólnika całości udziałów od razu, wraz z możliwością ich utracenia, może działać dużo mniej efektywnie niż stopniowe nagradzanie. Dorabianie się kapitału przez swoją sumienną pracę i realizację ustalonych w umowie między stronami celów wydaje się lepszym rozwiązaniem niż posiadanie wszystkiego od razu.

2.6. Akcjonariat pracowniczy

Oprócz przedstawionych rozwiązań w obrocie występuje także instytucja akcjonariatu pracowniczego (*employee stock ownership plan*). Jest ona stosowana rzadziej niż wyżej omówione rozwiązania i znajduje swoje zastosowanie wyłącznie w spółkach kapitałowych. W ramach akcjonariatu pracownikom udostępnia się udziały w spółce, które po ich nabyciu stają się własnością menadżera wraz z prawami i obowiązkami. Sposób udostępniania udziałów zależy w całości od dotychczasowych wspólników – można je uzależnić od osiągnięć, udostępnić poprzez sprzedaż po określonej, najczęściej uprzywilejowanej cenie czy też w ratach. Ponadto wspólnicy mogą zdecydować, czy plan ten ma być selektywny, a zatem skierowany wobec wybranych i zaufanych pracowników, czy też powszechny (Leski 2017:1–3). Wydaje się jednak, że powszechność akcjonariatu pracowniczego utraciłaby walor motywacyjny dla najlepszych pracowników i menadżerów, zatem zważywszy na materię niniejszego artykułu, należy brać pod uwagę wyłącznie akcjonariat selektywny.

W piśmiennictwie wskazuje się, że przepisy ksh dostarczają potencjalnych narzędzi służących zainstalowaniu *akcjonariatu pracowniczego* w polskich przedsiębiorstwach, lecz, jak na razie, pozostają one „martwą literą”. Główną wadą

akcjonariatu jest trudność osadzenia go w konkretnym reżimie prawnym. Przepisy ksh jedynie w wąskim zakresie realizują jego ideę, a w kodeksie pracy brak regulacji na ten temat (Michalski, Dąbrowska 2021).

Akcjonariat pracowniczy niewątpliwie zyskuje na coraz większym znaczeniu w obrocie prawnym. Zarówno Unia Europejska, jak i rządy krajowe promują oraz wspierają tę instytucję jako inwestycję długoterminową wobec pracowników w spółce (Sołtysiński [red.] 2015). Nie jest to stanowisko jednolite, ponieważ w doktrynie pojawiają się głosy odmienne. Część autorów wskazuje, że państwo powinno ustawowo obowiązek ten nałożyć na spółkę (Szumański [red.] 2019). Tym samym obowiązkiem spółki byłoby m.in. przeszkolenie na temat celów i rodzajów programu akcjonariatu pracowniczego, treści umowy o prowadzenie programu akcjonariatu pracowniczego, zasad zarządzania tym programem, a także związanych z nim praw i obowiązków pracowników, z uwzględnieniem w tym zakresie podstaw ekonomii, rynku kapitałowego oraz prawa spółek handlowych.

3. Wnioski i postulaty *de lege ferenda*

Skutecznym rozwiązaniem mogłaby być konsolidacja wspomnianych poglądów. Ustawowe uregulowanie akcjonariatu pracowniczego wraz z nałożeniem informacyjnego obowiązku na spółki mogłoby doprowadzić do zwiększenia skuteczności omawianego systemu motywacyjnego. Ze względu na powiązania z prawem handlowym i funkcjonowaniem spółek ustawą, do której instytucja akcjonariatu pracowniczego powinna być wprowadzona, jest kodeks spółek handlowych. Z uwagi na powiązania tej instytucji z prawem pracy odpowiednie stosowanie przepisów kodeksu pracy mogłoby stanowić rozwiązanie ogółu problemów związanych z akcjonariatem pracowniczym.

Systemy motywacyjne w spółkach są mechanizmem o wartości, której nie należy lekceważyć. Godni zaufania pracownicy, wykazujący się ambicją i sumiennością, są niezwykle pożądanymi na rynku pracy. Wielu pracodawców po zatrudnieniu takiej osoby i dostrzeżeniu w niej potencjału zabiega o ich utrzymanie w przedsiębiorstwie, często przydzielając ich do kadry menedżerskiej. Efektem ich działań są systemy motywujące, które oferują im wyższe wynagrodzenie, udziały w zyskach spółki czy możliwość partycypacji w zarządzaniu spółką. Całość działań osób zarządzających swoimi biznesami ma stanowić zachętę dla najlepszych menedżerów, by przeszli do ich biznesu bądź w nim zostali. Opracowanie odpowiedniego systemu motywacyjnego ma niebagatelne znaczenie zarówno na etapie przystąpienia menadżera do spółki w postaci objęcia czy nabycia udziałów lub uzyskania takiej możliwości w zapisanej umowie, jak i na dalszym etapie, przy ewentualnym podziale zysków z tytułu m.in.

dywidendy. Mechanizmy promujące maksymalizację bieżących zysków spółki, uwzględniające jednocześnie budowanie wartości firmy w czasie, stanowią jeden z czynników budujących przyszły sukces spółki (Bilicka, Ratajczyk, Szymkowiak, Walczak [red.] et al., 2018: 235).

Niepodważalne jest twierdzenie o skuteczności przedstawionych w niniejszym artykule metod motywacyjnych. Jak pokazują badania, wdrożenie programów opcji menadżerskich w przeważającej większości ma pozytywny wpływ na sytuację spółki (Łukowski, Przybylska-Kapuścińska 2015). Na podstawie badań oraz analizy literatury dotyczącej opcji menadżerskich można stwierdzić, że motywowanie poprzez powiązanie wynagrodzenia z wynikami finansowymi spółki jest jedną z najskuteczniejszych form wpływania na efektywność działań pracowników, a przede wszystkim menedżerów.

De lege ferenda postulować należy, by praktyka wprowadzania odpowiednich systemów motywacyjnych stawała się regułą każdego biznesu. Odpowiednio skonstruowane regulaminy motywacyjne bądź umowy spółek prowadzą do nagradzania zaufanych i wykwalifikowanych pracowników, co w czasie może przełożyć się na znaczny rozwój kapitału spółki i korzyści zarówno dla menadżerów, jak i pozostałych wspólników. Podkreślić należy, że wskazane postulaty są zawarte w *soft law*, ponieważ ich celem jest zachęcenie do tego, by zwyczajowo przy konstruowaniu umów spółki wprowadzać omawiane systemy. Próba wdrożenia regulacji o charakterze *hard law* byłaby sprzeczna z polskim porządkiem prawnym, który jednoznacznie ustanawia swobodę zawierania umów.

Wykaz skrótów

ksh – ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych

kc – ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny

Bibliografia

Akty prawne

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny. Dz.U. z 2021 r., poz. 2459, tekst jednolity.

Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych. Dz.U. z 2021 r., poz. 2052, tekst jednolity.

Opracowania

Białkowski, Marek. 2013. Ochrona kapitału spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. *Zarządzanie i finanse* 11(1), cz. 2: 25–38.

- Bilicka, Magdalena, Maria Ratajczyk, Rafał Szymkowiak i Dawid Walczak (red.) et al. 2018. *Zmiana warty – praktycznie o sukcesji w Twojej firmie*. Poznań: Kancelaria Prawna „Pragmatici”.
- Bojko, Karolina, Martyna Kunke, Michał Markiewicz, Tomasz Rutkowski, Rafał Szymkowiak i Marcin Tomczak (red.). 2021. *Spółka z o.o. w pytaniach i odpowiedziach*. Poznań: Kancelaria Prawna „Pragmatici”.
- Dumkiewicz, Małgorzata. 2020. *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Janda, Barbara. 2007. Nagradzać czy karać?... *Annales Academiae Paedagogicae Cracoviensis*, wydanie elektroniczne. Dostęp: 02.07.2022. <https://rep.up.krakow.pl/xmlui/bitstream/handle/11716/8450/AF047--18--Nagradzac-czy-karac--Janda.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Kidyba, Andrzej. 2020. *Meritum prawo spółek*. Tom II. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Kidyba, Andrzej i Małgorzata Dumkiewicz. 2021. *Komentarz aktualizowany do art. 1–300 Kodeksu spółek handlowych*. Warszawa: Wolters Kluwer wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 1.07.2022.
- Kowolik, Piotr. 2011. Wychowawcze znaczenie kar i nagród stosowanych w wychowaniu dzieci przedszkolnych. *Nauczyciel i Szkoła* 1(49): 97–107.
- Kwaśnicki, Radosław L. i Piotr Leotolc. 2013. *Prawo spółek handlowych. Orzecznictwo 2011–2012*. Warszawa: C.H. BECK.
- Leski, Michał. 2017. *Problematyka akcjonariatu pracowniczego w Polsce na tle doświadczeń międzynarodowych*. Warszawa: Wolters Kluwer, wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 1.07.2022.
- Liśkiewicz, Antoni. 2017. Problematyka prawna kontraktu opcyjnego. *Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego*, wydanie elektroniczne. Dostęp: 2.07.2022. <http://lawreview.wpia.uw.edu.pl/wp-content/uploads/2018/07/9.pdf>.
- Łukowski, Michał i Wiesława Przybylska-Kapuścińska. 2015. Efektywność programów opcji menedżerskich na przykładzie wybranych spółek giełdowych w latach 2006–2014. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach. Studia Ekonomiczne* 238: 104–116.
- Mazur, Paweł. 2020. Wybrane problemy związane ze stosowaniem opcji put oraz opcji call w statutach spółek akcyjnych. *Przegląd Prawa Handlowego* 9: 22–29.
- Michalski, Michał (red.) i Justyna Dąbrowska. 2021. *Powszechna dematerializacja akcji. Modernizacja konstrukcji spółki akcyjnej*. Warszawa: Wolters Kluwer, wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 1.07.2022.
- Napierała, Jacek i Andrzej Koch (red.). 2021. *Prawo spółek handlowych*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Podedworna-Tarnowska, Dorota. 2011. Opcje menedżerskie jako długoterminowe motywy w kształtowaniu właścicielskich postaw menedżerów wyższego szczebla. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia* 37: 883–896.
- Rodzinkiewicz, Mateusz. 2018. *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 1.07.2022.
- Sołtyński, Stanisław (red.). 2015. *Prawo spółek kapitałowych. System prawa prywatnego*. Tom 17A. Warszawa: C.H. BECK, wydanie elektroniczne Legalis. Dostęp: 1.07.2022.

- Szumański, Andrzej (red.). 2019. *Prawo spółek handlowych*. Tom 2B: *System prawa handlowego*. Warszawa: C.H. BECK, wydanie elektroniczne Legalis. Dostęp: 1.07.2022.
- Szyszek, Robert. 2019. *Umowy wspólników, inwestycyjne, konsorcja, joint-venture i inne podtypy spółki cywilnej – środki ochrony prawnej w przypadku naruszenia przez uczestnika*. Warszawa: C.H. BECK, wydanie elektroniczne Legalis. Dostęp: 1.07.2022.
- Włodyki, Stanisław i Andrzej Szumański (red.). 2019. *System prawa handlowego*. Tom 2A: *Prawo spółek handlowych*. Warszawa: C.H. Beck, wydanie elektroniczne Legalis. Dostęp: 1.07.2022.

Źródła internetowe

- Gałek, Aleksander. 2020. *Opcja put oraz opcja call – czym są i jakie jest ich praktyczne zastosowanie?* Dostęp: 2.07.2022. <https://www.doradzamy.to/artykuly/opcja-put-oraz-opcja-call-czym-sa-i-jakie-jest-ich-praktyczne-zastosowanie>
- Kulka, Michał. 2017. *Option Pool w startupie, czyli jak pozyskać i zatrzymać dobrych pracowników*. Dostęp: 02.07.2022. <https://lawmore.pl/option-pool-pozyskac-zatrzymac-dobrych-pracownikow>.
- Kulicki, Łukasz. 2020. *ESOP – program opcji na udziały dla pracowników*. Dostęp: 2.07.2022. <https://umowywit.pl/regulamin-programu-opcji-na-udzialy-esop>.
- Lee, Jenna. 2022. *What is vesting*. Dostęp: 2.07.2022. <https://carta.com/blog/what-is-stock-vesting/>.
- Małec, Mariusz. *Option pool. Udziały dla pracowników startupu. Definicja*. Dostęp: 2.07.2022. <https://www.private-equity.pl/option-pool-udzialy-dla-pracownikow/>.
- Staniszewski, Marcin. 2021. *Umowa vestingu i odwróconego vestingu*. Dostęp: 2.07.2022. <https://rpms.pl/umowa-vestingu-i-odwroconego-vestingu/>.
- Polak, Monika. *Wirtualne udziały*. Dostęp: 2.07.2022. <https://wprawie.com/2020/11/12/wirtualne-udzialy>.
- Szymkowiak, Rafał. *Co to są udziały fantomowe i jak je wykorzystać, planując sukcesję?* Dostęp: 2.07.2022. <https://zmianawarty.pl/co-to-sa-udzialy-fantomowe-i-jak-je-wykorzystac-planujac-sukcesje>.
- Szymkowiak, Rafał. *Jak przyjąć do grona wspólników zaufanego pracownika?* Dostęp: 2.07.2022. <https://zmianawarty.pl/jak-przyjac-do-grona-wspolnikow-zaufanego-pracownika/>

Glosy

Volume 20, Issue 1
June 2022

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

COMMENTARY
received 2022-02-02
accepted 2022-03-31



**Wyłączna legitymacja syndyka
do wniesienia skargi pauliańskiej – Glosa
do wyroku Sądu Najwyższego
z 9 grudnia 2021 r. V CSK 276/21**

**Exclusive power of the trustee
to bring *actio Pauliana* – Gloss to the judgment
of the Supreme Court of December 9, 2021. V CSK 276/21**

RAFAŁ ADAMUS

Uniwersytet Opolski

ORCID: 0000-0003-4968-459X, radamus@uni.opole.pl

Citation: Adamus, Rafał. 2022. Wyłączna legitymacja syndyka do wniesienia skargi pauliańskiej – Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 9 grudnia 2021 r. V CSK 276/21. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 20(1): 275–285. DOI: 10.25167/osap.4730.

Abstract: This gloss to the judgment of the Supreme Court of 9 December 2021. V CSK 276/21 concerns the legal problem of the right to bring *actio Paulina* after the debtor has been declared bankrupt. The content of the gloss criticizes the view of the Supreme Court that after the debtor has been declared bankrupt, the creditor retains such legitimacy. At the same time, due to some arguments raised by the Supreme Court, *de lege ferenda* proposals were formulated in order to improve the legal regulation.

Keywords: procedural entitlement, declaration of bankruptcy of the debtor, ineffectiveness of actions, trustee, creditor

Abstrakt: Niniejsza glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2021 r. V CSK 276/21 dotyczy problemu prawnego, jakim jest legitymacja do wytoczenia powództwa pauliańskiego po ogłoszeniu upadłości dłużnika. W treści glosy poddano krytyce pogląd Sądu Najwyższego, że po ogłoszeniu upadłości dłużnika taką legitymację zachowuje wierzyciel. Jednocześnie z uwagi na argumenty, jakie zostały podniesione przez Sąd Najwyższy, w ni-

niejszym artykule sformułowano propozycje *de lege ferenda* w celu poprawienia stanu regulacji prawnej.

Słowa kluczowe: legitymacja procesowa, ogłoszenie upadłości dłużnika, bezskuteczność czynności, syndyk, wierzyciel

1. Wstęp do glosy do wyroku Sądu Najwyższego z 9 grudnia 2021 r.

Sąd Najwyższy w wyroku z 9 grudnia 2021 r. (V CSK 276/21) stwierdził, że „wierzyciel zachowuje po ogłoszeniu upadłości dłużnika legitymację do wytoczenia powództwa o uznanie czynności prawnej dokonanej przez dłużnika z osobą trzecią za bezskuteczną”. Z jednej strony pogląd ten jest kontrowersyjny. Odbiega on bowiem znacząco od dotychczasowej linii orzecznictwa i wielu wypowiedzi doktrynalnych. Jest na kursie kolizyjnym z zasadą równomiernego i grupowego zaspakajania wierzycieli w ramach postępowania upadłościowego. Powództwo pauliańskie odnosi się bowiem do możliwości uzyskania zaspokojenia z przedmiotu ubytku z masy upadłości. Jakkolwiek rozstrzygnięcie powyższego problemu pozostawało na peryferiach sprawy rozpoznawanej przez Sąd Najwyższy, nie można tego zapatrywania zostawić bez odpowiedniego polemicznego komentarza. Niniejsza glosa odnosi się jedynie do tego pobocznego wątku wyroku z 9 grudnia 2021 r. Z drugiej strony nie można pozostać obojętnym na argumentację merytoryczną Sądu Najwyższego. Niemniej jednak tezy przedstawione przez Sąd Najwyższy mają znaczenie jako postulat zmiany w prawie. Zmiany potrzebnej i systemowo uzasadnionej. Opierając się na zaprezentowanym wywodzie, można zaproponować pewne wnioski *de lege ferenda*.

Na występie należy krótko przytoczyć okoliczności stanu faktycznego, na podstawie których orzekł Sąd Najwyższy. Otóż wierzyciel, już po ogłoszeniu upadłości dłużnika, wytoczył powództwo pauliańskie przeciwko osobie trzeciej. W miejsce wierzyciela do tak wszczętego postępowania sądowego wstąpił – z własnej inicjatywy – syndyk masy upadłości.

2. Stanowisko merytoryczne Sądu Najwyższego

Jakie argumenty merytoryczne przytoczył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu swojego zapatrywania prawnego?

Po pierwsze, zdaniem Sądu Najwyższego utrata legitymacji wierzyciela do wytoczenia powództwa pauliańskiego po ogłoszeniu upadłości dłużnika nie wynika wprost z przepisów prawa upadłościowego.

Po drugie, zdaniem Sądu Najwyższego skutku utraty legitymacji przez wierzyciela w następstwie ogłoszenia upadłości dłużnika nie można wyprowadzić z przepisów prawa upadłościowego ani przy zastosowaniu wykładni językowej, ani wykładni historycznej, ani wykładni celowościowej.

Po trzecie, w ocenie Sądu Najwyższego z przepisu artykułu 132 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe (p.u.) nie wynika, że legitymacja syndyka jest wyłączna. W kontraście do tej regulacji Sąd Najwyższy powołał się na artykuł 57 rozporządzenia Prezydenta RP z 24 października 1934 r. Prawo upadłościowe.

Po czwarte, Sąd Najwyższy podniósł argument, że ilekroć ustawodawca w prawie upadłościowym wyłącza uprawnienie wierzyciela do dochodzenia roszczeń przysługujących wierzycielowi na gruncie prawa materialnego, tylekroć używa „stanowczej formuły w tym względzie”.

Po piąte, Sąd Najwyższy powołał się na konstytucyjne prawo do sądu zagwarantowane w artykule 45 ust. 1 Konstytucji RP. Pogląd o braku legitymacji do wytoczenia powództwa po stronie wierzyciela prowadzi zdaniem Sądu Najwyższego do naruszenia praw konstytucyjnych.

Po szóste, Sąd Najwyższy przyjął, iż gdyby syndyk miał mieć legitymację wyłączną, to wówczas mogłoby dojść do wygaśnięcia terminu zawitego przewidzianego w art. 534 k.c. z uszczerbkiem dla wierzyciela. W opinii Sądu Najwyższego prawo upadłościowe nie narzuca syndykowi masy upadłości żadnego terminu do oświadczenia, czy zamierza on wytoczyć powództwo pauliańskie. Taka argumentacja prowadzi Sąd Najwyższy do następującej konkluzji: „wierzyciel [...] pozostawałby w niepewności, czy syndyk zechce z przyznanej mu legitymacji skorzystać i w jakim terminie. Sąd Najwyższy przyjął dalej, że wytoczenie powództwa pauliańskiego po ogłoszeniu upadłości bynajmniej nie niweczy celu postępowania upadłościowego, jakim jest równomierne zaspokojenie wierzycieli. Albowiem syndyk w przypadku wytoczenia powództwa przez wierzyciela może przystąpić do procesu w oparciu o art. 133 ust. 1 p.u.”

W tym ostatnim obszarze aktualnie obowiązujące przepisy niestety nie zawierają satysfakcjonujących rozwiązań prawnych. Niemniej jednak – jak zostanie to dalej wywiedzione – nie jest to argument przemawiający za tezą, że indywidualnie działający wierzyciel zachowuje legitymację do *actio Pauliana* po ogłoszeniu upadłości dłużnika. Pojawia się zatem pole do dyskusji na temat zmian w prawie.

Po siódme, zdaniem Sądu Najwyższego powództwo pauliańskie wytoczone przez wierzyciela, „a nawet jego prawomocne uwzględnienie, nie stanowi również przeszkody w postaci zawisłości sporu czy powagi rzeczy osądzonej dla wytoczenia przez syndyka powództwa o uznanie tej samej czynności prawnej

za bezskuteczną w stosunku do masy upadłości inny jest bowiem cel obu powództw”.

3. Brak legitymacji wierzyciela do wytoczenia powództwa pauliańskiego po ogłoszeniu upadłości dłużnika wobec wyłącznej legitymacji syndyka

W pierwszej kolejności, przed przystąpieniem do polemiki z poglądem i argumentacją Sądu Najwyższego, należałoby zwrócić uwagę na dotychczasową linię orzeczniczą sądów w podobnych sprawach. Wynika z niej, że z chwilą ogłoszenia upadłości dłużnika, który dokonał czynności prawnej z osobą trzecią, zachodzi przejściowy brak drogi sądowej dla wierzyciela (brak legitymacji) do wytoczenia powództwa pauliańskiego.

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 maja 2021 r. (III CSK 28/21) trafnie podniesiono, że „zgodnie z art. 132 ust. 1 p.u. po ogłoszeniu upadłości legitymację czynną do wszystkich procesów aktualnych i przyszłych, przeciwko osobie trzeciej o uznanie czynności dłużnika za bezskuteczną (art. 527–534 k.c.) dotyczących majątku, który – gdyby nie czynność upadłego z osobą trzecią – znajdowałby się w masie upadłości, ma wyłącznie syndyk”. Jednocześnie Sąd Najwyższy przedstawił rzeczową argumentację. Zdaniem Sądu wnioski o wyłączenie legitymacji syndyka wiąże się z tym, że syndyk występuje „w interesie wszystkich pokrzywdzonych wierzycieli celem zapewnienia im możliwości zaspokojenia w postępowaniu upadłościowym. Regulacja ta ma zapobiegać sytuacji, gdy po ogłoszeniu upadłości poszczególni wierzyciele w swoim indywidualnym interesie mogliby zainicjować lub kontynuować wcześniej wszczęty proces o uznanie czynności za bezskuteczne i uzyskać korzyść z uszczerbkiem dla innych wierzycieli upadłego dłużnika. Celem postępowania upadłościowego jest bowiem szybkie, efektywne i równomierne zaspokojenie wszystkich wierzycieli z całego majątku dłużnika. W kolizji z tym celem stałoby pozostawienie poszczególnym wierzycielom upadłego, równoległe z syndykiem, uprawnienia do wystąpienia z powództwem o uznanie czynności prawnych dłużnika za bezskuteczne, popieranie takiego powództwa, jak również wyegzekwowanie przyznanego im świadczenia po ogłoszeniu upadłości dłużnika (argument *a contrario* z art. 133 ust. 4 p.u.). W konsekwencji – w trakcie trwania postępowania upadłościowego – legitymacja procesowa poszczególnych wierzycieli upadłego do wytoczenia lub popierania tego rodzaju powództwa jest wyłączona”.

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2008 r. (I CSK 93/08) słusznie wskazano, że „ogłoszenie upadłości i ustanowienie syndyka powoduje nabycie przez syndyka legitymacji procesowej do wszystkich wspomnianych procesów – aktualnych i przyszłych – jeżeli dotyczą one mienia wchodzącego

do masy upadłości (art. 132 ust. 1 i 133 ust. 1 prawa upadłościowego i naprawczego). Bezwzględne podstawienie procesowe daje syndykowi w tych procesach wyłączną legitymację procesową”.

Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 11 września 2008 r. (V ACa 295/08) wyjaśnił, że „legitymacja wierzycielowi upadłego, po ogłoszeniu upadłości będzie przysługiwała tylko wtedy, gdy przedmiotem powództwa będzie czynność prawna dotycząca majątku, który w ogóle nie wchodzi w skład masy upadłości, tj. takich rzeczy lub praw, które nie weszłyby do masy upadłości nawet w przypadku bezskuteczności czynności”. „Już na gruncie poprzedniej regulacji przyjmowano, że po ogłoszeniu upadłości wyłączną legitymację do wytoczenia powództwa, o którym mowa w art. 527 k.c. ma syndyk i obecne unormowanie nie zmienia przyjętego poglądu”.

Podobnie kwestię wyłączności legitymacji syndyka ujmują liczne inne orzeczenia, a w tym wyroki Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2002 r. (III CSK 998/99), z dnia 5 lipca 2007 r. (II CSK 118/07) i z dnia 3 października 2008 r. (I CSK 93/08), wyrok Sądu Rejonowego w Kielcach z dnia 4 czerwca 2019 r. (I C 1501/18), wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 kwietnia 2017 r. (V Ca 2677/16), wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 23 lipca 2018 r. (VIII GC 559/15), wyrok Sądu Okręgowego w Suwałkach z dnia 9 lipca 2018 r. (I C 948/16), wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 12 września 2017 r. (VI GC 96/17), wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 16 marca 2017 r. (V GC 190/16), wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 30 listopada 2016 r. (VII GC 210/15), wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 26 listopada 2015 r. (I ACa 1047/15), wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 kwietnia 2017 r. (V Ca 2677/16), wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 30 października 2019 r. (VII AGa 152/19).

Jednocześnie prezentują się wypowiedzi piśmiennictwa. „Po ogłoszeniu upadłości powództwo, o którym mowa w art. 527 k.c., wytoczyć może w stosunku do czynności działywanej przez upadłego z pokrzywdzeniem wierzycieli wyłącznie syndyk. [...] Nie mogą z takim powództwem wystąpić indywidualni wierzyciele, jako że ich interes jest obecnie interesem wspólnym ogółu wierzycieli, a mają być oni w postępowaniu upadłościowym równo traktowani. Im przysługuje jedynie sprzeciw co do uznania wierzytelności na liście wierzytelności, jeżeli czynność bezskuteczna doprowadziła do powstania wierzytelności uznanej przez syndyka na liście. Bezskuteczność orzeczona w stosunku do jednego z wierzycieli przekreślałaby zasadę równości” (Zimmerman 2022: Legalis). Podobne stanowisko zajęli także i inni autorzy (Gil 2021: 713; Gurgul 2016: 355; Jakubecki 2010: 301; Chrapoński 2010: 313; Zienkiewicz 2006: 318).

Co więcej, w literaturze przedmiotu prezentowana jest opinia, że ustawodawca wyłącza dopuszczalność interwencji ubocznej wierzyciela w procesie wy-

toczonym przez syndyka (Adamus 2021: 539; Jakubecki 2010: 301; Świeboda 2003: 191).

Przechodząc do argumentacji polemicznej z tezami Sądu Najwyższego, stwierdzić należy co następuje.

Wbrew założeniu przyjętemu przez Sąd Najwyższy z przepisów prawa upadłościowego w sposób jednoznaczny wynika, że legitymacja syndyka ma charakter wyłączny. Ze sformułowania artykułu 132 ust. 1 p.u., który stanowi, że powództwo wytacza syndyk, należy wyciągnąć wniosek, iż legitymacja służy tylko syndykowi, a nie syndykowi i innym osobom. Oznacza to, że wierzyciel nie może realizować przysługującego mu tytułu do skargi pauliańskiej po ogłoszeniu upadłości dłużnika. Wykładnia językowa tego przepisu wymaga ścisłego powiązania zarówno z jego racją *legis*, jak i z argumentami wykładni systemowej.

Wykładnia celowościowa art. 132 ust. 1 p.u. prowadzi do następującego wniosku. Po ogłoszeniu upadłości dłużnika nie jest możliwe prowadzenie postępowań pauliańskich w jednostkowym interesie wierzyciela lub niektórych z wierzycieli. Innymi słowy po ogłoszeniu upadłości dłużnika wierzyciele nie mogą domagać się indywidualnego zaspokojenia ze składników majątkowych osoby trzeciej, stanowiących przedmiot ubytku z masy upadłości. Możliwe jest wyłącznie prowadzenie jednego postępowania przez syndyka masy upadłości w interesie wszystkich wierzycieli, a nie jednego lub wielu postępowań w jednostkowym interesie niektórych wierzycieli. Istotą skargi pauliańskiej, uregulowanej w kodeksie cywilnym, jest możliwość zaspokojenia się przez wierzyciela w ramach postępowania egzekucyjnego prowadzonego przeciwko dłużnikowi ze składnika majątkowego osoby trzeciej, nabytego przez osobę trzecią od dłużnika z pokrzywdzeniem wierzycieli. Postępowanie upadłościowe określane bywa jako tzw. egzekucja generalna. W ramach egzekucji generalnej zaspokojenie wierzycieli podlega przepisom prawa upadłościowego. Wyłączona jest możliwość indywidualnego zaspokojenia się przez wierzyciela z przedmiotu ubytku z masy upadłości. Pogląd przyjęty przez Sąd Najwyższy prowadzi do naruszenia zasady *pari passu*, czyli zasady równego traktowania wierzycieli. Zasada powyższa ma fundamentalne znaczenie dla całej konstrukcji prawa o niewypłacalności.

Należy przy tym wyjaśnić, że nie jest tak, że syndyk może wstąpić do powództwa wytoczonego przez wierzyciela po ogłoszeniu upadłości na podstawie artykułu 133 ust. 1 zd. 1 p.u. Ten ostatni przepis jest kontynuacją regulacji zawartej w art. 132 ust. 1 p.u.

Konsekwencją praktyczną koncepcji Sądu Najwyższego byłby chaos proceduralny, gdyby – po ogłoszeniu upadłości dłużnika – kilku wierzycieli wytoczyło niezależnie od siebie powództwa pauliańskie. Powstaje pytanie, czy syndyk miałby przystąpić do wszystkich procesów pauliańskich jednego z nich czy kilku?

Przepis artykułu 132 ust. 1 p.u. nie musi zawierać sformułowania, że legitymacja syndyka jest „wyłączna”, aby właśnie taki charakter prawny przypisać legitymacji syndyka. Należy uznać za kontrowersyjne stwierdzenie Sądu Najwyższego, że ilekroć ustawodawca wyłącza uprawnienia wierzycieli do dochodzenia ich roszczeń, to używa „stanowczej formuły”. Po pierwsze, co to znaczy, że formuła jest stanowcza? Czy o stanowczości formuły przemawia sama semantyka przepisu? Po drugie, materialnoprawne uprawnienie wierzyciela w wyniku upadłości nie zostaje włączone, ale zostaje podporządkowane logice postępowania upadłościowego. Ogłoszenie upadłości jest równoznaczne z końcem indywidualizmu w zaspokajaniu wierzycieli. Wówczas wierzyciele podlegają wspólnym zasadom równomiernego zaspokojenia. Indywidualny wierzyciel, w związku z wytoczeniem powództwa przez syndyka masy upadłości, będzie korzystał z wyników starań syndyka masy upadłości, współuczestnicząc w możliwości zaspokojenia z przedmiotu ubytku w trybie i na zasadach określonych w prawie upadłościowym.

Z podobnych względów budzi sprzeciw powołanie się na art. 45 ust. 1 Konstytucji. Wierzyciel nie tyle traci uprawnienie materialnoprawne, co jego wykonanie zostaje powierzone syndykowi masy upadłości, albowiem wobec upadłości dłużnika, czyli zaistnienia stanu egzekucji generalnej, wierzyciel nie może liczyć na indywidualne zaspokojenie, ale musi być podporządkowany interesowi grupy, ogółu wierzycieli. Ujmując to inaczej: indywidualny wierzyciel musi podzielić się z innymi wierzycielami przedmiotem zaspokojenia, jakim jest ubytek z masy upadłości (tzw. konkurs wierzycieli). Taka jest ustrojowa natura niewypłacalności. Dawniej prawo o niewypłacalności nazywano „prawem konkursowym”.

Jeżeli syndyk nie wytoczy powództwa pauliańskiego, to w takiej sytuacji naraża się między innymi na odpowiedzialność odszkodowawczą za wyrządzoną wierzycielom szkodę. Niemniej w tym zakresie należałoby rozważyć pewne postulaty *de lege ferenda*.

Co do stanu zawisłości sprawy i powagi rzeczy osądzonej na gruncie koncepcji Sądu Najwyższego pojawia się taka zagadka proceduralna: jeżeli po ogłoszeniu upadłości dłużnika jednocześnie trzech wierzycieli wytoczyłoby osobne powództwa pauliańskie, to w jaki sposób syndyk masy upadłości powinien zadziałać, aby uniknąć kumulacji stanu zawisłości sprawy?

4. Sytuacja, w której powództwo pauliańskie zostało wytoczone po ogłoszeniu upadłości dłużnika

Zgodnie z art. 133 ust. 1 zd. 1 p.u. syndyk może wstąpić w miejsce powoda w sprawie wszczętej przez wierzyciela, który zaskarżył czynności upadłego.

Niemniej subrogacja procesowa odnosi się do sytuacji, w której sprawa została wytoczona przez osobę posiadającą legitymację w chwili złożenia pozwu. Wskazany powyżej przepis nie jest instrumentem dla „uzdrowienia” stanu braku legitymacji.

W takiej sytuacji faktycznej, w jakiej orzekł Sąd Najwyższy, wstąpienie syndyka do procesu pauliańskiego w miejsce wierzyciela, w sytuacji gdy powództwo wytoczono po ogłoszeniu upadłości, podlega regulacji art. 196 k.p.c. Przepisy proceduralne regulują skutki wytoczenia powództwa przez osobę, która nie ma legitymacji do wszczęcia postępowania.

W myśl ogólnych zasad procesowych, jeżeli okaże się, że powództwo zostało wniesione nie przez osobę, która powinna występować w sprawie w charakterze powoda (wierzyciel, który wytoczył powództwo po ogłoszeniu upadłości dłużnika), sąd na wniosek powoda zawiadomi o toczącym się procesie osobę przez niego wskazaną (syndyka masy upadłości). Osoba ta (syndyk masy upadłości) może w ciągu dwóch tygodni od doręczenia zawiadomienia wstąpić do sprawy w charakterze powoda.

W myśl art. 196 § 2 k.p.c. osoba zawiadomiona, która zgłosiła przystąpienie do sprawy w charakterze powoda (syndyk masy upadłości), może za zgodą obu stron (wierzyciela i osoby trzeciej), wstąpić do procesu na miejsce strony powodowej (wierzyciela), która wówczas będzie od udziału w sprawie zwolniona.

Przepisy proceduralne regulują dodatkowo kwestię kosztów. W razie wyrażenia zgody na zmianę strony powodowej pozwany może w terminie dwutygodniowym złożyć sądowi wniosek o przyznanie dotychczasowych kosztów od osoby, która poprzednio występowała jako powód.

Z powyższej regulacji wynikają następujące wnioski.

Po pierwsze, możliwość zmian podmiotowych po stronie powodowej zachodzi przy zachowaniu ciągłości postępowania w sprawie i jednoczesnej tożsamości dochodzonego roszczenia. Wniosek taki wynika z wyroku Sądu Najwyższego z 10 października 2008 r. (II CSK 235/08).

Po drugie, inicjatywa podmiotowego przekształcenia powództwa należy wyłącznie do powoda (wierzyciela). Jedynie powód (wierzyciel) jest uprawniony do złożenia wniosku o zawiadomienie o toczącym się procesie osoby, którą wskazuje (syndyka masy upadłości). Osobie pozostającej poza procesem (syndykowi masy upadłości) nie przysługuje prawo wystąpienia z wnioskiem o dopuszczenie jej do udziału w sprawie o charakterze powoda z powołaniem się na art. 196 § 1 k.p.c. Samodzielne zgłoszenie się takiej osoby (na zasadach ogólnych) może być traktowane przy zaistnieniu wymaganych okoliczności jako zgłoszenie interwencji ubocznej, a nawet głównej. Niemniej w procesie pauliańskim wytoczonym przez wierzyciela po ogłoszeniu upadłości dłużnika

syndyk masy upadłości nie może być ani interwenientem ubocznym, ani interwenientem głównym.

Po trzecie, oświadczenie o przystąpieniu do sprawy w charakterze powoda złożone przez osobę zawiadomioną (syndyka) po upływie 2 tygodni od chwili doręczenia jej zawiadomienia jest bezskuteczne (art. 167 k.p.c.). Termin ten nie ulega przywróceniu, jego uchybienie nie pociąga za sobą ujemnych dla osoby zawiadomionej skutków procesowych (art. 168 § 2 k.p.c.).

Po czwarte, wstąpienie nowej osoby do sprawy (syndyka masy upadłości) w miejsce powoda (wierzyciela) wymaga zgody pozwanego. Zgoda ta musi być wyraźna.

Po piąte, w wypadku braku legitymacji czynnej powoda i niedokonania przekształcenia podmiotowego w myśl art. 196 k.p.c. powództwo ulega oddaleniu.

5. Wnioski *de lege ferenda*

Sąd Najwyższy zwraca jednak uwagę na problem praktyczny dotyczący pasywnej postawy syndyka. Oczywiście syndyk odpowiada odszkodowawczo za ewentualne zaniechania w dochodzeniu roszczenia pauliańskiego w interesie ogółu wierzycieli. Niemniej jednak konstrukcja odpowiedzialności odszkodowawczej może wydawać się mało efektywna i jednocześnie pozostawia ona poza zakresem odpowiedzialności cywilnej osobę trzecią, która powinna ponieść główny ciężar tej odpowiedzialności.

W konsekwencji można poddać pod dyskusję możliwość wytoczenia przez wierzyciela powództwa w interesie wszystkich wierzycieli w przypadku bezczynności syndyka.

Wobec wejścia w życie przepisów o Krajowym Rejestrze Zadłużonych z dniem 1 grudnia 2021 r. informacja o ogłoszeniu przez sąd upadłości dłużnika będzie w praktyce bardzo łatwa do sprawdzenia przez każdego zainteresowanego.

Wniosek *de lege ferenda* dotyczy zatem uregulowania w ustawie dopuszczalności wytoczenia przez indywidualnego wierzyciela powództwa pauliańskiego, ale nie w indywidualnym interesie, tylko *pro socio*. Innymi słowy, nawet jeżeli doszło do ogłoszenia upadłości dłużnika, to każdy z wierzycieli mógłby wytoczyć powództwo pauliańskie *pro socio* na wypadek bezczynności syndyka. W przypadku ryzyka wygaśnięcia terminu zawitego wierzyciel powinien mieć tytuł do natychmiastowego wytoczenia powództwa, jednak z obowiązkiem powiadomienia syndyka masy upadłości o możliwości wstąpienia do postępowania, które inicjuje dłużnik.

Taka konstrukcja prawna uniemożliwiłaby uchylanie się od odpowiedzialności pauliańskiej przez osoby trzecie z uwagi na bezczynność syndyka.

6. Zakończenie

Jak widać, problematyka bezskuteczności czynności prawnych dłużnika, dokonanych przed ogłoszeniem upadłości, budzi niesłabnące emocje prawne. Pojawiające się różne koncepcje orzecznicze i doktrynalne po raz kolejny skłaniają do postawienia pytania o potrzebę ponownego przedyskutowania przepisów o bezskuteczności.

Wykaz skrótów

- k.c. – ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1740, 2320; z 2021 r. poz. 1509, 2459.
- k.p.c. – ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1805, 1981, 2052, 2262, 2270, 2289, 2328, 2459; z 2022 r., poz. 1.
- p.u. – ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1228, 2320; z 2021 r., poz. 1080, 1177, 1598, 2140.

Bibliografia

Akty prawne

Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe.

Orzecznictwo

- Wyrok SN z 9 grudnia 2021 r., V CSK 276/21.
- Wyrok SN z dnia 24 maja 2002 r., III CSK 998/99.
- Wyrok SN z dnia 5 lipca 2007 r., II CSK 118/07.
- Wyrok SN z dnia 28 maja 2021 r., III CSKP 28/21.
- Wyrok SN z dnia 3 października 2008 r., I CSK 93/08.
- Wyrok SN z 10 października 2008 r., II CSK 235/08.
- Wyrok SA w Katowicach z dnia 11 września 2008 r., V ACa 295/08.
- Wyrok SA w Warszawie z dnia 30 października 2019 r., VII AGa 152/19.
- Wyrok SA w Krakowie z dnia 26 listopada 2015 r., I ACa 1047/15.
- Wyrok SO w Warszawie z dnia 6 kwietnia 2017 r., V Ca 2677/16.
- Wyrok SO w Szczecinie z dnia 23 lipca 2018 r., VIII GC 559/15.
- Wyrok SO w Suwałkach z dnia 9 lipca 2018 r., I C 948/16.
- wyrok SO w Rzeszowie z dnia 12 września 2017 r., VI GC 96/17.
- Wyrok SO w Olsztynie z dnia 16 marca 2017 r., V GC 190/16.
- Wyrok SO w Białymstoku z dnia 30 listopada 2016 r., VII GC 210/15.
- Wyrok SO w Warszawie z dnia 6 kwietnia 2017 r., V Ca 2677/16.
- Wyrok SR w Kielcach z dnia 4 czerwca 2019 r., I C 1501/18.

Opracowania

- Adamus, Rafał. 2021. *Prawo upadłościowe. Komentarz*. Wyd. 3, Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Gil, Piotr. 2021. W: *Prawo restrukturyzacyjne. Prawo upadłościowe*, (red.) Izabela Gil. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Gurgul, Stanisław. 2022. *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*. Wyd. 7. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Chrapoński, Dariusz. 2006. W: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, (red.) A. Witosz, Wyd. 3. Warszawa: Wydawnictwo LexisNexis.
- Jakubecki, Andrzej. 2006. W: A. Jakubecki, F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*. Wyd. 3. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Świeboda, Zdzisław. 2003. *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo LexisNexis.
- Zienkiewicz, Dorota. 2006. W: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, (red.) Dorota Zienkiewicz. Wyd. 2. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Zimmerman, Piotr. 2022. *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*. Wyd. 7. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Sprawozdania

Volume 20, Issue 1
June 2022

ISSN 1731-8297, e-ISSN 6969-9696
<http://czasopisma.uni.opole.pl/index.php/osap>

REPORT
received 2022-03-10
accepted 2022-05-20



**Report on the International Scientific Conference
'The protection of religious freedom
in Central and Eastern European countries'
organised within the framework of the Central European
Professors' Network
(Budapest, Ministry of Justice of Hungary,
26 November 2021)**

**Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Naukowej
pt. „Ochrona wolności religijnej
w krajach Europy Środkowo-Wschodniej”,
zorganizowanej w ramach Sieci Profesorskiej Europy Środkowej
(Budapeszt, Ministerstwo Sprawiedliwości Węgier, 26 listopada 2021 r.)**

NÓRA BÉRES

Department of Public Law, Ferenc Mádl Institute of Comparative Law,
nora.beres@mfi.gov.hu;

Department of International Law and Comparative Law,
Institute of European and International Law, Faculty of Law, University of Miskolc,
jognora@uni-miskolc.hu

GYÖRGY MARINKÁS

Department of International and EU Law, Ferenc Mádl Institute of Comparative Law,
gyorgy.marinkas@mfi.gov.hu

Department of European Law and International Private Law, Institute of European
and International Law, Faculty of Law, University of Miskolc
joggyuri@uni-miskolc.hu

Citation: Béres, Nóra. Marinkás, György. 2022. Report on the International Scientific Conference 'The protection of religious freedom in Central and Eastern European countries' organised within the framework of the Central European Professors' Network (Budapest, Ministry of Justice of Hungary, 26 November 2021). *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 20(1): 289–298. DOI: 10.25167/osap.4800.

Abstrakt: Konferencja naukowa pt. „Ochrona wolności religijnej w krajach Europy Środkowo-Wschodniej” odbyła się 26 listopada 2021 r. w Ministerstwie Sprawiedliwości Węgier, jako trzeci element wydarzeń zamykających działalność Sieci Profesorskiej Europy Środkowej. Jednym z ważniejszych punktów Konferencji była prezentacja książki, która powstała w wyniku prac członków grupy badawczej „Wolność sumienia i religia w Europie”, zatytułowanej „Symbole religijne w sferze publicznej”. Profesor Sobczyk, przewodniczący tego zespołu naukowców, przedstawił dwa główne zagadnienia, na których skupiła się praca badaczy, tj. ‘obecność symboli religijnych w przestrzeni publicznej’ oraz ‘ochrona przekonań religijnych w krajach Europy Środkowo-Wschodniej’

Słowa kluczowe: wolność religijna, symbole religijne, kraje Europy Środkowo-Wschodniej

Abstract: The scientific conference under the title ‘The protection of religious freedom in Central and Eastern European countries’ was held on 26 November 2021 in the Ministry of Justice of Hungary as the third element of the closing events of the Central European Professors’ Network. The event hosted a book launch as well: the members of the research group titled ‘Freedom of conscience and religion in Europe’ presented their book entitled ‘Religious Symbols in the Public Sphere’ which summarizes their results. Professor Sobczyk, the head of the research group, introduced the two main issues which the research group focused on, namely: ‘the presence of religious symbols in public space’ and ‘protection of religious belief in East-Central European countries.’

Keywords: religious freedom, religious symbols, East-Central European countries

The event started with the plenary session titled ‘Manifestation of religious beliefs in the public sphere.’ The moderator of the conference was Associate Professor Dr. Balázs Gerencsér (Pázmány Péter Catholic University, Budapest), who briefly greeted the participants and gave the floor to Prof. Dr. Ede János Szilágyi (University of Miskolc), Head of Ferenc Mádl Institute of Comparative Law (hereinafter: FMI), to hold his introductory speech. Professor Szilágyi first expressed his gratitude for those from the Pázmány Péter Catholic University and the FMI, who took part in organising the event. Professor Szilágyi emphasized that he was especially thankful to Dr. Balázs Gerencsér and Prof. Dr. Balázs Schanda (Pázmány Péter Catholic University, Budapest) for their indispensable help. Then, Professor Szilágyi expressed his gratitude for the Ministry of Justice of Hungary for providing such a beautiful venue to hold the conference. Professor Szilágyi greeted the members of the research group titled ‘Freedom of conscience and religion in Europe’ and the other members of the Central European Professors’ Network who appeared in person and the audience of the conference. Next, he presented the background and results of the activity run by the Central European Professors’ Network.

The Central European Professors’ Network started its international comparative law research activity on 1 January 2021, under the coordination of

the FMI. The Professors' Network, with the active participation of 34 main researchers from seven countries (Czechia, Croatia, Poland, Hungary, Serbia, Slovakia, Slovenia), organises comprehensive international scientific activities in four research groups. The main frame issues are: 'Interpretation of fundamental rights in Europe', 'Family protection in law', 'Freedom of conscience and religion in Europe' and 'The impact of digital platforms and social media on freedom of expression and pluralism'. The primary aim of the initiative is to create and organise a Central European professional network through closer partnership. As Dr. Judit Varga, the Minister of Justice of Hungary, pointed out, the initiative also aims at '[...] establishing a professional community and knowledge base that can present a credible national, conservative, Christian-democratic alternative to the liberal and federalist direction.'

The partial and final results of the cooperation, which was to be run until 31 December 2021, will be made available by each research team on various professional platforms, including conferences, and in the form of publications (scientific articles and books summarizing research results). Professor Szilágyi presented the achievements of the Central European Professors' Network so far, including four books written in the English language. The first book under the title *The Impact of Digital Platforms and Social Media on the Freedom of Expression and Pluralism* summarizes the results of the research group with the same name and was edited by Marcin Wielec. The second book was edited by Paweł Sobczyk under the title *Religious Symbols in the Public Sphere*. This book summarizes the findings of the research group: 'Freedom of conscience and religion in Europe.' Professor Szilágyi emphasized that the book provided him with some important information that was new to him, namely that the use of these symbols in the public spheres is part of the tradition in the countries that were subject of the research – namely the East-Central European states. Therefore, except for Slovenia, the issue rarely led to legal disputes, thus resulting in a low number of regulations and related case-law of the constitutional courts. One may conclude, however, that these countries share common characteristics regarding values and traditions, which was also apparent based on the third book that summarizes the achievements of the working group titled 'Family protection in law'. The book *Family Protection from a Legal Perspective* was edited by Prof. Dr. Tímea Barzó and Prof. Dr. Barnabás Lenkovics. As Professor Szilágyi highlighted, the East-Central European states share common characteristics regarding the family values and similar rules on marriage and adoption. The fourth book was edited by Prof. Dr. Zoltán Tóth J. and summarizes the achievements of the working group 'Interpretation of fundamental rights in Europe'. The book is titled *Constitutional Reasoning and Constitutional Interpretation*. Professor Szilágyi noted that while constitutional courts of the

East-Central European countries quite frequently refer to the case-law of constitutional courts outside the region, they dispense to do so with the case-law of the constitutional courts within the region. In his view this is also a common – and unfortunate – characteristic.

The above-mentioned books and the scientific achievements included in them were introduced to the wider public at 56 dissemination events until 26 November 2021. In order to publish the further results of the cooperation, a new publishing house ‘Central European Academic Publishing’ was established, specialising in publishing scientific books and journals in the English language. Professor Szilágyi also talked about the new journal of the FMI, called *Law, Identity and Values* (LIVE) which is aimed to host articles that reveal the above-mentioned common characteristics of the East-Central European countries.

Professor Szilágyi introduced the ‘Central European Junior Programme’ which provides the opportunity for young lawyers entering their careers (hereafter: juniors). The programme is built on two pillars, namely the doctoral studies at the Ferenc Deák Ferenc Doctoral School of Law and on an internship at the FMI. In order to provide proper books for the juniors, the MFI – in cooperation with other partner institutions – launched a book series consisting of 10 books written in the English language on various topics, including history of law, constitutional law, and the like.

Last, but not least, Professor Szilágyi confirmed that while the Central European Professors’ Network project ended on the 31 December 2021, the cooperation would continue within the institutionalised framework called the ‘Central European Academy’. Professor Szilágyi also revealed that institutional changes were on their way: a new organisation was to be set up that should take over the coordination of the functioning of the Central European Academy and the Central European Academic Publishing.

The plenary session continued with the speech of Prof. UO Paweł Sobczyk (University of Opole), Head of the Research group ‘Freedom of conscience and religion in Europe’, who expressed his gratitude for Dr. Judit Varga, the Minister of Justice of Hungary, and Professor Szilágyi, the Head of the FMI, for providing the opportunity of cooperation. Then, he introduced the members of the research group. Prof. Dr. Lóránt Csink (Pázmány Péter Catholic University, Budapest), Dr. Dalibor Đukić (University of Belgrade), Prof. Dr. Damian Němec (Palacký University Olomouc), Prof. Dr. Vojtech Vladár (Comenius University in Bratislava) Ass. Prof. Dr. Vanja-Ivan Savić (University of Zagreb), Ass. Prof. Dr. Frane Staničić (University of Zagreb), Dr. Michał Poniatowski, (Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw). Professor Sobczyk introduced the two main issues which the research group focused on, namely: ‘the presence of reli-

religious symbols in public space' and 'protection of religious belief in East-Central European countries.' The research group analysed the case law of constitutional courts, the European Court of Human Rights (hereinafter: ECtHR) and the case-law of the Court of Justice of the European Union (hereinafter: CJEU). (Sobczyk 2021: 103-140).

The third presenter of the plenary session was Prof. Balázs Schanda (Pázmány Péter Catholic University, Budapest) who, in his introductory lecture, talked about the state-church relations in the East-Central European countries. Professor Schanda stated that one cannot speak about the state-church relations in these countries, without taking into account the history of the respective country: in the case of Hungary, for example, these relations started with Stephen I. the first king and the founder of the Christian Hungarian Kingdom. In the East-Central European countries – as another similarity – the organic development of state-church relations were interrupted by the communist regimes. After the collapse of these regimes the countries of the region had to legislate on the issue to eradicate the communist legacy. This legislation procedure typically occurred in two waves: the first wave arrived with the change of regime and was characterized by the euphoria of freedom and the intention to cease state control over the churches. Except Slovakia, the countries of the region introduced a liberal regulation, which allowed acquiring a church status very easily. The second wave came some ten or fifteen years later and, after more than twenty years later, in the case of Hungary (2011). The second wave was characterised by the introduction of stricter regulations and differentiation among the individual churches based on their social importance and relevance. The result was a two-tier system in most countries, but in the case of Hungary – as a peculiarity – there are four categories. The countries of the region typically concluded concordats/treaties with the historically important churches. In Professor Schanda's view, these agreements served the legal certainty rather than providing privileges to these churches, which is proven by the fact that there is not a single state in the region, which reintroduced the institution of state church. On the other hand, no country in the region picked the French *laïcité* model. As a conclusion, Professor Schanda called this model, typical of the East-Central countries, a friendly separation (Schanda 2015: 227-236).

As the fourth presenter, Prof. KUL Piotr Stanisz (John Paul II Catholic University of Lublin) introduced the book of the research group 'Freedom of conscience and religion in Europe' entitled *Religious Symbols in the Public Sphere*. As Professor Stanisz emphasized, the presence of religious symbols in the public sphere, including the crucifixes in school rooms, is a current and important issue debated from time to time across the continent, but the final word has not been spoken yet, despite the ECtHR and other similar judicial

bodies or UN organs dealt with the issue in several cases. Although the wearing of Islamic scarfs has rarely emerged as an issue in the region, it may change in the future. Even in the deeply religious Poland the return of crosses to state school classrooms after 1989 was not without controversy: the then Ombudsman unsuccessfully applied to the Constitutional Court of Poland in this regard, which upheld the constitutionality of the ‘Ordinance of the Minister of Education of 14 April 1992’. In the Ombudsman’s view the ordinance allowed the excessive display of crucifixes in state schools. The Constitutional Court, took the view that the ordinance was constitutional since it only allowed the display of crucifixes, but did not make them compulsory (Constitutional Court of Poland No. U 12/32). Professor Stanisiz reiterated that the crucifix is not only a religious symbol, but the expression of Europe’s Christian traditions and that European culture is rooted in Christianity. In this context, one cannot omit Article 35(1) of the Polish Constitution, which provides that ‘the Republic of Poland shall ensure Polish citizens belonging to national or ethnic minorities the freedom to maintain and develop their own language, to maintain customs and traditions, and to develop their own culture.’ Professor Stanisiz highlighted that Basic Law of Hungary creates a really favourable environment due to its Article R (4), which states that: ‘The protection of the constitutional identity and Christian culture of Hungary shall be an obligation of every organ of the State.’ In conclusion, he repeated that it is culture-related aspects of Christian traditions which are the cornerstones of European identity (Stanisz 2016).

After the coffee break, the first panel’s opening presentation titled ‘Freedom of religion in pandemic times’ was held by Prof. Dr. Lóránt Csink (Pázmány Péter Catholic University, Budapest). Professor Csink first introduced those hardships one has to face when it comes to the state of emergency in the Hungarian regulation, namely the: overcomplicated regulation – which was rooted in the distrust and political compromise at the time of the change of the regime – and the linguistic gap that is to say the ‘state of emergency’ does not cover all special legal orders in the Hungarian Basic Law. A significant difference is that while the previous constitution declared freedom of religion as a right that cannot be restricted during emergency, the Fundamental Law contains no special provision. The details had to be elaborated on by the Constitutional Court of Hungary (hereafter: CCH), which in its Decision No. 15/2021 (V.13.) CC stated that restrictions must be in connection with the emergency. Having regarded this general principle, the CCH upheld the government regulation and stated that State restrictions on many spheres of life, which varied according to the event – while there was no formal ban on religious services, funerals were allowed up to 50 people and family gatherings were allowed up to 10 participants, and there was a general ban on assemblies – were constitutional.

Professor Csink expressed his personal disagreement with the decision, since the ‘Coronavirus does not know what kind of occasion it was, so it can spread anyway.’ In Professor Csink’s opinion, the most important question was why the government was – in his words – ‘tiptoeing’? Why the government only asked the churches to ‘consider the pandemic situation’ – that is to say religious communities were free to decide on their own events – instead of issuing obligatory regulation? As Professor Csink emphasized, the state has the general obligation to protect life and to avoid conflict with conscience and the state has to act deliberately, since it is hard to decide whether a state regulation concerning religious issues is neutral or not by its nature (Csink 2021: 73-102; Csink 2021: 43-50).

The second presentation titled ‘*Nihil Est Tam Inaequale Quam Aequitas Ipsa* – The Issue of Confessional Communities in Serbia’ was held by Dr. Dalibor Đukić (University of Belgrade). Dr. Đukić’s, in his presentation, analysed the problematic issues of the two-tier or multi-tier systems of religious communities, which is a characteristic feature of the region. Dr. Đukić referred to Professor Schanda, who had already pointed out this similarity in his presentation. Subsequently, Dr. Đukić introduced the Serbian system, which is a three-tier system through the lens of the motto of his presentation, namely ‘*Nihil Est Tam Inaequale Quam Aequitas Ipsa*’ that is ‘nothing is so unequal like equality itself’. He also used the thoughts of Dr. Gerhard Robbers as a guideline, who said that: ‘To safeguard religious liberty the correct paradigm is equal rights, not identical rights.’ Having regarded the above, Dr. Đukić introduced the current legal framework, namely the ‘Law on the Repeal of Certain Laws and Other Regulations’ enacted in 1993. In the spirit of ‘*restitutio in integrum*’ – which took place after the fall of the communist regime – the ‘Traditional Churches and Religious Communities’ – namely Serbian Orthodox Church, Roman Catholic Church, Slovak Evangelical Church, Christian Reformed Church, Evangelical, Christian Church, Islamic Religious Community, Jewish Religious Community – constitute the ‘top tier’. Requirements for registration in this tier are usually burdensome, they have to prove that they have had ‘historical continuity within Serbia for many centuries’. These religious confessions enjoy tax benefits and state funding and access to public institutions, including religious instruction in public schools. The religious confessions at the second tier – called ‘Confessional communities’ – have the ability to obtain some privileges, but not to the same extent as the religious organizations that belong to the highest tier. Religious confessions at the lowest tier – called ‘other religious organizations’ – have a basic form of legal personality and do not enjoy any advantages or benefits (Đukić 2014: 56-77).

As the third presenter of the first panel, Prof. Dr. Damian Němec (Palacký University, Olomouc) gave his lecture on 'Freedom of Artistic Expression and Protection of the Dignity of Religion in the Light of a Lawsuit over a Theatrical Performance in the Czech Republic'. In his presentation, first of all, Professor Němec provided a historical overview on constitutional guarantees and criminal protection of the freedom of religion as well as freedom of artistic expression by examining several laws from three historical periods (including Constitutional act no. 121/1920 Sb. z. a n.; Act no. 117/1852 RGBI., Penal Code; Constitutional act no. 150/1948 Sb., Constitutional act no. 100/1960 Sb., Constitutional act no. 100/1960 Sb.; Act no. 86/1950 Sb., Penal Code, Act no. 140/1961 Sb., Penal Code; Constitutional act no. 23/1991 Sb. = 2/1993 Sb.; Act no. 40/2009 Sb., Penal Code). Then Professor Němec presented three examples of lawsuits over theatrical performances besides explaining the reasons for refusal of these actions (applicants' lack of active legitimacy, applicants' lack of protection of the state flag, collision of prevailing freedom of artistic expression over other freedoms). Lastly, Professor Němec mentioned a case filed to the Czech constitutional court with no results that probably will be lodged with the ECtHR in the near future (Němec 2021: 39-72).

The next presenter of the first panel was Prof. Dr. Vojtech Vladár (Comenius University, Bratislava) who gave the lecture on 'Freedom of Conscience and Religion in the Family Law in the Slovak Republic'. Firstly, Professor Vladár emphasized the role and significance of churches and religion in the Slovak society and provided a brief historical overview of this issue. Within his historical overview, Professor Vladár pointed out the strong links between religion and family, i.e. canon law and family law (monogamy, the issue of abortion, church/civil marriages, etc.). In the rest of his presentation, Professor Vladár discussed and elaborated such issues in detail, besides adding some *de lege ferenda* conclusions (Vladár 2021: 171-210).

Prof. UO Paweł Sobczyk (University of Opole) was the last speaker of the first panel, giving the lecture under the title 'The necessity of Protecting Religious Feelings under Criminal Law in a Democratic State'. In his presentation, Professor Sobczyk outlined the importance of establishing guarantees of religious feelings, including national and international guarantees. He also highlighted the procedural protection of religious feelings, such as the right to a fair trial and the ombudsman-type protection. Professor Sobczyk shared his research findings on criminal law issues from the perspective of constitutional law, providing also a case analysis to illustrate his topic (Sobczyk 2021: 103-140).

The first lecture of the last panel was given by Ass. Prof. Dr. Vanja-Ivan Savić (University of Zagreb) with the title of 'Croatia as Italy? The presence of Religion on the Public School System'. Ass. Prof. Vanja-Ivan made a very

friendly gesture to the audience and expressed his thanks for his participation in the Central European Professors' Network, as well as at the conference in Hungary. In his lecture, when he recalled the *Lautsi and Others v. Italy* case before the ECtHR, Ass. Prof. Vanja-Ivan referred to the applicability of the margin of appreciation doctrine before the ECtHR in cases coming from Central and Eastern European states in the context of presence of religious symbols in public schools. He underlined, as his main message, that family should remain the core of society, and hopefully the values of Western and Eastern Europe are the same, even though they are not seen to be on a par. As he said: 'The two »Europes« must sit at the same table' (Savić 2021: 11-38).

Then the floor was given to Ass. Prof. Dr. Frane Staničić (University of Zagreb) who gave the presentation titled 'Religious Education in the Public Sphere in Slovenia'. In his introduction, Ass. Prof. Staničić devoted some remarks to the importance of school and education and a brief historical overview of this topic. He also described the state-church relations models with special regard to the Slovenian tendencies, analysed the Religious Freedom Act and the Education Act while explaining features of the religious education in Slovenia (Staničić 2021: 211-244).

The last speaker of the second panel was Dr. Michał Poniatowski (Cardinal Stefan Wyszyński University, Warsaw) who shared his thoughts on 'Freedom of Conscience and Religion in Private Schools' with the participants. Dr. Poniatowski divided his lecture into the following sections: in the introduction, he described the freedom of religion as a fundamental right and, likewise Ass. Prof. Vanja-Ivan, he made reference to the *Lautsi and Others v. Italy* case before the ECtHR; next, he provided a brief historical overview on the freedom of religion in private schools, then outlined the sources of this issue and labelled the freedom of conscience and religion as a highly ranked one in the hierarchy of values. When assessing the selected case-law of his topic, Dr. Poniatowski pointed to the very complex object of this fundamental right (Poniatowski 2021: 245-272).

At the end of the conference, Professor Szilágyi added his final remarks and thanked for the annual cooperation and the fruitful research. At this point, certificates were also granted to the participating presenters. Additionally, all the presenters were invited to join the Central-European Association of Comparative Law, which was set up in 2021 in order to conduct comparative law research, write papers related to private and public law, as well as European and international law, focusing on the Central-Eastern-European region, and to formulate proposals and opinions for the academic community of the Central and Eastern European region, international organisations and public bodies, in particular legislators and law enforcement bodies, with special regard to the promotion and development of the application of certain legal instruments domestically and abroad.

References

Case Law

Lautsi and Others v. Italy, ECtHR, No. 30814/06, judgment of 18 March 2011.
Case of the Constitutional Court of Poland 20 April 1993, case No. U 12/32.

Secondary sources

- Csink, Lóránt. 2021. The Legal Regulation of Religious Symbols in the Public Sphere in Hungary. In: *Religious Symbols in the Public Sphere*, (ed.) Paweł Sobczyk, 73-102. Budapest–Miskolc: Ferenc Mádl Institute of Comparative Law – Central European Academic Publishing.
- Csink, Lóránt. 2021. Constitutional Rights in the Time of Pandemic. *Hungarian Yearbook of International Law and European Law* 9(1): 43-50.
- Đukić, Dalibor. 2014. Negativni aspekt slobode veroispovesti u praksi Evropskog suda za ljudska prava (Negative Aspect of Freedom of Religion in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights). *Harmonius Journal of Legal and Social Studies in South-East Europe* 1: 56-77.
- Némec, Damián. 2021. The Legal Regulation of Religious Symbols in the Public Sphere in the Czech Republic. In: *Religious Symbols in the Public Sphere*, (ed.) Paweł Sobczyk, 39–72. Budapest–Miskolc: Ferenc Mádl Institute of Comparative Law – Central European Academic Publishing.
- Poniatowski, Michał. 2021. Religious Symbols in the Public Sphere in the Case Law of the European Court of Human Rights. In: *Religious Symbols in the Public Sphere*, (ed.) Paweł Sobczyk, 245-273. Budapest–Miskolc: Ferenc Mádl Institute of Comparative Law – Central European Academic Publishing.
- Savić, Vanja-Ivan. 2021. The Legal Regulation of Religious Symbols in the Public Sphere in Croatia. In: *Religious Symbols in the Public Sphere*, (ed.) Paweł Sobczyk, 11-39. Budapest–Miskolc: Ferenc Mádl Institute of Comparative Law – Central European Academic Publishing.
- Schanda, Balázs. 2015. Concordatarian law and the domestic legal system. Equal freedom for everyone? In: *Freedom of Conscience and Religious Freedom*, (eds.) Michaela Moravčíková and Marek Šmid. Prague: Nakladatelství Leges.
- Staničić, Frane. 2021. Religious Education in the Public Sphere in Slovenia. *Law, Identity and Values* 1(2): 143–162.
- Stanisz, Piotr. 2016. Obecność krzyża w przestrzeni publicznej w kontekście wolności myśli sumienia i religii. Perspektywa polska. In: *Obecność krzyża w przestrzeni publicznej. Doświadczenia niektórych państw europejskich*, (eds.) Piotr Stanisz, Michał Zawisłak, Marta Ordon. Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Vladár, Vojtech. 2021. The Legal Regulation of Religious Symbols in the Public Sphere in Slovakia. In: *Religious Symbols in the Public Sphere*, (ed.) Paweł Sobczyk, 171–210. Budapest–Miskolc: Ferenc Mádl Institute of Comparative Law – Central European Academic Publishing.

EDITORS / REDAKTORZY

Kamila Byrtek (teksty polskojęzyczne)
Jacek Jędrzejowski (teksty anglojęzyczne)

TECHNICAL EDITOR / REDAKTOR TECHNICZNY

Jolanta Brodziak

TYPESETTING AND LAYOUT / SKŁAD I ŁAMANIE

Jolanta Brodziak

PROOFREADING / KOREKTA

Paulina Gruszecla (teksty polskojęzyczne)
Jacek Jędrzejowski (teksty anglojęzyczne)

COVER DESIGN / PROJEKT OKŁADKI

Jolanta Brodziak

© Copyright by Uniwersytet Opolski
Opole 2022

ISSN 1731-8297
e-ISSN 6969-9696

Wydawnictwo Uniwersytetu Opolskiego, 45-365 Opole, ul. Dmowskiego 7-9.

Wydanie I.

Składanie zamówień: tel.: 77 401 67 46; e-mail: wydawnictwo@uni.opole.pl

