

UNIwersytet w Białymstoku
Wydział Prawa

BIAŁOSTOCKIE STUDIA
PRAWNICZE

BIAŁOSTOCKIE STUDIA
PRAWNICZE



Zeszyt nr 13

Redaktor Naukowy Wydawnictwa Temida 2: Cezary Kosikowski

Przewodniczący Rady Naukowej Wydawnictwa Temida 2: Emil W. Plywaczewski

Rada Naukowa:

Członkowie z Uniwersytetu w Białymstoku: Stanisław Bożyk, Leonard Etel, Ewa M. Guzik-Makaruk, Adam Jamróz, Dariusz Kijowski, Cezary Kosikowski, Cezary Kulesza, Agnieszka Malarewicz-Jakubów, Maciej Perkowski, Stanisław Prutis, Eugeniusz Ruśkowski, Walerian Sanetra, Joanna Sieńczyło-Chlabicz, Ryszard Skarzyński, Halina Świączkowska, Jaroslav Volkonovski, Mieczysława Zdanowicz

Członkowie z Polski: Marian Filar (Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu), Edward Gniewek (Uniwersytet Wrocławski), Lech Paprzycki (Sąd Najwyższy)

Członkowie Zagraniczni: Lidia Abramczyk (Państwowy Uniwersytet im. Janki Kupały w Grodnie, Białoruś), Vladimir Babčak (Uniwersytet w Koszycach, Słowacja), Renata Almeida da Costa (Uniwersytet La Salle, Brazylia), Chris Eskridge (Uniwersytet w Nebrasce, USA), Jose Luis Iriarte Angél (Uniwersytet Navarra, Hiszpania), Marina Karasjewa (Uniwersytet w Woroneżu, Rosja), Aleksiej S. Kartsov (Federalny Trybunał Konstytucyjny w Sankt Petersburgu, Rosja), Bernhard Kitous (Uniwersytet w Rennes, Francja), Jolanta Kren Kostkiewicz (Uniwersytet w Bernie, Szwajcaria), Martin Krygier (Uniwersytet w Nowej Południowej Walii, Australia), Anthony Minnaar (Uniwersytet Południowej Afryki, Republika Południowej Afryki), Antonello Miranda (Uniwersytet w Palermo, Włochy), Petr Mrkyvka (Uniwersytet Masaryka, Czechy), Marcel Alexander Niggli (Uniwersytet we Fryburgu, Szwajcaria), Andrej A. Novikov (Państwowy Uniwersytet w Sankt Petersburgu, Rosja), Sławomir Redo (Uniwersytet Wiedeński, Austria), Jerzy Sarnecki (Uniwersytet w Sztokholmie, Szwecja), Rick Sarre (Uniwersytet w Południowej Australii, Australia), Kevin Saunders (Uniwersytet Stanowy Michigan, USA), Bernd Schünemann (Uniwersytet w Monachium, Niemcy), Sebastiano Tafaro (Uniwersytet w Bari, Włochy), Wiktor Trinczuk (Kijowski Państwowy Uniwersytet Ekonomii i Handlu, Ukraina)

Redaktor Naukowy Białostockich Studiów Prawniczych: Teresa Mróz

Sekretarz Białostockich Studiów Prawniczych: Magdalena Perkowska

© Copyright by Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, Temida 2, Białystok 2013

Żadna część tej pracy nie może być powielana i rozpowszechniana w jakiegokolwiek formie i w jakiegokolwiek sposób (elektroniczny, mechaniczny), włącznie z fotokopiowaniem – bez pisemnej zgody wydawcy.

Wersja papierowa jest wersją pierwotną Białostockich Studiów Prawniczych.

ISSN 1689–7404

Redaktorzy językowi: Ewa Brajczewska (język polski), Denis Sołodow (język rosyjski), Charles Szymanski (język angielski)

Redaktor statystyczny: Ewa Glińska

Redaktorzy tematyczni tomu: Piotr Niczyporuk, Piotr Kołodko, Karol Kuźmicz

Sekretarz tomu: Piotr Kołodko

Opracowanie graficzne i typograficzne: Jerzy Banasiuk

Projekt okładki: Bauhaus

Wydawca: Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, Temida 2

Każdy zeszyt można nabyć w Wydawnictwie Temida 2, adres: ul. A. Mickiewicza 1, 15-213 Białystok, e-mail: temida2@uwb.edu.pl, tel. 85 745 71 68

Spis treści

Wstęp9

ОЛЬГА О. БАКАЛИНСКАЯ
KŁOWSKI PAŃSTWOWY UNIwersYTET EKONOMII I HANDLU

Добросовестность, разумность и справедливость в современном
гражданском праве13

Виктор В. Тринчук, Татьяна В. Тринчук
KŁOWSKI PAŃSTWOWY UNIwersYTET EKONOMII I HANDLU

Договор страхования как способ реализации страховых правоотношений23

Светлана В. Волосович
KŁOWSKI PAŃSTWOWY UNIwersYTET EKONOMII I HANDLU

Правовые проблемы развития институтов инфраструктуры
страхования кредитных рисков в Украине35

Александр В. Саленко, Яня В. Мулярчик
BAŁTYCKI FEDERALNY UNIwersYTET IM. I. KANTA, UNIwersYTET W BIAŁYMSTOKU

Свобода собраний в Белоруссии и России: сравнительно-правовой анализ ...45

ZBIGNIEW NAWORSKI
UNIwersYTET MIKOŁAJA KOPERNIKA W TORUNIU

Stosunek do życia ludzkiego w prawie karnym Rzeczypospolitej szlacheckiej
(stan normatywny a praktyka)55

JUSTYNA KRZYWKOWSKA
UNIwersYTET WARMIŃSKO-MAZURSKI

Małżeński obowiązek ochrony życia w świetle nauczania Kościoła katolickiego..67

MARIA SZCZEPANIEC
UNIwersYTET KARDYNAŁA STEFANA WYSZYŃSKIEGO W WARSZAWIE

Etyczne i prawne aspekty dopuszczalności aborcji ze względów eugenicznych77

Spis treści

MARTA BRZEZIŃSKA, DANUTA TARNOWSKA
UNIwersYTET SZCZECIŃSKI

Ochrona życia i zdrowia oskarżonego w związku
z tymczasowym aresztowaniem.....85

ANETA ARKUSZEWSKA
UNIwersYTET RZESZOWSKI

Uchylenie postanowienia o uznaniu za zmarłego w trybie przyśpieszonym.....101

EDYTA DOŁĘGOWSKA, KATARZYNA KLIBISZ, ANNA TWORKOWSKA
UNIwersYTET W BIAŁYMSTOKU

Cywilnoprawna regulacja prawa do grobu115

ANNA BANASZEWSKA
UNIwersYTET WROCLAWSKI

Prawo do prywatności we współczesnym świecie.....127

ANNA GŁOGOWSKA
UNIwersYTET ŁÓDZKI

Handel ludźmi w celu usunięcia narządów w ujęciu prawnomiędzynarodowym .137

JUSTYNA FRONCZAK
UNIwersYTET W BIAŁYMSTOKU

Stalking z perspektywy interdyscyplinarnej147

JOLANTA ŁODZIŃSKA
UNIwersYTET KARDYNAŁA STEFANA WYSZYŃSKIEGO W WARSZAWIE

Stres zawodowy narastającym zjawiskiem w miejscu pracy.....159

MACIEJ TARASEK
UNIwersYTET ŚLĄSKI

Rzecznik Praw Podatnika – czy rozwiąże problemy polskiego podatnika?175

PAWEŁ LASKOWSKI
UNIwersYTET W BIAŁYMSTOKU

Ułatwienia w zakładaniu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
po 1 stycznia 2012 r. – spółka z o.o. a wzorzec umowy spółki z o.o.187

Spis treści

EWA KOTECKA
UNIwersytet Łódzki

Konsultacje społeczne i referendum jako formy partycypacji społecznej w sprawowaniu władzy samorządowej.....	201
Recenzja książki.....	211
Wybrana literatura.....	219

WSTĘP

Możemy się zastanawiać, czy życie człowieka od początku związane jest z prawem. Jednakże nie mamy żadnych wątpliwości co do tego, że prawo od czasów najdawniejszych, poprzez swoje bogate tradycje i dzieje, do dnia dzisiejszego związane jest z życiem. W istocie prawo wykracza poza granicę narodzin człowieka i jego śmierci. Zaczyna działać jeszcze przed urodzeniem się człowieka, chociażby poprzez regulacje prawne odnoszące się do *nasciturusa*, a po zakończeniu życia ważne miejsce zajmują przepisy spadkowe spełniające szereg funkcji społecznych i gospodarczych.

Życie człowieka jest bowiem z jednej strony tajemnicą, której prawdopodobnie nie poznamy aż do śmierci. Z drugiej strony, życie jest szczególną, a może nawet wyjątkową formą egzystencji ludzkiej. Przejawia się ono w rozmaitych sferach związanych z aktywnością człowieka na wielu płaszczyznach jego życia indywidualnego i zbiorowego. Prawo i życie są do tego stopnia ściśle związane, że nie można obecnie mówić o życiu bez odniesienia do prawa, które to stara się wpływać i regulować różne przejawy tegoż życia.

W niniejszym zeszycie zebraliśmy siedemnaście artykułów autorów z Białorusi, Rosji, Ukrainy oraz Polski, podejmujących problematykę prawa i życia. Poruszone w nich zagadnienia potwierdzają różnorodność i bogactwo życia ludzi w odniesieniu do regulacji prawnych.

Zeszyt otwierają cztery prace w języku rosyjskim, w których autorzy zajmują się współczesnym prawem stanowionym w ich kraju oraz prawodawstwem krajów sąsiednich, w szczególności Polski i Ukrainy.

W pierwszym tekście Olga Oliegowna-Bakalinskaja prezentuje cechy stosowania „klasycznych” pojęć oceniających prawo cywilne, którymi są: sumiennosc, rozsadek i uczciwosc. Moralny i etyczny charakter omawianych pojęć przewiduje, że przy ich realizacji jednostki cywilnoprawne będą wykonywać swoje obowiązki, opierając się na sprawiedliwosci i moralności.

W artykule Wiktora Trinczuka zostały zaprezentowane teoretyczne aspekty sporządzania umowy ubezpieczenia i jej związek z pojęciami „polisa ubezpieczeniowa” i „zaświadczenie ubezpieczeniowe”, jak również rola tych dokumentów w działalności ubezpieczeniowej. Szczególną uwagę poświęcono istotnym warunkom umowy ubezpieczeniowej, zgodnie z Ustawą Ukrainy „O ubezpieczeniach” w kodeksie cywilnym i handlowym.

Kolejny tekst, autorstwa Swietłany W. Wołosowicz, traktuje o problemach związanych z funkcjonowaniem instytucji infrastruktury ubezpieczenia kredytów na Ukrainie. Ukazane zostały ich zalety, jak również tendencje rozwojowe.

W czwartym artykule rosyjskojęzycznym autorzy Aleksandr Salienko i Jana Muljarczyk przeprowadzają analizę porównawczą prawodawstwa o wolności zgromadzeń na Białorusi i w Rosji. Istotną rolę odgrywa poznanie istniejących problemów dotyczących egzekwowania prawa podczas organizacji i przeprowadzania publicznych imprez na terenie Białorusi i Rosji, a także zapoznanie się z wnioskami i zaleceniami wiążącymi się z poprawą i dalszą harmonizacją prawa o zgromadzeniach publicznych.

Przechodząc do tekstów autorów z Polski należy podkreślić, iż podejmowane przez nich zagadnienia wiążą się z wieloma gałęziami prawa, głównie karnego, cywilnego, międzynarodowego publicznego i podatkowego.

Autorem pierwszego artykułu jest Profesor UMK w Toruniu Zbigniew Naworski, który przedstawia stosunek do życia ludzkiego w prawie karnym Rzeczypospolitej szlacheckiej. Ujmuje go w dwóch aspektach, po pierwsze ochrony życia i zdrowia w dawnym prawie karnym, po drugie w aspekcie wykonywania kary śmierci.

Z kolei Justyna Krzywkowska w swoim artykule o małżeńskim obowiązku ochrony życia opowiada się za jego bezwarunkową ochroną, zgodną z szacunkiem dla godności człowieka i poszanowaniem prawa naturalnego.

W artykule Marii Szczepaniec rozważane są kwestie etyczne i prawne dopuszczalności aborcji ze względów eugenicznych. Jak wynika z jej rozważań, problematyka prawnego zakazu aborcji (nie tylko ze względów eugenicznych) to z etycznego punktu widzenia problem nierozstrzygalny. Natomiast obecna regulacja prawna stanowi pewien kompromis w świetle pojawiających się sporów, dylematów i kolizji wartości.

Marta Brzezińska wspólnie z Danutą Tarnowską, przede wszystkim w oparciu o polski k.p.k., szczegółowo opisują zagadnienie ochrony życia i zdrowia oskarżonego w związku z tymczasowym aresztowaniem. Według nich, zawsze należy brać pod uwagę stan zdrowia oskarżonego w każdym wypadku, gdy w związku ze stosowaniem tego najsurowszego środka mogłoby dojść do utraty życia lub znacznego pogorszenia stanu zdrowia oskarżonego.

Dwa kolejne artykuły są ściśle ze sobą związane, gdyż dotyczą śmierci człowieka. Pierwszy, Anety Arkuszewskiej, poświęcony został uchynieniu postanowienia o uznaniu za zmarłego w trybie przyśpieszonym. Drugi natomiast, autorstwa trzech pań: Edyty Dołęgowskiej, Katarzyny Klibisz i Anny Tworkowskiej, dotyczy cywilnoprawnej regulacji prawa do grobu. Ich zdaniem, swoistość stosunku cywilnoprawnego, jakim jest prawo do grobu, polega przede wszystkim na przenikaniu

praw majątkowych i osobistych, z których te ostatnie mają zazwyczaj charakter dominujący, co decyduje o bezwzględnym i nietypowym charakterze wynikającego zeń prawa podmiotowego.

Następny artykuł, Anny Banaszewskiej, porusza problem prawa do prywatności we współczesnym świecie. Autorka rozważa tytułowe zagadnienie w aspekcie prawa do poszanowania życia prywatnego oraz ochrony danych osobowych, zwłaszcza w kontekście rozwoju technologicznego.

Równie poważne zagadnienie rozważa Anna Głogowska charakteryzując współczesny handel ludźmi w celu usunięcia narządów w ujęciu prawnomiędzynarodowym. Autorka podkreśla, iż handel ludźmi jest dzisiaj zjawiskiem globalnym, stanowiącym rażąco naruszenie praw podstawowych, nieodłącznie związanych z godnością człowieka.

Przedmiotem artykułu Justyny Fronczak jest interdyscyplinarne zjawisko stalkingu. Aby w pełni zrozumieć stalking, niezbędne jest odwołanie się do wiedzy z zakresu psychologii, socjologii i kryminologii.

Stalkerzy mogą korzystać z rozmaitych urządzeń elektronicznych, takich jak aparaty fotograficzne, komputery, telefony komórkowe, urządzenia GPS, a także bardziej zaawansowanych technologicznie urządzeń umożliwiających im włamywanie się do czyjegoś komputera i uzyskiwanie dostępu do prywatnych danych.

Artykuł Jolanty Łodzińskiej dotyczy problemu stresu zawodowego jako współcześnie narastającego zjawiska w miejscu pracy. Stres najczęściej przyczynia się do niepewności, powoduje frustrację, a także nerwice. Ponieważ nie ma sposobu, aby uniknąć stresu, ludzie muszą się przyzwyczaić do życia w nim oraz nauczyć się radzić sobie z jego destrukcyjnym wpływem.

W kolejnym artykule Maciej Tarasek stawia pytanie, czy Rzecznik Praw Podatnika rozwiąże problemy polskiego podatnika. Według niego, nie można jednoznacznie na nie odpowiedzieć, zważywszy na niemożność mówienia o polskim „systemie podatkowym”, gdyż ten powinien się charakteryzować spójnością, której – jego zdaniem – na razie brakuje.

Tekst Pawła Laskowskiego porusza kwestię ułatwień w zakładaniu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością po 1 stycznia 2012 r. – spółka z o.o. a wzorzec umowy spółki z o.o. Odwołując się do kodeksu spółek handlowych, prezentuje szereg formalnych wymogów związanych z zakładaniem tego typu spółek oraz ochroną prawną obrotu gospodarczego. Jak podkreśla sam autor, optymistyczne na przyszłość jest to, że dokonując ogólnej oceny niedawno wprowadzonych do systemu prawnego rozwiązań, należy stwierdzić, że są na pewno dobrym początkiem.

W ostatnim artykule Ewa Kotecka podkreśla rolę udziału mieszkańców w procesach decyzyjnych na szczeblu samorządowym, uwypuklając fakt, iż w państwach demokratycznych prawo obywateli do kierowania i zarządzania sprawami publicznymi stanowi jedną z podstawowych zasad ustrojowych. Autorka akcentuje również obligatoryjność i fakultatywność stosowania referendum gminnego i konsultacji społecznych oraz podkreśla fakt, iż na gruncie polskiego prawa samorządowego podstawowe różnice między tymi obiema instytucjami dotyczą zarówno celów, jakim one służą oraz skutków, jakie wywierają.

Podsumowując wszystkie teksty, należy zwrócić uwagę na różnorodność ich problematyki związanej z bardzo szeroko rozumianym zarówno prawem, jak i życiem. Odwołując się do słynnej myśli Cycerona, który mawiał, że życie jest myśleniem (*Vivere est cogitare*, Cic. *Tus. disp.*, 5,38,111) możemy stwierdzić, że prawo z życiem się wiąże i nieustannie czerpie z życia to, co jest w nim często zaskakujące i nowatorskie. Potwierdzają to wszystkie artykuły tegoż zeszytu, które są przejawem autorskich rozważań na temat wzajemnych relacji i związków prawa z życiem, a życia z prawem.

Redaktorzy

ДОБРОСОВЕСТНОСТЬ, РАЗУМНОСТЬ И СПРАВЕДЛИВОСТЬ В СОВРЕМЕННОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Развитие гражданского права на современном этапе характеризуется возвратом к классическим морально-этическим основам частного права. Переосмысление их роли и значения позволяет предопределить дальнейшее развитие всего гражданского права. Категории добросовестности, разумности и справедливости традиционно относят к классическим оценочным понятиям частного права. Благодаря их существованию гражданско-правовое регулирование приобретает необходимую гибкость, так как суд при их применении имеет возможность учитывать обстоятельства конкретного дела. Одновременно с этим, использование оценочных категорий связано с определением субъективизму при применении и толковании соответствующих норм права. Кроме того, с расширением сферы частноправового регулирования, возрастает и степень неопределенности норм гражданского права, призванных регулировать постоянно меняющиеся общественные отношения, а также устранять пробелы и коллизии гражданско-правового регулирования. Исследованию вопроса применения оценочных понятий посвящены труды С. Алексеева, В. Асмуса, В. Биленко, И. Бабич, А. Васильева, В. Жеребкина, И. Зайцевой, Т. Коломоец, В. Косовича, П. Лютикова, Д. Павленко, В. Примака, И. Титко, И. Турчин-Кукариной, и др. Среди современных российских исследователей выделяются труды: Е. Богданова, Е. Богдановой, Ю. Виниченко, В. Грибанова, Т. Дроздовой, Д. Левиной, С. Ивановой, М. Лукьяненко, Г. Нигматдинова, А. Малиновского, Л. Щенниковой. В украинской правовой науке вопрос применения категорий, добросовестности, разумности и справедливости в гражданском праве остается недостаточно исследованным, но очень актуальным, учитывая то, что эти понятия все чаще используются при регулировании хозяйственных, жилищных, семейных правоотношений, определяя содержание защиты прав и законных интересов их участников.

Целью статьи является исследование особенностей определения содержания «классических» оценочных понятий гражданского права, таких как добросовестность, разумность и справедливость.

Анализ норм гражданского законодательства позволяет сделать вывод, что оно оперирует огромным количеством оценочных понятий, одни из которых получают развернутое определение, другие обозначаются одним термином, точный смысл которого не определен. При всей множественности оценочных понятий в гражданском праве, мы считаем, что наиболее распространенными оценочными понятиями украинского гражданского права являются понятия «добросовестность», «разумность», «справедливость». В соответствии с положениями ст. 12 Гражданского кодекса Украины (далее – ГК Украины) лицо осуществляет свои гражданские права свободно, и по своему усмотрению ... если законом установлены правовые последствия недобросовестного или неразумного осуществления лицом своего права, считается, что поведение лица является добросовестным и разумным, если иное не установлено судом. Таким образом, в действующем гражданском законодательстве установлена презумпция правомерности, добросовестности, разумности действий участников гражданских правоотношений..

В решении Конституционного суда Украины от 2.11.2004 г. № 15-рп/ 2004 отмечено, что согласно части первой статьи 8 Конституции Украины в Украине признается и действует принцип верховенства права. Верховенство права - это господство права в обществе. Верховенство права требует от государства его воплощения в правотворческой и правозащитной деятельности, в частности законы должны быть проникнуты, прежде всего, идеями социальной справедливости, свободы и равенства. Одним из проявлений верховенства права является то, что право не ограничивается лишь законодательством как одной из его форм, а включает и другие социальные регуляторы, в частности нормы морали, традиции, обычаи и т.д., которые легитимированы обществом и обусловлены исторически достигнутым культурным уровнем общества. Все эти элементы права объединяются в соответствии с идеологией справедливости, идеей права, которая получила свое отражение в Конституции Украины. Такое понимание права не дает оснований для его отождествления с законом, который иногда может быть и несправедливым, в том числе ограничивать свободу и равенство лиц. Справедливость - один из основных принципов права, является одним из общечеловеческих измерений права¹. Диспозитивность гражданского права проявляется в основополагающем его принципе - в принципе свободы договоров. Стороны свободны при заключении договора, выборе контрагентов и определении условий договора, но с учетом требова-

1 <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04>

ний актов гражданского законодательства, обычаев делового оборота, требований разумности и справедливости (ст. 627 ГК Украины)². В гражданском праве справедливость принято относить к оценочным понятиям вместе с добросовестностью и разумностью. Появление оценочно-нравственных понятий в законодательных актах, созданных на этапе перехода к новым рыночным отношениям, свойственно не только украинской системе права. Эта закономерность характерна и для иностранных правовых порядков. Так, Е. А. Фарнепорт отмечает, что в США в период становления системы рыночного хозяйства отмечалось расширение использования более общих формулировок по сравнению с обычным законодательством США. Эта «нарочитая неопределенность» предоставила решающую роль судам в толковании законов и приспособлении их к меняющимся условиям рынка. Вместо того, чтобы устанавливать четкие и жесткие правила, законодатель призвал суды руководствоваться следующими общими, нравственными правилами, закрепленными в законе, как правила разумности, добросовестности и справедливости³. В цивилистике существует несколько позиций относительно характеристики категории справедливости. Так, Л. Щенникова считает, что принцип справедливости реализуется в принципах гражданского права⁴. Критерии реализации принципа справедливости в гражданском законодательстве находят свое отражение в ст. 3 ГК Украины. С. Иванова указывает, что принцип справедливости (как общий принцип права) нашел воплощение в принципах разумности и добросовестности (как отраслевых принципах права). Он «растворился» в огромном массиве гражданского законодательства, найдя свое выражение в понятиях разумности и добросовестности⁵. В. Белов, напротив, отмечает, что принцип добросовестности является обобщающим по отношению к принципам разумности и справедливости⁶. Признавая безусловную взаимосвязь между указанными понятиями, считаем, что их нужно рассматривать как самостоятельные. А понятие справедливости в гражданском праве, подчеркивая специфику гражданского права как частного, реализуется через основные принципы гражданско-правового регулирования, такие как равенство сторон, имущественная самостоятельность и автономия воли. Основные принципы гражданского законодательства, закрепленные в ст. 3 ГК Украины, являются основными элементами реализации понятия справедливости в гражданском праве. Соответственно нарушение

2 Бабич І.Г. Принцип справедливості в римському праві і у сучасному зобов'язальному праві України. - Дис.с.к.ю.н. Одеса., 2008. - С. 49-50

3 Мозолин В. П., Фарнепорт Е. А. Договорное право в США и СССР. История и общие тенденции. М.: Наука, 1988. - С. 13.

4 Щенникова Л. В. Справедливость и добросовестность в гражданском праве России (несколько вопросов теории и практики) // Государство и право. 1997. № 6. С. 120.

5 Иванова С. А. Некоторые проблемы реализации принципа социальной справедливости, разумности и добросовестности в гражданском праве // Законодательство и экономика. 2005. № 4. - С. 31.

6 Белов В. А. Добросовестность, разумность, справедливость как принципы гражданского права // Законодательство. 1998. № 8. - С. 50.

хотя бы одного из основных начал гражданского законодательства ведет к несоблюдению принципа справедливости в гражданском праве.

Категория добросовестности (*bona fides*) появилась в римском частном праве. При этом «*bona fides*» в объективном смысле касалась обязательств, а в субъективном - прав⁷. В то же время большинство исследователей указывают на то, что категория добросовестности является нравственной и поэтому пытаться жестко определить ее в законе, договоре или решении суда практически невозможно, а в отдельных случаях и не стоит. В частности, И. Покровский приводит такое высказывание немецкого исследователя Е. Эрлиха по поводу определения понятия добросовестности: «Что такое по немецкому праву злоупотребление правом, в каких случаях имеет место нарушение «*Treu und Glauben*», или «добрых нравов» - этого мы пока не знаем потому, что закон по этому поводу ничего не говорит, мы узнаем об этом только из судебных решений лет через сто»⁸. Б. Зеллер в результате своего исследования категории «добросовестность» пришел к выводу, что, несмотря на ее «соблазнительную простоту», добросовестность является неуловимым понятием⁹. И. Покровский анализируя понятие добросовестности выступал против значительного расширения этого понятия, в частности в судебных решениях, ссылаясь на то, что использование широкого подхода к определению понятия «добросовестность» может привести к полному судебному контролю всего гражданского оборота на основании субъективных и произвольных представлений о «справедливости», «социальных идеалах» и т.д.¹⁰. Нужно отметить, что применение понятия добросовестности связано со сложившимся в обществе отношением к базовым морально-этическим категориям добра и зла, добросовестности-вины-недобросовестности. Категория «добросовестность» важна не только с точки зрения юридической техники, но и с точки зрения общественной морали, которая, развиваясь в условиях постоянной неопределенности и потери приоритетов, трясет базовый цивилизационный смысл.

И. Новицкий, анализируя подходы к определению понятия добросовестности, отмечал: «многочисленные случаи, когда гражданско-правовые нормы прямо или косвенно привлекают принципы доброй совести, можно свести к двум основным группам. В одних случаях добрая совесть выступает в объективном смысле, как известное внешнее мерило, которое принимается во внимание законом, судом, применяющим закон, и которое рекомендуется членам

7 Краснова С.А. Определение понятия «добросовестность» в российском гражданском праве // Журнал российского права. М. : 2003.- № 3.- С.6.

8 Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.Статут. 1998., - С. 275

9 Zeller B. Good faith – The Scarlet Pimpernel of the CISG // [http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zeller2.html.] 2000

10 Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.Статут. 1998., - С. 261

гражданского оборота в их отношениях друг с другом ... В других случаях категория доброй совести воспринимается в субъективном смысле, как некое восприятие того или иного лица, его осведомленность или неосведомленность по поводу определенных обстоятельств, с которыми закон связывает те или иные юридические последствия»¹¹.

Современные ученые пытаются совместить объективные и субъективные подходы к определению понятия «добросовестность». Е.Богданова отмечает, что под добросовестностью следует понимать такую систему представлений о нравственности, поведении при осуществлении и защите прав, исполнении обязанностей, которая сложилась в обществе и признана законом, обычаями или судебной практикой¹².

М. Лукьяненко выделяет следующие признаки добросовестности: честность, искренность, сознание, исполнительность, аккуратность в выполнении гражданско-правовых обязанностей¹³. По нашему мнению, следует согласиться с тем, что понятие «добросовестность» имеет двоякий характер. В объективном смысле добросовестность представляет собой определенные нормы права, обычаями делового оборота требования предъявляемая, предъявляемые к поведению неопределенного круга участников гражданских правоотношений. В субъективном смысле добросовестность это оценка поведения субъекта гражданских правоотношений в соответствии со сложившимися в обществе нормами морали, уважения к правам других участников правоотношений.

Развитие международного сотрудничества и гармонизация законодательства в сфере гражданско-правового оборота привела к формированию качественно новых подходов к закреплению содержания классических оценочных понятий гражданского права, таких как добросовестность, разумность и справедливость. Так, значительной вехой в развитии торгового права (*lex mercatoria*) стала разработка Принципов международных коммерческих договоров¹⁴. Ст. 1.7 Принципов приказывает: «Каждая сторона обязана действовать в соответствии с принятыми в практике международной торговли добросовестностью и честной деловой практикой». Таким образом, добросовестность в данном акте предстает в качестве объективного стандарта, соотносимого с честной деловой практикой. Более того, согласно ст. 4.8, 5.9 Принципов добросовестность может использоваться как средство для определения содержания не закреплён-

11 Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права//Вестник Гражданского права. Петроград.-1916. - № 6-октябрь.

12 Богданова Е.Е. Добросовестность и право на защиту в договорных отношениях. М.: Закон и право. ЮНИТИ. 2010. – С. 26.

13 Лукьяненко М.Ф. Оценочные понятия гражданского права: разумность, добросовестность, существенность. М.: Статут. 2010. – 368-369

14 Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА)// www.unidroit.org/.../blackletter2010-russia..

ных в договоре условий или определения наличия обязательства. Важным шагом к созданию единообразной системы европейского договорного права стали Принципы Европейского договорного права (The Principles of European Contract law), созданные при поддержке Европарламента и Комиссии ЕС¹⁵. В Принципах европейского договорного права, составленных Оле Ландо, особое место отводится и принципу добросовестности (ст. 1:105). Предполагается, что каждая сторона обязана действовать в соответствии с этим принципом, и стороны не могут ограничить эту обязанность. Кроме того, стороны могут свободно заключать договоры и устанавливать их содержание согласно этому принципу (ст. 1:102). Следует отметить, что в Принципах часто встречается и понятие разумности, в частности, «разумное условие», «разумная сторона», «разумная цена» и т.п. Стоит отметить, что это понятие часто рассматривается как эквивалент добросовестности, особенно в праве Англии. В Принципах европейского договорного права, также содержится положение о том, что «разумность должна оцениваться, исходя из того, что лица действуют добросовестно в такой же ситуации, в которой их действия считаются разумными». Кроме того, как отмечается, «требование верности условиям договора, по сути, подчеркивает значение, которое придается добросовестности и разумности»¹⁶.

Понятие «разумность» в гражданском праве выступает как законодательное требование и как принцип права. И одновременно с этим, разумность рассматривается как начало права, т.е. первооснова права и как способность человека к мышлению и пониманию (интеллектуальность).

Л. Щенникова рассматривает разумность как требование законодательства ко всем участникам гражданских правоотношений, обязанных «руководствоваться в своих действиях умом»¹⁷. В. Молозин отмечает, что разумность - осознание правомерности своего поведения¹⁸. По мнению И. Емельянова, разумность - это интеллектуальная деятельность человека, характеризующая объективную сторону его действий. Однако, оценка действий лица осуществляется на основе сравнения действий участника гражданских правоотношений с поведением среднего разумного лица, поведение которого и выступает критерием для определения понятия «разумность»¹⁹. По нашему мнению, при осуществлении гражданских прав физические и юридические лица обяза-

15 Principles of European Contract Law. Parts I and II / Ed.: O. Lando, H. Beale. — The Hague ; London ; Boston : Kluwer Law, 2000; Principles of European Contract Law. Part III / Ed.: O. Lando, E. Clive, A. Prum, R. Zimmerman. — The Hague ; London ; New York : Kluwer Law, 2003.

16 Mazeaud D., Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen des contrats. Dalloz Chr. 2007. — 2962 p.

17 Щенникова Л. В. Справедливость и добросовестность в гражданском праве (несколько вопросов теории и практики) // Государство и право 1997. № 6. С. 119.

18 Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой. Под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. М., 2002.- 1069 с. <http://www.az-libr.ru/index.shtml?Law&Civil/ru/GK2004Abova/gka000>

19 Емельянов В. И. Недопустимость злоупотребления гражданскими нравами по российскому законодательству. Дисс. к. ю. н.. - М., 2001.- С. 61-63

ны соблюдать условия, установленные законом и иными правовыми предписаниями, то есть их поведение должно соответствовать моральным принципам общества (ст. 13, 19, 26, 319, ГК Украины). По нашему мнению, следует согласиться с Ю. Виниченко, которая считает, что основным объективным критерием понятия разумности является целесообразность, а другим - пропорциональность²⁰. Однако при определении разумности поведения лица надо также учитывать его возраст, образование и другие факторы. Разумность относится к неимущественным благам, и является определением добра в праве. Несоблюдение требований разумности означает злоупотребление правом, т.е. использование права с намерением причинить вред другому лицу или умышленное нарушение установленной меры и границ при реализации собственной свободы, и использование права в ущерб другим участникам правоотношений. Согласно ст. 13 ГК Украины в случае неразумного осуществления субъективного гражданского права, т.е. в случае совершения неразумного действия, лицу может быть отказано в защите данного права.

Выводы. Гражданско-правовому регулированию присуще стремление к формальной определенности. Однако, современное гражданское законодательство не может учесть всех возможных ситуаций, требующих правового регулирования. Учитывая это, законодатель использует оценочные понятия, основанные на соответствующих правилах и обычаях, нормах морали, этических канонах, принятых в обществе. Закрепление в нормах действующего гражданского законодательства требований добросовестности, разумности является реализацией принципа справедливости. Требование справедливости в большинстве случаев в нормах ГК Украины презюмируется, что требует от субъекта гражданско-правовых отношений выбора справедливой, добросовестной и разумной модели поведения. Морально-этический характер рассматриваемых понятий предусматривает, что при их реализации участники гражданских правоотношений, а также лица, применяющие положения ГК Украины, содержащие ссылки на разумность и добросовестность, реализуют свои морально-этические представления о праве, справедливости и морали. По нашему мнению, решения независимого справедливого суда, обладающего высоким моральным авторитетом в обществе, могут стать основой для формирования унифицированной позиции по вопросу применения оценочных понятий в частном праве, в частности, таких как добросовестность, разумность и справедливость.

20 Виниченко Ю.В. Разумность в гражданском праве Российской Федерации: Дис. канд. юрид. наук. Иркутск, 2003.. – С. 36-43

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бабич І.Г. Принцип справедливості в римському праві і у сучасному зобов'язальному праві України. - Дисс.к.ю.н. Одеса., 2008.
2. Белов В. А. Добросовестность, разумность, справедливость как принципы гражданского права // Законодательство. 1998. № 8.
3. Емельянов В. И. Недопустимость злоупотребления гражданскими нравами по российскому законодательству. Дисс. к. ю. н.. - М., 2001.
4. Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права//Вестник Гражданского права. Петроград.-1916. - № 6-октябрь.
5. Щенникова Л. В. Справедливость и добросовестность в гражданском праве России (несколько вопросов теории и практики) // Государство и право. 1997. №. 6.
6. Иванова С. А. Некоторые проблемы реализации принципа социальной справедливости, разумности и добросовестности в гражданском праве // Законодательство и экономика. 2005. № 4.
7. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой. Под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. М., 2002.
8. Краснова С.А. Определение понятия «добросовестность» в российском гражданском праве // Журнал российского права. М. : 2003.- № 3.
9. Лукьяненко М.Ф. Оценочные понятия гражданского права: разумность, добросовестность, существенность. М.: Статут. 2010.
10. Mazeaud D., Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen des contrats. Dalloz Chr. 2007.
11. Мозолин В. П., Фарневорт Е. А. Договорное право в США и СССР. История и общие тенденции. М.: Наука, 1988.
12. Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права//Вестник Гражданского права. Петроград.-1916. - № 6-октябрь.
13. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.Статут. 1998.
14. Principles of European Contract Law. Parts I and II / Ed.: O. Lando, H. Beale. — The Hague ; London ; Boston : Kluwer Law, 2000.
15. Principles of European Contract Law. Part III / Ed.: O. Lando, E. Clive, A. Prum, R. Zimmerman. — The Hague ; London ; New York : Kluwer Law, 2003.
16. Виниченко Ю.В. Разумность в гражданском праве Российской Федерации: Дис. канд. юрид. наук. Иркутск, 2003.

**GOOD FAITH, REASONABLENESS AND FAIRNESS
IN MODERN CIVIL LAW**

The article describes the features of ‘classical’ assessment of the civil law concepts of good faith, reasonableness and fairness. This is determined by the theoretical and legal approaches to the specification and interpretation of the norms of international treaties.

Key words: evaluative categories, good faith, reasonableness, fairness

ДОГОВОР СТРАХОВАНИЯ КАК СПОСОБ РЕАЛИЗАЦИИ СТРАХОВЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Необходимость существования института страхования заложена уже в самих основах человеческого бытия. Это предопределено возможностью возникновения непредсказуемых и неотвратимых событий, характеризующихся вероятностью наступления неблагоприятных последствий. Убытки от таких событий могут быть достаточно существенными, а часто и совсем не покрываемыми за счет собственных средств физических и юридических лиц. Кроме того, дополнительные средства могут понадобиться физическим лицам в случае наступления определенных событий, которые будут угрожать их жизни, здоровью или приведут к потере работоспособности и т.д. Поэтому страхователи заинтересованы в наличии другого источника средств для компенсации убытков. Таким источником дополнительных средств физические и юридические лица (страхователи) пользуются, заключая договоры страхования с финансовыми учреждениями, которые осуществляют страховую деятельность (страховщиками).

Следовательно, особенность правоотношений, которые возникают между субъектами на рынке страховых услуг, заключается в том, что предоставление страховой услуги оформляется договором страхования. Действующее законодательство Украины дает определение понятия договора страхования в трех нормативных актах: Гражданском кодексе Украины (ст. 979), Хозяйственном кодексе Украины (ст. 354), Законе Украины «О страховании» (ст. 16). В тоже время, анализ соответствующих норм перечисленных законодательных актов, а также научной литературы не дает возможность однозначно установить отличие между договором страхования и такими документами как страховой полис и страховое свидетельство, часто применяемыми в страховой деятельности.

Данному вопросу научные работники, на удивление, уделяют мало внимания, а практическое значение он имеет весомое, поскольку в страховой практике часто полис на его юридической силе приравнивают к страховому догово-

ру, хотя он является сокращенной формой договора страхования, содержащей только лишь основную характеристику договора. Некоторые ученые, в частности, Кинашук Л., Пацурия Н, Петров Д. считают, что данные понятия являются тождественными. Чапичадзе Я., Залетов А., Слюсаренко О., Шиминова М. настаивают на том, что страховой полис (свидетельство, сертификат) выступает юридической формой договора страхования. Шумелда Я., Осадець С., Худяков А. и др. называют договор страхования и страховой полис (свидетельство, сертификат) разными документами.

Целью статьи является выяснение особенностей юридического оформления договорных отношений в страховании. Задачами, которые возникают в соответствии с поставленной целью являются: исследование соотношения известных в сфере страхования форм реализации страховых правоотношений; анализ определения понятий «договор страхования», «страховой полис», «страховое свидетельство», которые встречаются в законодательстве и в научной литературе; определение значения разных форм подтверждения наличия страховых правоотношений.

Большинство предложенных учеными определений договора страхования можно отнести к поверхностным, таким, которые не раскрывают сущность договора страхования. Осуществлялись и попытки закрепить в законодательстве разных государств унифицированное определение договора страхования.

Для формирования общего понятия договора страхования предлагались разные критерии. Например, как фундамент для определения общего понятия договора страхования была предложена категория имущественной потребности, которая находится в тесной взаимосвязи со страховым случаем, как источником, который ее порождает. Однако некоторые исследователи настаивали на противоположной позиции, высказываясь о нецелесообразности подобных унификаций. На наш взгляд, наиболее полным, с позиции раскрытия юридической природы договора страхования, заключающейся в особенном, самостоятельном существовании относительно других гражданско-правовых договоров, является определение договора страхования, предложенное Меером Д., которые считает, что договор страхования – это договор, в котором одно лицо, за вознаграждение или бесплатно, принимает на себя риск по любому имущественному праву, которое принадлежит другому лицу, то есть обызывается убересть его в случае потери этого права от какого-либо несчастья¹.

Сам договор страхования выполняет две основные функции. Во-первых, это юридический факт, с которым норма права связывает возникновение, из-

1 Правовое регулирование страховой деятельности в Украине: Учеб. пособие. / Чапичадзе Я.А – Х.: «Апекс+», 2004. — С.150.

менение или прекращение прав и обязанностей его участников. Это значит, что договор как соглашение является юридическим фактом, на основании которого возникают договорные обязательства и строятся правовые отношения. Во-вторых, поскольку стороны договора не только устанавливают между собой правовую связь, но и в определенной мере определяют его содержание, договор является средством регулирования отношений, закрепления условий, на которых будет строиться правовая связь его участников².

Юридическое определение договора страхования содержится в ст.16 Закона Украины «О страховании», в которой отмечается, что договор страхования это письменное соглашение между страхователем и страховщиком, согласно с которой страховщик берет на себя обязательство в случае наступления страхового случая осуществить страховую выплату страхователю или другому лицу, определенному в договоре страхования страхователем, в интересах которой заключен договор страхования (подать помощь, выполнить услугу и тому подобное), а страхователь обязывается платить страховые платежи в определенные сроки и выполнять другие условия договора³.

Договоры страхования заключаются в соответствии с правилами страхования, которые разрабатываются страховщиком для каждого вида страхования отдельно и подлежат регистрации в Уполномоченном органе при выдаче лицензии на право осуществления соответствующего вида страхования.

В ст.16 Закона Украины «О страховании», прописаны существенные условия договора страхования:

- название документа;
- название и адрес страховщика;
- фамилия, имя, отчество или название страхователя и застрахованного лица, их адреса и даты рождения;
- фамилия, имя, отчество, дата рождения или название выгодоприобретателя и его адрес;
- указание объекта страхования;
- размер страховой суммы по договору страхования;
- размер страховой суммы и (или) размеры страховых выплат по договору страхования жизни;

2 Правовое регулирование страховой деятельности в Украине: Учеб. пособие. / Чапичадзе Я.А – Х.: «Апекс+», 2004. — С.151.

3 Про страхування: Закон України від 07.03.1996 р. із змінами та доповненнями [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://meget.kiev.ua/zakon/zakon-o-strahovanii/razdel-2/>

- перечень страховых случаев;
- размеры страховых взносов (платежей, премий) и сроки их уплаты;
- страховой тариф (страховой тариф не определяется для страховых случаев, для которых не устанавливается страховая сумма);
- срок действия договора;
- порядок изменения и прекращения действия договора;
- условия осуществления страховой выплаты;
- причины отказа в страховой выплате;
- права и обязанности сторон и ответственность за невыполнение или неподобающее выполнение условий договора;
- другие условия при согласии сторон;
- подписи сторон⁴.

Уполномоченный орган имеет право устанавливать дополнительные требования к договорам страхования жизни и договоров страхования имущества граждан.

В соответствии с международными системами страхования, которые требуют применения унифицированных условий страхования, договоры страхования заключаются с учетом указанных условий страхования, а также требований, предусмотренных Законом.

Уполномоченный орган устанавливает требования к порядку заключения договоров со страховщиками-нерезидентами.

Для заключения договора страхования страхователь подает страховщику письменное заявление по форме, установленной страховщиком, или иным образом заявляет о своем намерении заключить договор страхования. При заключении договора страхования страховщик имеет право запросить от страхователя баланс или справку о финансовом состоянии, подтвержденные аудитором (аудиторской фирмой), и другие документы, необходимые для оценки страховщиком страхового риска.

Факт заключения договора страхования может быть подтвержден страховым свидетельством (полисом, сертификатом), которое является формой договора страхования (ст. 18 Закона Украины «О страховании»).

4 Про страхування: Закон України від 07.03.1996 р. із змінами та доповненнями [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://meget.kiev.ua/zakon/zakon-o-strahovanii/razdel-2/>

Договор страхования вступает в силу с момента внесения первого страхового платежа, если иное не предусмотрено договором страхования.

Договор страхования жизни может быть заключен как путем составления одного документа (договора страхования), подписанного сторонами, так и путем обмена листами, документами, подписанными стороной, которая их посылает. В случае предоставления страхователем письменного заявления по форме, установленной страховщиком, что выражает намерение заключить договор страхования, такой договор может быть заключен путем высылания страхователю копии правил страхования и выдачи страхователю страхового свидетельства (полиса), который не содержит разногласий с поданным заявлением. Заявление подается в двух экземплярах, копия заявления высылается страхователю с отметкой страховщика или его уполномоченного представителя о принятии предложенных условий страхования.

Из этого следует, что Закон называет свидетельство, полис и сертификат разновидностями юридического удостоверения факта заключения договора, отождествляя их между собой, но не с самим договором страхования. Следует обратить внимание и на интересное словосочетание «факт заключения договора может удостоверяться», то есть и даном случае отсутствует императивность, которая бы обеспечивала обязательное наличие страхового свидетельства. Следовательно, страховой полис (свидетельство, сертификат) и договор страхования являются разными документами.

В соответствии со ст. 981 Гражданского кодекса Украины, договор страхования заключается в письменной форме и может заключаться путем выдачи страховщиком страхователю страхового свидетельства (полиса, сертификата)⁵.

В случае несоблюдения письменной формы договора страхования такой договор является ничтожным.

Письменная форма обязательна для всех договоров страхования. Различают два способа заключения договора страхования: путем составления одного документа, который подписывается сторонами и путем выдачи страховщиком страхователю страхового свидетельства (полиса, сертификата), который фактически удостоверяет факт заключения договора. Страховые полисы и свидетельства, как правило, содержат все условия договора, включая стандартные правила страхования, специальные условия для данного договора, дополнения и исключения из стандартных правил; в них могут содержаться индивидуальные, отдельно согласованные со страхователем условия⁶.

5 Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. із змінами та доповненнями [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://meget.kiev.ua/kodeks/grazdanskiy-kodeks/glava-67/>

6 Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України: Харитонов Є.О., Харитонova О.І., Голубева Н.Ю. – К.: «Правова єдність», 2008. – С.533.

Страховой полис может быть выдан страхователю на основании его письменного или устного заявления. Устного заявления достаточно, когда условия страхового обеспечения не требуют подробной информации, а страхователю известны обстоятельства, которые имеют существенное значение для определения вероятности наступления страхового случая. Таким способом заключаются краткосрочные договоры страхования от несчастных случаев, например, на время авиаперелета, договоры страхования садовых домиков и др. Положения статьи 981 Гражданского кодекса Украины не лишают страховщика права требовать от страхователя письменного заявления.

В страховой практике существуют два вида полисов: разовый и генеральный. Разовый полис применяется при оформлении простых операций по страхованию (с одним предметом). Генеральный полис распространяется на несколько однородных операций страхования имущества относительно группы предметов). Страхование по генеральному полису осуществляется при соблюдении некоторых правил: предметом страхования должно быть имущество; это имущество должно состоять из партий; условия страхования для однородного имущества должны быть подобными; договор должен быть заключен на определенный срок. Страховые сертификаты проще. В них содержатся лишь существенные условия договора, а в остальном они отсылают к стандартным правилам страхования⁷.

Статья 354 Хозяйственного кодекса Украины закрепляет положение о том, что по договору страхования страхователь обязуется в случае наступления страхового случая осуществить страховую выплату страхователю или другому лицу, определенному страхователем в договоре страхования, а страхователь обязуется платить страховые платежи в определенные сроки и выполнять другие условия договора.

Орган государственной власти, уполномоченный осуществлять надзор за страховой деятельностью, имеет право соответственно закону устанавливать дополнительные требования к договорам страхования.

При заключении договора страхования страхователь имеет право требовать у страхователя справку о его финансовом состоянии, подтвержденную аудитором (аудиторской организацией).

Заключение договора страхования может удостоверяться страховым свидетельством (полисом, сертификатом), которые является формой договора страхования⁸.

7 Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України: Харитонов Є.О., Харитонova О.І., Голубева Н.Ю. – К.: «Правова єдність», 2008. – С.533.

8 Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. із змінами та доповненнями [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.jobs.ua/pravo/economy-code/part6/>

Таким образом, анализируя положение Гражданского кодекса Украины и Хозяйственного кодекса Украины, опять наблюдаем неоднозначность понимания сути понятий «договор страхования», «страховое свидетельство», «полис», «сертификат».

Некоторые научные работники подходят к значению полиса в страховой деятельности иначе. Например, Осадець С. отмечает, что для письменного признания договора страхования необходимо не только письменное заявление страхователя, но и письменное согласие страховой организации на заключение такого договора, подтверждением которой является страховое свидетельство (страховой полис), выданное страховщиком⁹.

Более детально вопрос разграничения договора страхования и страхового полиса осветил в своих работах Шумелда Я., который акцентирует внимание на том, что в связи с невещественной формой страхового продукта и длительностью страховой защиты предоставления страховых услуг документируется. Главной целью документирования является подтверждение страховых взаимоотношений и определение обязанностей и прав сторон. Для этого в страховой практике традиционно применяется два вида документов – страховой договор и страховой полис (свидетельство, сертификат). На начальных этапах развития страхования применялся страховой полис. В процессе развития страховых отношений он расширился и постепенно превратился в страховой договор. Понятия «страховой договор» и «страховой полис» является тождественным, по сути и назначению между ними разницы нет, однако существует разница по их содержанию¹⁰.

В современной зарубежной страховой практике страховой договор рассматривается как письменный документ, в котором детально раскрываются все условия и порядок осуществления страховых отношений по поводу страхования определенного объекта. Страховой полис является сокращенной формой договора страхования, которая содержит только основную характеристику договора. Другие общие или стандартные условия договора в полисе, как правило, отсутствуют, потому к нему всегда добавляются извлечения из правил того вида страхования, на основании которого заключен договор.

Применение страхового договора и страхового полиса, их структура регулируются гражданским и страховым законодательством. Основным и первоочередным документом, согласно Закону Украины «О страховании», является именно договор страхования. В украинской практике страхования договор применяется в добровольных, а страховой полис – по большей части в обяза-

9 Страховання: Підручник / Осадець С.С. - Вид. 2-ге, перероб. і доп. - К.: КНЕУ, 2002. – С.236.

10 Страховання: Навчальний посібник / Шумелда Я. П. - Видання друге, розширене. – К.: Міжнародна агенція «БІЗОН», 2007. – С.80-81.

тельных видах страхования. Закон Украины «О страховании» позволяет применять страховой полис с дополнением правил страхования только при страховании жизни, когда страхователь подает письменное заявление по форме, установленной страховщиком, а ему вместо договора выдается полис¹¹.

Исследуя данный вопрос, целесообразно обратиться к толкованию данных понятий в словарях и энциклопедиях. Так, Энциклопедия страхования отождествляет эти понятия. Полис (страховой договор, страховое свидетельство) (policy) – письменное соглашение между страхователем и страховщиком, которое удостоверяет факт того, что страховщик в случае наступления страхового случая берет на себя обязательство выплатить страховую сумму или в пределах страховой суммы возместить убыток страхователю или другому лицу, указанному в полисе, при условии уплаты страховых платежей в определенные сроки. Полис должен содержать: название документа, реквизиты страховщика, фамилию или название страхователя, его адрес, перечень объектов страхования, размер страховой суммы, перечень страховых случаев, размер тарифа, а также страховых платежей, срок их уплаты, срок действия договора, права и обязанности сторон, другие условия, подписи сторон¹².

Он-лайн словарь дает такое определение понятия «полис», полис (англ. policy) – документ, который подтверждает заключение договора страхования. Полис выдается страховщиком страхователю после заключения между ними соглашения¹³.

Толковый словарь русского языка под ред. Ушакова Д. предлагает следующую формулировку, «полис» (фр. police) – документ о застраховании (жизни, имущества от огня и т.п.). В толковом словаре под ред. Ожегова С. и Шведовой Н. «полис» оределяется как документ о страховании, а в словаре иностранных слов под термином «полис» (фр. police, ит. polizza расписка, квитанция) понимается свидетельство, выдаваемое страховым обществом лицу или учреждению, застраховавшему в нем что-либо, и содержащее условия заключенного договора о страховании¹⁴.

Польский ученый Шилковская В. под понятием страхового договора понимает письменный документ, согласно которому клиент получает страховую защиту. При этом полис легитимизирует страховые правоотношения¹⁵.

11 Страхування: Навчальний посібник / Шумелда Я. П. - Видання друге, розширене. – К.: Міжнародна агенція «БІЗОН», 2007. – С.82.

12 Енциклопедія страхування / В.В.Фещенко та інші. – Київ.: Українське агентство фінансового розвитку, 2008. – С.194с.

13 Он-лайн словник. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://invivio.net/ua-dict/92/>

14 Полис [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://poiskslov.com/word/полис/>

15 Ubezpieczenia. Pod redakcja Wandy Sulkowskiiej. – Krakow: Akademia Ekonomiczna w Krakowie, 2007. – p.48.

Гражданский кодекс Российской Федерации предусматривает положение о том, что письменная форма договора может обеспечиваться разными способами: 1) путем составления одного документа, подписанного сторонами; 2) путем вручения страховщиком страхователю страхового свидетельства (полиса, сертификата, квитанции); 3) путем обмена документами между сторонами в любом обусловленном виде связи, которая позволила бы достоверно установить, что документ возник в процессе волеизъявления сторон договора страхования¹⁶. Нас интересует именно второй способ, который заключается в том, что на основании заявления клиента (письменного, устного) страховщик вручает ему страховой полис (свидетельство сертификата, квитанцию). Принятие настоящего документа заявителем означает его согласие на заключение договора страхования на условиях полиса. Перед вручением настоящего документа заявителю страховщик обязан ознакомить его с условиями, на которых предлагается подписать соглашение. Выдача страхового полиса (свидетельства сертификата, квитанции) подтверждает факт заключения договора страхования между страхователем и страховщиком. Поэтому очевидным является то, что страховой полис совмещает в себе значение документа, который придает договору письменную форму, выражает согласие страховщика на предложение страхователя заключить договор страхования и является доказательством заключения страхового договора. Сложно не согласиться с Худяковым А., что полис по своей сути является юридическим долговым удостоверением обязательств сторон договора: страхователя – по уплате страховых взносов, страховщика – по выплате, согласно договору, страхового возмещения.

В Российской Федерации страховой полис может заменять договор страхования выступая как «страховой полис» или как «генеральный полис».

Аналогичная ситуация сложилась в законодательстве Республики Беларусь. Договор страхования может быть заключен путем составления документа или вручения страховщиком страхователю на основе его письменного или устного заявления страхового полиса (свидетельства, сертификата), который подписан страховщиком. В этом случае согласие страхователя заключить договор на предложенных условиях подтверждается получением от страховщика указанных документов¹⁷.

Таким образом, на основании вышеизложенного можно сделать ряд выводов.

Договор страхования – это правовая форма, при которой одна из сторон (страховщик) в обмен на установленный страховой взнос обязывается в случае

16 Теория страхования / Худяков А. И. – М.: «Статут», 2010. – С. 507.

17 Страхование на транспорте: Учеб. пособие для студентов высших учеб. заведений / А.Я. Андреев и др. – Минск: ИВЦ Минфина, 2009. – С. 14.

наступления страхового случая и соблюдения условий договора осуществить другой стороне (страхователю, застрахованному, выгодоприобретателю) страховую выплату.

На сегодняшний день и в законодательстве, и в научной литературе отсутствует единство в толковании формы реализации страховых правоотношений. Отечественному страховому рынку присуща неоднозначность относительно трактовки понятий «договор страхования», «страховой полис», «страховое свидетельство», «страховой сертификат».

Закон Украины «О страховании» называет свидетельство, полис и сертификат разновидностями юридического удостоверения факта заключения договора, отождествляя их между собой, но не с самим договором страхования. Следует указать на отсутствие императивности, которая бы обеспечивала обязательное наличие страхового свидетельства, так как законом допускается удостоверение факта заключения договора с помощью полиса.

Страховой полис является специфическим документом даже по своему названию, который используется исключительно в страховании и к которому, согласно действующему законодательству Украины не выдвигаются существенные требования, в отличие от страхового договора. Не взирая на то, что факт заключения страхового договора может удостоверяться страховым свидетельством (полисом, сертификатом), в ходе исследования мы пришли к заключению, что договор страхования и страховой полис являются разными документами.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Енциклопедія страхування / В.В.Фещенко та інші. – Київ.: Українське агентство фінансового розвитку, 2008.
2. Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України: Харитонов Є.О., Харитонова О.І., Голубева Н.Ю. – К.: «Правова єдність», 2008.
3. Правовое регулирование страховой деятельности в Украине: Учеб. пособие. / Чапичадзе Я.А – Х.: «Апэкс+», 2004.
4. Страхование на транспорте: Учеб. пособие для студентов высших учеб. заведений / А.Я. Андреев и др. – Минск: ИВЦ Минфина, 2009.
5. Страхування: Навчальний посібник / Шумелда Я. П. - Видання друге, розширене. – К.: Міжнародна агенція «БІЗОН», 2007.
6. Страхування: Підручник / Осадець. С.С. - Вид. 2-ге, перероб. і доп. - К.: КНЕУ, 2002.
7. Теория страхования / Худяков А. И. – М.: «Статут», 2010.
8. Ubezpieczenia. Pod redakcja Wandy Sulkowskiej. – Kraków: Akademia Ekonomiczna w Krakowie, Kraków 2007.

**CONTRACT OF INSURANCE AS METHOD OF REALIZATION OF INSURANCE
LEGAL RELATIONSHIPS**

The theoretical aspects of the registration of insurance contracts are considered in this article, and their correlation with such concepts as an “insurance policy”, “insurance certificate” and the role of these documents in insurance activity. Due attention is given to the substantial conditions of the insurance contract in accordance with the Law of Ukraine about insurance, the Economic code and the Civil code.

Key words: insurance contract, insurance policy, certificate of insurance, substantial conditions of the insurance contract

ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ РАЗВИТИЯ ИНСТИТУТОВ ИНФРАСТРУКТУРЫ СТРАХОВАНИЯ КРЕДИТНЫХ РИСКОВ В УКРАИНЕ

Развитие кредитной сферы сопровождается формированием системы институтов, которые предназначены обеспечивать её эффективное и безопасное функционирование. Кредитной деятельности, независимо от общественно-экономической формации, всегда был присущий рисковый характер. Вероятность реализации тех или иных кредитных рисков определяются следующими факторами: уровнем развития кредитного и страхового рынков; уровнями развития кредитной и культуры; использованием компьютерных технологий в кредитной сфере; способом соединения и развитием факторов кредитной деятельности (человеческого, технического, организационного, информационного); общественным разделением труда, усилением тенденций глобализации и неравномерности развития кредитных учреждений и страховых организаций, в основе которой лежат различия не только в процедурах осуществления операций, но и вопросы специализации.¹ Институциональные условия на определенном этапе выхода из кризиса способствуют внедрению тех инноваций, которые не были реализованы в условиях спада деловой активности и которые влекут за собой новые идеи, возникшие до и в момент депрессии.² Так, в предкризисный период в Украине получили развитие определенные виды кредита, которые пользуются спросом и сегодня. Однако кризис выявил проблемы и риски в механизмах кредитования и страхования рисков кредитной сферы. Развитие кредитного страхования способствует осуществлению двойного контроля за рисками кредитной сферы.

Исследованию отдельных институтов инфраструктуры кредитного страхования посвящены труды многих ученых, однако их особенностям и роли в обслуживании кредитного страхования уделено недостаточно внимания.

1 Пронская Н. Концептуальные положения управления банковскими рисками//Ресурсы, информация снабжение, конкуренция. – 2010. - №3. – С. 83

2 Сухарев О.С. Институциональная экономика: теория и политика. - М.: Наука, 2008. – С. 202

Кризис способствовал росту качества институтов кредитного страхования. Формированию надлежащей инфраструктуры кредитного страхования в Украине способствуют существенные институциональные изменения. Субъектами инфраструктуры кредитного страхования выступают бюро кредитных историй, коллекторские фирмы, ипотечные центры, финансовые консультанты, оценщики имущества, нотариусы, агентства недвижимости (риэлторы), автосалоны, торговые организации. Ошибки или сбои в работе инфраструктуры могут существенно затронуть интересы основных субъектов кредита и нанести им ущерб. Реализации кредитных страховых продуктов в Украине будет способствовать развитие ипотечных центров, главной целью которых является комплексное обслуживание клиента, желающего получить кредит на приобретение недвижимости или осуществить другие операции с недвижимостью. Клиент может получить консультации и помощь всех необходимых специалистов по предоставлению кредитов, нотариальному оформлению, поиску и подбору недвижимости, оценке недвижимости, страхованию ипотечных рисков. Особенностью ипотечных центров является то, что каждая программа кредитования строится исходя из особенностей заемщика. Подтверждением преимуществ ипотечных центров является то, что они способствуют значительному приросту ипотечных портфелей банков. Однако, функционирования ипотечных центров имеет и ряд недостатков. Среди них можно выделить специализацию центров на продвижении только ипотечных продуктов, что не дает возможности получения клиентом информации по другим банковским продуктам, продолжительность процесса оформления кредита.

Альтернативой ипотечным центрам могут стать финансовые консультанты, которые в пределах одного офиса предлагают клиенту целый ряд ипотечных программ различных банков и ипотечных страховых продуктов. Кроме того, финансовые консультанты осуществляют переговоры с банком, помогают собрать необходимые документы, следят за законностью кредитного соглашения, ускоряют процедуру принятия кредитного решения, а также способствуют принятию кредитной комиссией положительного решения. Учитывая высокие цены на недвижимость, актуальными для украинского рынка кредитного страхования остаются проблемы жилищного ипотечного кредитования. Это во многом определяет важность деятельности риэлторов как субъекта инфраструктуры рынка кредитного страхования. Негативное влияние на рынок недвижимости, а следовательно и на кредитное страхование в Украине имеет отсутствие закона о риэлторской деятельности, хотя в стране функционируют Ассоциация специалистов по вопросам недвижимости и Риэлторская палата Украины. Достаточно вспомнить о том, что последний мировой экономический кризис начался на рынке недвижимости. В развитых странах уделяется значительное внимание регулированию этого сегмента инфраструктуры

рынка кредитного страхования. Например в США, где недвижимость составляет 50% национального богатства страны, значение риэлторов подчеркивается обязательными встречами президента страны и президента Национальной ассоциации риэлторов дважды в год.³ Таким образом, назначение созданию и утверждению закона, регулирующего деятельность риэлторов в Украину, будет заключаться в сведении к минимуму случаев мошенничества на рынке недвижимости. Упорядочение нормативно-правовой базы регулирования риэлторской деятельности будет способствовать уменьшению ипотечных рисков и, как следствие, уменьшению страховых выплат. Еще одним институтом кредитного страхования выступает бюро кредитных историй, содержащий информацию о выполнении физическим лицом обязательств по кредитным договорам. Пробразом кредитного бюро стало создание в 30-х годах 19 века базы данных Льюис Тэппен с Манхэттена. Агентство Тэппена позже стало известно как RG / Dun & Co (с 1933 года - Dun & Bradstreet). Согласно Закону Украины «Об организации формирования и обращения кредитных историй» от 23.06.2005 года № 2704 бюро кредитных историй является юридическим лицом, исключительной деятельностью которого является сбор, хранение, использование информации, которая составляет кредитную историю. В Украине создано более 10 млн кредитных историй.⁴ В западных странах в бюро кредитных историй есть информация о 90% граждан страны.⁵ Функционирование бюро кредитных историй является полезным как для кредитных учреждений, поскольку помогает минимизировать риски, так и для заемщикам, поскольку позволяет быстро и на более выгодных условиях получить кредит. Ведь процентная ставка по кредиту учитывает также затраты на риск и на получение и проверку информации, необходимой для предоставления кредита. Понятно, что услуги бюро кредитных историй являются полезными и для страховых компаний, учитывая перспективность развития ипотечного рынка. Это даст дополнительную возможность выявления мошенников и минимизирует кредитные риски, поскольку собственные базы информации страховых компаний являются ограниченными по сравнению с бюро кредитных историй. Хотя существуют мнения среди специалистов по созданию аналогичных бюро среди страховщиков⁶, на наш взгляд, это неуместно в связи с тем, что подобный институт уже существует на финансовом рынке Украины.

Кредитный бум и дальнейший кризис повлекли за собой рост проблемных кредитов, что активизировало появление и развитие коллекторских компаний.

3 Почему закон о риэлторской деятельности трижды не приняли? [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.unia.com.ua/ukr/?nid=mnews|5975>

4 Десять мільйонів осіб в Україні отримали кредит протягом останніх двох років. - [Електронний ресурс].- Режим доступу: <http://www.zik.com.ua/ua/news/2009/01/15/165453>

5 Там же

6 Загребной В. Н. Наше дело обречено на успех. Летопись страхового бизнеса. - К.: Украинское агентство финансового развития, 2010.- С. 388

Это является традиционным этапом после активного развития банковского кредитования. Основной задачей коллекторских компаний является профессиональное взыскание проблемных задолженностей. Их преимуществами являются:

- наличие отработанных технологий, которые позволяют в течение короткого периода времени охватить большое количество должников;
- наличие значительного числа сотрудников, специализирующихся на обслуживании долгов;
- минимизация затрат, поскольку содержать собственные службы взыскания долгов является делом затратным, что в свою очередь связано с ростом тарифов и цен для добросовестных плательщиков;
- возможность возвращения определенной части задолженности. Благодаря коллекторским агентствам банки и страховые компании возвращают от 10 до 75% сомнительных долгов.⁷

Коллекторский бизнес развивается достаточно бурно. Он возник в 60-х годах прошлого века в США, а уже в начале 80-х годов получил распространение в Европе. В США существует более 8000 коллекторских компаний, в странах ЕС - более 10000 (в частности, в Польше - более 700), в России - 250.⁸ Сначала коллекторские агентства создавались как дочерние организации банков и обслуживали исключительно их долги. В России коллекторские агентства начали появляться в 2004 году. Первое коллекторское агентство в России - ЗАО «ФАСП» - было зарегистрировано 9 августа 2004 года.

На Украине первая коллекторская компания «Credit Collection Group» возникла осенью 2006 года. На начало 2008 года их количество уже составило 15,⁹ а сейчас - 50¹⁰. По прогнозам специалистов в Украине количество коллекторских компаний в перспективе должно вырасти до тысячи.¹¹

На Украине с коллекторскими компаниями сотрудничают 60-70 банков. В начале кризиса портфели банковских кредитов физических лиц составляли 80%, страховых компаний - 6%, телекоммуникационных компаний - 1% об-

7 Коллекторский бизнес в Украине: who is who? .- [Электронный ресурс].- Режим доступа:<http://roadnews.wordpress.com/2011/10/26/коллекторский-бизнес-в-украине-who-is-who/>

8 Аппетиты охотников за долгами растут.- [Электронный ресурс].- Режим доступа: <http://www.kontrakt.ua/ua/readarticles/n116.html>

9 Волховский И. Задачи коллекторской компании – наладить такие взаимоотношения с банком, чтобы будучи клиентом, он остался им навсегда// Зеркало недели.-№8(867)1-7 марта 2008.- Электронный ресурс.- Режим доступа:<http://www.dt.ua/2000/2675/62189/>

10 Политический обозреватель.- [Электронный ресурс].- Режим доступа: <http://www.politic.com.ua/ukraine/economics/892>

11 Волховский И. Задачи коллекторской компании – наладить такие взаимоотношения с банком, чтобы будучи клиентом, он остался им навсегда// Зеркало недели.-№8(867)1-7 марта 2008.- [Электронный ресурс].- Режим доступа:<http://www.dt.ua/2000/2675/62189/>

щего портфеля украинских коллекторов. Однако, уже в 2009 году портфель страховых компаний составил по разным оценкам 20-40%. Желание страховщиков покрыть полученные за время кризиса убытки побудило их активнее обращаться за помощью к коллекторам. По прогнозам коллекторской компании «Европейское агентство по возврату долгов» в 2012 году на Украине портфели банков будут составлять 68%, а портфели страховых компаний - 13%.¹²

По данным коллекторов первое место в рейтинге рискованности занимают потребительские кредиты, а затем - автомобильные и ипотечные кредиты. В кредитном страховании страховые компании зачастую обращаются к услугам коллекторских компаний за помощью по регрессным требованиям по возмещению, которые были оплачены по договорам КАСКО и по договорам страхования кредитов (от риска непогашения).

В первую очередь коллекторские услуги являются привлекательными для страховых компаний, осуществляющих страхование автомобилей по программам КАСКО. С каждым годом количество застрахованных автомобилей увеличивается и, разумеется, растет количество страховых случаев. По некоторым оценкам, в Европе осуществляется реализация в кредит почти 70% автомобилей.¹³ В докризисный период на Украине количество реализованных в кредит автомобилей составляло по отдельным сегментам до 80%. Однако, уже в 2010 году, по разным оценкам, с помощью кредитных программ было реализовано лишь 15-18% автомобилей. При этом, по данным банков, в 2010 году до 80% автокредитов предоставлялось при активном участии автосалонов. По мнению специалистов, автомобильный рынок будет расти ежегодно на 15-20% и достигнет объемов 2008 года не ранее 2015 года.¹⁴ Это повлияет и на рост продаж полисов КАСКО. Но, если в Европе их имеют около 90% водителей, то на Украине этот показатель в десять раз меньше.¹⁵ Страховщики имеют право выставить регрессные требования к лицам, виновным в наступлении страхового случая и нанесении ущерба их клиентам. После оплаты ремонта автомобиля по полису КАСКО страховой компанией, она может потребовать компенсацию расходов у виновника ДТП. В ряде случаев страховые компании могут предъявлять регрессные требования и к своим клиентам, которые приобрели у них полис страхования гражданской ответственности владельцев автотранспорта. По оценкам страховщиков, общая сумма регрессных требований к водителям, которые они готовы передать коллекторам, составляет около 300-500 млн грн.

12 Фомина К. Перспективы развития коллекторского бизнеса.- [Электронный ресурс].- Режим доступа: <http://www.legalweekly.com.ua/article/?uid=611>

13 Банки и страховые компании: кросс-продажи// Банковское обозрение.-2005.-№12.-32-33 с.

14 Матусяк С. Одинаково разные// Автоцентр.-2011.-№6.- С. 29

15 Шляховой В. Подводные камни украинского страхования// Автомир.-2011.-№29.- С. 6

Коллекторы оценивают ее примерно на около 1 млрд грн. При этом в работе у них находится не более 5-7% данной суммы.

Эффективность работы с портфелями регрессов, которые им передаются на обслуживание, варьируется в пределах 10-40%. Коллекторы обещают её довести до 60-70%. Успешность тандема страховщиков и коллекторов во многом зависит от размера дисконта из портфеля долгов, который большинство страховых компаний считают завышенным. Страховые компании готовы к сотрудничеству с коллекторами при условии получения 30-50% долга, что не удовлетворяет коллекторов, которые объясняют свое нежелание сотрудничества сложностями работы со страховщиками. Для банков условия сотрудничества с коллекторскими агентствами являются более благоприятными, поскольку сумма вознаграждения колеблется в пределах 10-50%, хотя стандартом является сумма от 15 до 35%.¹⁶

Различиями в работе коллекторов с должниками страховщиков и банков заключается в том, что:

- при обслуживании банка для коллектора главное - найти должника, а при работе со страховщиками – доказать его вину. Как правило, виновники аварий даже не догадываются о своих долгах перед страховыми компаниями. Кроме того, при заполнении актов сотрудниками Государственной автомобильной инспекции существует риск предоставления ложных сведений. В этом случае наблюдается наличие психологических аспектов в работе с должниками, которые просто не понимают, почему они должны платить;
- наблюдается значительная продолжительность во времени процедуры взыскания долгов, поскольку необходимо пройти определенные юридические процедуры. Документальное закрепление правоотношений банка с должниками находится на высоком уровне. Лишь около 5% должников банков категорически отказываются от своих долгов. В то время как 80% проблемных долгов страховых компаний возвращаются по решению судов, и всего лишь 10% долгов - банкам;
- у большинства страховщиков отсутствуют качественные базы данных о своих должниках. Поскольку страховые компании не имеют электронного реестра своих должников, то не могут предоставить коллекторам достоверную информацию о них;

16 Коллекторское агентство [Электронный ресурс].- Режим доступа: http://ru.wikipedia.org/wiki/Коллекторское_агентство

- в большинстве страховых компаний процесс сотрудничества с коллекторами и должниками не структуризирован в целом.

В условиях кризиса увеличивается количество коллекторов. Кроме того, наблюдается уменьшение результативности их деятельности. Если в докризисное время коллекторам удавалось взыскивать в среднем до 50-70% долгов, которые им передавались, то во время кризиса - 10-25%¹⁷, поскольку платежеспособность населения в этот период значительно уменьшились. Кризис приносит увеличение количества клиентов коллекторских компаний. До кризиса с коллекторскими агентствами сотрудничало около 25 банков, а в период кризиса - более 40. В условиях кризиса наблюдается «тенизация» коллекторской деятельности, что, по оценкам Ассоциации коллекторского бизнеса Украины, составляет до 50% рынка. Кроме того, наблюдается значительная концентрация рынка. Около 80-90% официального рынка коллекторских услуг в Украине контролируется крупными компаниями (ССГ, Служба исполнения обязательств, Европейское агентство по возврату долгов, Verdict, «Укрборг», Украинская коллекторская группа). Большинство клиентов предпочитают обращаться именно к ним, поскольку, в отличие от мелких коллекторских агентств, достаточный объем ресурсов позволяет им действовать в рамках этики и закона.

Развитие коллекторских компаний на Украине сдерживают отсутствие совместной работы коллекторов по развитию технологий и стандартов качества, отсутствие кодекса этики коллекторов; гармонизации взаимодействия с государственными органами; отсутствие единого закона, который регулировал бы деятельность коллекторских компаний.

К перспективам развития коллекторской деятельности следует отнести:

- активизацию работы с долгами по кредитным картам и займам в сегменте малого и среднего бизнеса;
- сокращение объемов деятельности украинских коллекторов вследствие значительного сокращения потребительского кредитования в течение длительного периода и сокращение новых просрочек кредитов. Существует мнение, что коллекторские компании будут либо закрываться либо репрофилироваться в финансовые компании или юридические фирмы;
- ужесточение правовых условий функционирования коллекторов, поскольку с 1.01.2012 года вступил в силу закон «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно усиления от-

17 Как сегодня работают коллекторские компании? .- [Электронный ресурс].- Режим доступа: <http://odin-detective.uaprom.net/a24916-kak-segodnya-robotayut.html>

ветственности за нарушение законодательства о защите персональных данных». Этот документ предусматривает уголовную ответственность за нарушения в области защиты персональной информации, если это приводит к распространению или искажению этой информации и наносит лицу ущерб, а также за предоставление несанкционированного доступа к персональной информации и за ее передачу третьим лицам. За данные нарушения можно «получить» до пяти лет лишения свободы. Эта ситуация возникла вследствие принятия Закона «О защите персональных данных».

Главной проблемой коллекторских компаний на Украине является отсутствие законодательства, которое бы четко регулировало их деятельность. Это привело к возникновению так называемых антиколлекторов. Если обратиться к зарубежному опыту то, например, в США в 1978 году был принят закон «О добросовестной практике изъятия задолженностей», который определяет, что угрозы в отношении имущества физического лица-должника, его близких, его репутации, употребление оскорбительных и неприличных выражений при разговоре, являются неправомерными действиями, за которые коллекторские компании несут ответственность.

Таким образом, становлению и развитию рынка страхования кредитных рисков должно способствовать эффективное функционирование институтов, входящие в его инфраструктуру - бюро кредитных историй, ипотечных центров, финансовых консультантов, коллекторских компаний. При этом государству необходимо создать нормативно-правовое обеспечение на уровне, который соответствует успешкой зарубежной практике.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Банки и страховые компании: кросс-продажи// Банковское обозрение.-2005.-№12.
2. Матусяк С. Одинаково разные// Автоцентр.-2011.-№6.
3. Пронская Н. Концептуальные положения управления банковскими рисками//Ресурсы, информация снабжение, конкуренция. – 2010. - №3.
4. Сухарев О.С. Институциональная экономика: теория и политика.- М.: Наука, 2008.
5. Шляховой В. Подводные камни украинского страхования// Автомир.-2011.-№29.
6. Волховский И. Задачи коллекторской компании – наладить такие взаимоотношения с банком, чтобы будучи клиентом, он остался им навсегда// Зеркало недели.-№8(867)1-7 марта 2008.
7. Загребной В.Н. Наше дело обречено на успех. Летопись страхового бизнеса. - К.: Украинское агентство финансового развития, 2010.

**LEGAL PROBLEMS WITH THE DEVELOPMENT OF INSTITUTES
AND INFRASTRUCTURE FOR THE INSURANCE OF CREDIT RISKS IN
UKRAINE**

The article explores the nature of the infrastructure and institutions at credit risk insurance. The text concentrates on a few aspects of the problem, but the main topic refers to the economic crisis and its influence on credit risk. It is emphasized that the government is aware of the problem and passed a law to prevent this problem. Moreover, the text justifies the advantages and development trends of credit risk insurance.

Key words: insurance of credit risks, institute of credit insurance, collection business

СВОБОДА СОБРАНИЙ В БЕЛОРУССИИ И РОССИИ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ¹

I. Введение

В Москве 8 декабря 1999 года был подписан Договор о Создании Союзного Государства Республики Беларусь и Российской Федерации.² К числу главных целей Союзного Государства Беларуси и России (далее как СГБР) относятся обеспечение мирного и демократического развития братских народов государств-участников СГБР, укрепление дружбы, повышение благосостояния и уровня жизни; неуклонное соблюдение основных прав и свобод человека и гражданина в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права; формирование единой правовой системы демократического государства; проведение согласованной социальной политики, направленной на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека (ч.1 ст.2 Договора о Создании Союзного Государства). Таким образом, помимо всего прочего в основу союзной интеграции была положена общая правовая политика, направленная на гармонизацию внутреннего законодательства государств-участников СГБР. В качестве стратегической цели декларируется создание единой правовой системы СГБР. Подобная де-

1 Данная статья подготовлена в рамках научно-исследовательского проекта на факультете права университета города Белосток, финансируемого фондом поддержки науки / фондом имени И. Мянковского (Jozef Mianowski Fund / A Foundation for the Promotion of Science - the Fellowship Program Research & Experience). Саленко А.В. статьи выражает свою благодарность коллегам на факультете права в Белостоке, а также сотрудникам фонда И.Мянковского в Варшаве за их поддержку и поддержку во время работы над данным материалом. Особая благодарность Яне Владимировне Мулярчик (соавтору настоящей статьи), согласившейся участвовать в совместной работе над данной статьёй, которой удалось обобщить и проанализировать интересный материал о внутригосударственном законодательстве и правоприменительной практике в Республике Беларусь.

2 Договор о Создании Союзного Государства Республики Беларусь и Российской Федерации от 8 декабря 1999 года // Информационно-аналитический портал Союзного государства - <http://www.soyuz.by/ru/?guid=10447>

кларация подразумевает собой унификацию правового регулирования в сфере защиты прав и свобод человека. В рамках данного сравнительно-правового исследования предпринята попытка сопоставить действующие юридические нормы, регулирующие публичные собрания в Беларуси и России, и сделать выводы о том, в каком направлении должна развиваться дальнейшая работа государств-участников СГБР по совершенствованию правового регулирования свободы собраний.

II. Источники права регулирующие проведение публичных собраний в Беларуси и в России

Правовые системы Беларуси и России основаны на принципе примата международного права над внутригосударственным (национальным) правовым регулированием. Конституция Республики Беларусь³ (далее как КРБ) закрепляет, что Беларусь признает приоритет общепризнанных принципов международного права и обеспечивает соответствие им национального законодательства (ч.1 ст.8 КРБ). Аналогичное правовое регулирование содержит ч.4 ст.15 Конституции Российской Федерации⁴(далее - КРФ): общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора. Однако есть малый, но важный нюанс, отличающий конституционно-правовое закрепление принципа приоритета международного права над внутригосударственным правом в Основном Законе Беларуси. Там прямо указывается на недопустимость заключения международных договоров, которые противоречат Конституции Республики Беларусь (ч.3 ст.8 КРБ). Подобное конституционно-правовое регулирование отсутствует в Основном Законе Российской Федерации.

Важной общей международно-правовой основой права проведения публичных собраний как в Беларуси, так и в России являются положения Всеобщей декларации прав человека (ч.1 ст.20), а также Международного пакта о гражданских и политических правах (далее как МПГПП), в соответствии с которыми признается право на мирные собрания. Пользование этим правом

3 Конституция Республики Беларусь 1994 года (с изменениями и дополнениями, принятыми на республиканских референдумах 24 ноября 1996 г. и 17 октября 2004 г.) // Национальный правовой интернет-портал Республики Беларусь - <http://www.pravo.by/main.aspx?guid=3871&p0=v19402875&p2=%7BNRPA%7D> (Constitution of the Republic of Belarus in English: <http://www.president.gov.by/en/press10669.html>).

4 Конституция РФ 1993 года // <http://constitution.kremlin.ru/> (The Constitution of the Russian in English - <http://eng.constitution.kremlin.ru/>)

не подлежит никаким ограничениям, кроме тех, которые налагаются в соответствии с законом и которые необходимы в демократическом обществе в интересах государственной или общественной безопасности, общественного порядка, охраны здоровья и нравственности населения, защиты прав и свобод других лиц (ст.21 МПГПП). В силу того факта, что Российская Федерация является государством-членом Совета Европы, российское право публичных собраний основывается также на положениях части 1 статьи 11 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, которая устанавливает право каждого человека на свободу мирных собраний.

С учётом положений указанных международно-правовых документов было сформировано внутригосударственное законодательство о свободе собраний в государствах-участниках СГБР. В Республике Беларусь свобода собраний, митингов, уличных шествий, демонстраций и пикетирования, не нарушающих правопорядок и права других граждан, гарантируется государством (ст.35 КРБ). Порядок проведения указанных мероприятий определяется отдельным законом. В 1997 году был принят Закон Республики Беларусь «О массовых мероприятиях в Республике Беларусь»⁵, в который белорусским законодателем многократно вносились изменения и дополнения. В Основном Законе Российской Федерации также устанавливается лишь общее (рамочное) правовое регулирование свободы собраний: граждане Российской Федерации имеют право собираться мирно, без оружия, проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирование (ст.31 КРФ). Детализацию данных конституционно-правовых положений содержит отдельный специальный закон: Федеральный закон РФ от 19 июня 2004 г. N 54-ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях»⁶, который также неоднократно подвергался изменениям и дополнениям со стороны российского законодателя.

III. Порядок организации публичных мероприятий в Беларуси

Белорусский закон о свободе собраний (ч.2 ст.6) устанавливает разрешительный порядок проведения массовых мероприятий. В соответствии с законом (ст.4), организаторами собрания, митинга, уличного шествия, демонстрации и пикетирования которое рассчитано на число демонстрантов до тысячи

5 Закон Республики Беларусь от 30 декабря 1997 г. № 114-З «О массовых мероприятиях в Республике Беларусь» // Национальный правовой интернет-портал Республики Беларусь - <http://prav.by/main.aspx?guid=3871&p0=h19700114&p2=%7bNRPA%7d>

6 Федеральный закон от 19 июня 2004 г. N 54-ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» (с изменениями и дополнениями) // СПС «Гарант» - <http://base.garant.ru/12135831/>

человек, могут являться граждане Республики Беларусь, постоянно проживающие на её территории, достигшие восемнадцатилетнего возраста и обладающие избирательным правом, а также политические партии, профессиональные союзы и иные организации, зарегистрированные в установленном порядке. В том случае, если массовое мероприятие предполагает участие свыше тысячи человек, то их организаторами могут выступать лишь политические партии, профессиональные союзы и другие организации Республики Беларусь.

Согласно требованиям закона организатор (организаторы) массового мероприятия должен (должны) предоставить в письменной форме заявление о проведении мероприятия не позднее, чем за пятнадцать дней до намеченной даты проведения собрания, митинга, уличного шествия, демонстрации или пикетирования. В соответствии с законом (ст.6), руководитель местного исполнительного и распорядительного органа или его заместитель обязаны рассмотреть заявление и не позднее чем за пять дней до даты проведения массового мероприятия в письменной форме сообщить его организатору (организаторам) о принятом решении. В решении должно быть указано на разрешение или запрещение проведения массового мероприятия, а также мотивы, по которым его проведение запрещено. Решение, которое принял руководитель местного исполнительного (распорядительного) органа или его заместитель о запрещении собрания, митинга, уличного шествия, демонстрации и пикетирования, может быть обжаловано в суд.

В соответствии с законом (ст.9), публичные мероприятия могут проводиться в любых пригодных для этих целей местах, исключая места использование которых запрещено решениями местных исполнительных (распорядительных органов). Кроме того, местные исполнительные и распорядительные органы могут определять постоянные места для проведения собраний, митингов, уличных шествий, демонстраций и пикетирования, а также места, где проведение указанных выше мероприятий не допускается. Закон устанавливает допустимое время для проведения собраний, митингов, уличных шествий, демонстраций и пикетирования: с 8 до 22 часов.

Особая специфика права публичных собраний Беларуси заключается в том, что на граждан, являющихся организаторами мирных собраний, законом (ст.6) фактически возлагаются дополнительные обязанности по заключению договоров на возмездной основе с отделами внутренних дел по охране общественного порядка во время проведения массового мероприятия, с медицинскими учреждениями (для медицинского обслуживания лиц участников этих мероприятий) и с коммунальными службами, которые должны обеспечить уборку территории после проведения на ней мирного собрания.

IV. Организация публичных мероприятий в России

В России действует уведомительный порядок проведения публичных мероприятий. В соответствии с российским законом (ч.1 ст.5), организатором публичного мероприятия могут быть один или несколько граждан Российской Федерации (организатором демонстраций, шествий и пикетирований - гражданин Российской Федерации, достигший возраста 18 лет, митингов и собраний - 16 лет), политические партии, другие общественные объединения и религиозные объединения, их региональные отделения и иные структурные подразделения, взявшие на себя обязательство по организации и проведению публичного мероприятия.

Уведомление о проведении публичного мероприятия (за исключением собрания и пикетирования, проводимого одним участником) подается его организатором в письменной форме в орган исполнительной власти субъекта Российской Федерации или орган местного самоуправления в срок не ранее 15 и не позднее 10 дней до дня проведения публичного мероприятия. При проведении пикетирования группой лиц уведомление о проведении публичного мероприятия может подаваться в срок не позднее трех дней до дня его проведения, а если указанные дни совпадают с воскресеньем и (или) нерабочим праздничным днем (нерабочими праздничными днями), - не позднее четырех дней до дня его проведения. Уведомление о пикетировании, осуществляемом одним участником, не требуется. Однако закон устанавливает минимальное допустимое расстояние между лицами, осуществляющими указанное одиночное пикетирование, которое не может быть более пятидесяти метров.

В соответствии с законом (ч.1 ст.8) публичное мероприятие может проводиться в любых пригодных для целей данного мероприятия местах в случае, если его проведение не создает угрозы обрушения зданий и сооружений или иной угрозы безопасности участников данного публичного мероприятия. Кроме того, органы исполнительной власти субъекта Российской Федерации определяют единые места специально отведенные или приспособленные для коллективного обсуждения общественно значимых вопросов и выражения общественных настроений, а также для массового присутствия граждан для публичного выражения общественного мнения по поводу актуальных проблем преимущественно общественно-политического характера места. Порядок использования специально отведенных мест, нормы их предельной заполняемости и предельная численность лиц, участвующих в публичных мероприятиях, уведомление о проведении которых не требуется, устанавливаются законом субъекта Российской Федерации. При этом указанная предельная численность не может быть менее ста человек.

Согласно российскому законодательству публичное мероприятие не может начинаться ранее 7 часов и заканчиваться позднее 22 часов текущего дня по местному времени, за исключением публичных мероприятий, посвященных памятным датам России, публичных мероприятий культурного содержания.

V. Особенности правоприменения законодательства о свободе собраний в Республике Беларусь и Российской Федерации: выводы и рекомендации

Основываясь на положениях международного права, приоритет которого признают государства-участники СГБР, следует сделать вывод о том, что положения их внутригосударственного права чрезмерно ограничивают круг субъектов права на свободу собраний. В частности, право на организацию и проведение публичных мероприятий закрепляется в законодательстве Беларуси и России исключительно за гражданами отдельного государства. В то время как положения международных договоров, подписанных государствами-участниками СГБР, закрепляют, что право на мирные собрания есть у каждого человека. Помимо этого основой СГБР является признание равных прав и свобод за гражданами Союзного Государства. Однако, исходя из положений внутригосударственных законов о публичных мероприятиях, следует сделать вывод о том, что этого равенства граждан Республики Беларусь и Российской Федерации в законодательном порядке закреплено не было.

В процессе сравнения действующего законодательства о публичных мероприятиях в государствах-участниках СГБР становится ясно вывод о том, что российское право публичных собраний более либерально по сравнению с соответствующими нормами белорусского закона. Опять же, учитывая стратегические цели СГБР, в частности создание единой правовой системы СГБР, следует стремиться к тому, чтобы гармонизировать нормы права, регулирующие проведение публичных собраний в Беларуси и в России.

Можно согласиться с критикой белорусского законодательства⁷ в той части, что закон Беларуси о публичных мероприятиях «характеризуется подробным сверхрегулированием процедурных аспектов проведения собраний», а также что данный «закон создает сложную процедуру согласования, оставляя в то же время широкие полномочия административным властям в том, как применить этот закон. Эта процедура не соответствует обязательствам государства гарантировать и облегчить осуществление права на свободу собраний».

7 Joint opinion on the law on mass events of the Republic of Belarus adopted by the Venice Commission at its 90th Plenary Session (Venice, 16-17 march 2012) // <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?country=26&year=all>

В этом контексте представляются излишними (в демократическом обществе) требования белорусского законодательства в адрес организаторов массовых мероприятий по оплате охраня общественного порядка при их проведении, а также медицинского обслуживания участников мероприятия и услуг коммунальных служб по уборке места проведения массового мероприятия. О необходимости отмены данной обязанности организаторов убедительно говорит тот факт, что все граждане Беларуси посредством уплаты соответствующих налогов и сборов непосредственно участвуют в содержании органов правопорядка, медицинских учреждений и коммунальных служб. Подобная двойная оплата «услуг» представляется неуместной не только с позиций публичного, но и частного права.

Можно также согласиться с выводом международных экспертов, Право публичных собраний государств-участников СГБР «...фактически делает незаконными любые спонтанные акции. ...содержит много ограничений по времени и месту проведения акций, а также неправомерно устанавливает ограничения для того, кто может быть организатором собрания». В этом отношении право публичных собраний и Белоруссии и России обладает общими недостатками, которые следует устранять посредством законотворческой работы и соответствующей корректировки правоприменительной практики.

Безусловно, законодательство государств-участников СГБР всё еще далеко от совершенства. Можно лишь надеяться, что работа по улучшению действующего права публичных собраний будет продолжена в ближайшие годы законодателями Белоруссии и России. При этом следует высказать рекомендацию как законодателями, так и правоприменителям государств-участников СГБР: почаще вспоминать о существовании Союзного Государства Белоруссии и России, в рамках которого правовые системы двух стран должны быть подвержены гармонизации, в том числе и право публичных собраний должно модернизироваться. В рамках данной работы следует учитывать и существующий опыт каждого государства-участника. Например, решения Конституционного Суда России о том, что государственным властям необходимо отказаться от привлечения к административной ответственности организаторов публичного мероприятия в том случае, если на мероприятие фактически приходит больше участников, чем было заявлено в уведомлении.⁸ Помимо этого в 2013 году Конституционный суд России сделал вывод о том, что необходимо предоставить только органам судебной власти определение пределов ответственно-

8 Постановление Конституционного Суда РФ от 18.05.2012 N 12-П «По делу о проверке конституционности положений части 2 статьи 20.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, пункта 3 части 4 статьи 5 и пункта 5 части 3 статьи 7 Федерального закона «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» в связи с жалобой гражданина С.А. Каткова» // СПС «КонсультантПлюс» - <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=130163>

сти организаторов публичного мероприятия.⁹ Фактически судьи Конституционного Суда РФ снизили размер штрафов за нарушение административного законодательства в ходе публичных мероприятий.¹⁰ И последнее, но не менее важное обстоятельство - это практика Европейского суда по правам человека в Страсбурге, который констатировал нарушение со стороны публичных властей права граждан на свободу мирных собраний, в частности посредством установления фактической невозможности проведения мирных контрдемонстраций или публичных мероприятий, на которых высказываются непопулярные или даже шокирующие, неприемлемые для большинства взгляды.¹¹

Таким образом, взаимный законодательный и правоприменительный опыт, а также международная судебная практика должны стать основой для работы по совершенствованию права публичных собраний, действующего в рамках Союзного Государства Беларуси и России, главной целью которого является неуклонное соблюдение основных прав и свобод человека и гражданина, формирование единой правовой системы и создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека (ч.1 ст.2 Договора о Создании Союзного Государства).

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Договор о Создании Союзного Государства Республики Беларусь и Российской Федерации от 8 декабря 1999 года // Информационно-аналитический портал Союзного государства.
2. Федеральный закон от 19 июня 2004 г. N 54-ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» (с изменениями и дополнениями) // СПС «Гарант»
3. Храмова Т.М. Правонаконтрдемонстрации: угроза или индикатор уровня демократии? // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 7.
4. Конституция Республики Беларусь 1994 года (с изменениями и дополнениями, принятыми на республиканских референдумах 24 ноября 1996 г. и 17 октября 2004 г.) // Национальный правовой интернет-портал Республики Беларусь
5. Свобода мирных собраний: европейские стандарты и законодательство Республики Беларусь / пер. ст. А.Е. Вашкевича, В.В. Филиппова; науч. ред. А.Е. Вашкевич; отв. ред. В.В. Филиппов. – Минск: Тесей, 2009.
6. Закон Республики Беларусь от 30 декабря 1997 г. № 114-З «О массовых мероприятиях в Республике Беларусь» // Национальный правовой интернет-портал Республики Беларусь.

9 Постановление Конституционного Суда РФ от 14.02.2013 N 4-П «По делу о проверке конституционности Федерального закона «О внесении изменений в Кодекс РФ об административных правонарушениях и Федеральный закон «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы и жалобой гражданина Э.В. Савенко» // СПС «Консультант-Плюс» - <http://www.consultant.ru/law/hotdocs/24001.html>

10 Закон о митингах скорректировали / Информационное агентство «ИНТЕРФАКС / INTERFAX» - <http://www.interfax.ru/russia/txt.asp?id=290601>

11 Храмова Т.М. Право на контрдемонстрации: угроза или индикатор уровня демократии? // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 7. С. 10-16.

THE FREEDOM OF ASSEMBLY IN BELARUS AND RUSSIA: A COMPARATIVE STUDY

The authors of the article undertake a comparative study of the existing legislation of Belarus and Russia on the Freedom of Assembly. The focus point of the research paper is concentrated on the investigation of practical problems of the Public Protest Law in the Union State of Belarus and Russia founded in 1999. One of the declared aims of the Union State is the harmonization of legal systems of member-states. Taking into account this declaration, the authors of the article provide recommendations regarding further liberalisation of the Public Assembly Law in Belarus and Russia. The authors arrive at the conclusion that the legislative activities in the field of the Public Protest Law in the Union State of Belarus and Russia should be continued in the nearest future.

Key words: demonstration, meeting, public protest law, freedom of assembly, Belarus, Russia, the Union State.

STOSUNEK DO ŻYCIA LUDZKIEGO W PRAWIE KARNYM RZECZYPOSPOLITEJ SZLACHECKIEJ (STAN NORMATYWNY A PRAKTYKA)

*„...człowiek nie zawsze był pewny życia
w gronie szlachty-braci, nawet wśród sąsia-
dów i przyjaciół. Krew była gorąca i tania,
przelewano ją przy byle sposobności”*

Ten cytat zapożyczony ze świetnego dzieła Jana Stanisława Bystronia, doskonałego znawcy obyczajów w dawnej Polsce, znakomicie ilustruje, jak zasadniczo różnił się stosunek do życia ludzkiego w dawnej Polsce w porównaniu z dniem dzisiejszym.¹ W Rzeczypospolitej szlacheckiej przestępstwa przeciwko życiu należały do poważnych, ale życie ludzkie nie było dobrem chronionym w sposób wyjątkowy, nie było nawet dobrem najwyższym, bo znacznie wyżej ceniono sobie w tych czasach cześć i honor, czy majątek niż życie człowieka. Konstatacja ta dotyczy w zasadzie wszystkich grup społecznych zamieszkujących polsko-litewskie państwo, niezależnie od przynależności stanowej, pozycji społecznej czy majątku. Takie traktowanie życia ludzkiego wynikało z wielu przyczyn: stosunków społecznych, kultury i obyczajów, a co najważniejsze – z realiów codziennej egzystencji każdego człowieka i wszystkich grup społecznych.

Otóż śmierć była obecna niemal codziennie i towarzyszyła ludziom od chwili narodzin aż po kres życia. Była więc zjawiskiem normalnym i oswojonym. Przede wszystkim dotykała dzieci – kobiety w tej epoce rodziły statystycznie rzecz ujmując, niezależnie czy była to chłopka czy królowa, kilkanaście razy, z czego wiek dorosły (znowu statystycznie) osiągało jeden, dwoje, najwyżej troje potomków. Śmiertelność w pòłogu była ogromna i stanowiła rzecz zwyczajną, choroby dzieci kończące się ich śmiercią także nie należały do rzadkości. To samo zresztą dotyczyło i dorosłych, zarazy występujące regularnie co kilka lat i kłęski naturalne, zwłaszcza nie-

1 J.S. Bystron, Dzieje obyczajów w dawnej Polsce. Wiek XVI—XVIII, t. II, Warszawa 1994, s. 301.

urodzaj, w połączeniu z brakiem higieny i ówczesnym stylem życia także zbierały śmiertelne żniwo. Całość tych zjawisk w połączeniu z powszechnym przecież religijnym światopoglądem, który kazał godzić się z istniejącym w czasie życia ludzkiego stanem rzeczy uznając je tylko jako przystanek do życia wiecznego, determinowała tak indywidualny, jak i zbiorowy stosunek do egzystencji ludzkiej.

Stosunki społeczne, jak zawsze, znajdowały swoje odzwierciedlenie w prawie karnym.² Z jednej strony chroniło ono życie ludzkie w stopniu odzwierciedlającym świadomość społeczną, z drugiej strony jego opresyjność wyrażająca się w systemie surowych kar, z karą śmierci na czele, odpowiadała surowym warunkom życia i poglądom, że kary są konsekwencją nie tylko łamania praw ludzkich, ale przede wszystkim bożych i że ich surowość i publiczne wykonanie mają skuteczną moc odstrasżającą. W rezultacie stosunek prawa karnego do życia ludzkiego odzwierciedlony w normach prawnych, a zwłaszcza w praktyce, był dość zagmatwany i niejednoznaczny. Przede wszystkim przestępstwa przeciwko życiu były zaliczane do przestępstw prywatnych, czasami zagrożonych karami publicznymi, czasami kompozycyjnym, a czasami wyłącznie prywatnymi. Rodzaj kary i jej wymiar zależał więc od wielu dodatkowych okoliczności, które musiał uwzględnić sąd. Zaliczano do nich winę, okoliczności i miejsce dokonania przestępstwa, stan społeczny, wiek, płeć sprawcy i ofiary oraz szereg jeszcze innych okoliczności wpływających na treść wyroku.

To samo zresztą dotyczy także przestępstw przeciwko zdrowiu, przez które rozumiano szeroko pojęte uszkodzenie ciała. Tu z kolei, w zależności od rodzaju i okoliczności popełnienia przestępstwa, uzależniano, czy w ogóle je zakwalifikować do kategorii przestępstw przeciwko zdrowiu, czy przeciwko czci ofiary.

Wiodącym systemem prawnym w badanym okresie było bez wątpienia prawo ziemskie. Do końca istnienia Rzeczypospolitej przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu były domeną prawa zwyczajowego (z wyjątkiem Litwy). Nie znaczy to, że brak było w tej dziedzinie uregulowań prawnych w ogóle, niektóre postacie tego przestępstwa były regulowane konstytucjami sejmowymi, ale rozwiązania te były fragmentaryczne i niepełne.

2 Prawo karne w dawnej Polsce cieszyło się zawsze dużym zainteresowaniem historyków, zwłaszcza specjalistów historii prawa, znaczące miejsce w badaniach zajmowała problematyka przedstawiana w niniejszej rozprawce. Zob. np. monografie: H. Grajewski, Kara śmierci w prawie polskim do połowy XIV wieku, Warszawa 1956; M. Handelsman, Kara w najdawniejszym prawie polskim, Warszawa 1908; *idem*, Prawo karne w Statutach Kazimierza Wielkiego, Warszawa 1909; D. Janicka, Prawo karne w trzech rewizjach prawa chełmińskiego, Toruń 1992; S. Kutrzeba, Mężobójstwo w prawie polskim XIV i XV w., Kraków 1907; *idem*, Dawne polskie prawo sądowe w zarysie, Lwów–Warszawa–Kraków 1927; R. Łaszewski, Wiejskie prawo karne w Polsce w XVII i XVIII wieku, Toruń 1988; W. Maisel, Poznańskie prawo karne do końca XVI wieku, Poznań 1963; *idem*, Archeologia prawna Polski, Warszawa–Poznań 1982; M. Mikołajczyk, Przepęstwo i kara w prawie miast Polski południowej XVI–XVIII wieku, Katowice 1998; J. Rafacz, Dawne polskie prawo karne, Warszawa 1932; R. Taubenschlag, Prawo karne polskiego średniowiecza, Lwów 1934; H. Zaremska, Niegodne rzemiosło. Kat w społeczeństwie Polski XIV–XVI w., Warszawa 1986.

Prawo ziemskie wyróżniało dwie podstawowe postacie zabójstwa – zabójstwo umyślne, przy którym domniemano istnienie złego zamiaru i które traktowano jako kryminalne;³ mogło ono przybrać postać kwalifikowaną: ojcobójstwa, małżonkobójstwa, dzieciobójstwa i krewnobójstwa.⁴ Wspomniane wyżej konstytucje normowały jednak niektóre postacie mężobójstwa uznawane za umyślne.⁵ Dotyczyło to zabójstwa podczas napadu na dom szlachecki, na sejmiku, zabójstwa szlachcica przez plebeja, dokonanego na zgromadzeniu publicznym z rusznicy lub łuku.⁶ Pozostałe zabójstwa traktowano jako cywilne.

Zabójstwo umyślne karano ścięciem oraz kara główszczyzny; w stosunku do kwalifikowanych postaci zabójstwa, w braku rozwiązań ustawowych stosowano na zasadach analogii bądź prawo miejskie, bądź litewskie (kwalifikowane kary śmierci, konfiskata majątku, infamia – czasami łącznie). Zabójstwo cywilne karane było więzłą dolną w wymiarze 1 roku i 6 tygodni połączoną z zapłatą główszczyzny.

Główszczyzna i nawiązka jako kary prywatne mogły zostać przez uprawnionego w każdym konkretnym przypadku obniżone.

Wyjątkowym i znanym tylko prawu ziemskiemu był pojedynek – przestępstwo specyficzne znane tylko prawu ziemskiemu i skierowane zarówno przeciwko życiu, jak i zdrowiu. Tracił on jednak charakter przestępczy, jeżeli zgodę nań wyraził monarcha (zabójstwo lub zranienie w takiej sytuacji pociągało za sobą tylko zapłatę główszczyzny lub nawiązki). Konstytucja z 1588 r. wprowadzała karalność samego wyzwania na pojedynek (pół roku więzy górnej i 60 grzywien). Sama instytucja pojedynku była przez szlachtę w zasadzie potępiana, o ile był on kalkulowany z zimną krwią.⁷ Nie jest mi jednak znany żaden przypadek, w którym po niedozwolonym pojedynku sąd orzekł karę publiczną.

Szczególnie rozbudowane w prawie ziemskim były zranienia, które pociągały za sobą w zasadzie wyłącznie karę prywatną w postaci nawiązki.⁸

3 Samo ściganie tego przestępstwa ustawodawstwo traktowało ambiwalentnie; w latach 1493–1510 ścigał je starosta, w latach 1510–1538 – król, a na staroście i sądowych urzędnikach ziemskich spoczywał obowiązek zawiadomienia monarchy o takich przestępstwach popełnionych na terytorium, na którym sprawowali swój urząd; od 1539 – ponownie starosta, który od 1588 r. miał obowiązek ścigania sprawcy, gdy krewni ofiary nie wystąpili z pozwem przeciwko sprawcy w ciągu 1 roku; zob. J. Rafacz, *Dawne polskie prawo karne*, *op. cit.*, s. 46.

4 W Koronie brakowało ustawowych przepisów dotyczących karania tego typu przestępstw (wyjątkiem było tu prawo chełmińskie, które w Prusach Królewskich stosowano wobec wszystkich mieszkańców oraz ekscepta mazowieckie). Sądy stosowały w takich przypadkach analogię odwołując się do prawa litewskiego lub chełmińskiego.

5 Uznanie tych przestępstw za umyślne nie wynikało jednak z faktu, że ochrona dotyczyła życia ludzkiego, ale uznano je za gwałty zagrażające porządkowi i bezpieczeństwu publicznemu.

6 I tu jednak sądy uwzględniały wiele instytucji prawa karnego albo wykluczające karalność danego czynu albo nawet wykluczające jego przestępczość (np. afekt czy początek).

7 Tego typu pojedynki opinia szlachecka traktowała jako zabójstwo z premedytacją. Zauważył to już J.S. Bystrzeń, a potwierdzają ten fakt badania akt sądowych; zob. J.S. Bystrzeń, *op. cit.*, s. 185–186; Z. Naworski, *Szlachecki wymiar sprawiedliwości w Prusach Królewskich (1454–1772). Organizacja i funkcjonowanie*, Toruń 2004, s. 133, 170.

8 Zob. J. Rafacz, *Dawne polskie prawo...*, *op. cit.*, s. 187–189.

Trzeba wyraźnie podkreślić, że zarówno męzobójstwa, jak i zranienia wśród szlachty były zjawiskiem bardzo częstym. Dokonywano ich jednak z reguły w okolicznościach, które powodowały, że prawie nigdy nie kwalifikowano ich jako przestępstw umyślnych. Występowały one bowiem jako zdarzenia towarzyszące wielu imprezom towarzyskim, zajazdom i awanturom, przy okazji pijaństwa, zwad i kłótni, o które nigdy nie było trudno. Tego typu wypadki dość rzadko trafiały przed oblicze ówczesnego szlacheckiego wymiaru sprawiedliwości. Załatwiano je z reguły polubownie na drodze ugody lub co najwyżej kierowano je do rozpatrzenia przez sądy polubowne (kompromisarskie). Nawet jeżeli trafiały one do sądów ziemskich lub grodzkich, kary w nich orzekane były najczęściej karami prywatnymi, czasami połączonymi z karami wieży dolnej lub części górnej.

Prawo karne było najlepiej rozwinięte i skodyfikowane w prawie miejskim, które zostało recypowane z krajów niemieckich i zachowało swój wyjątkowo surowy charakter. Dotyczyło to zarówno prawa magdeburskiego, jak i chełmińskiego.⁹ Dodać jednak trzeba, że ich modyfikacja dokonywana przez władze niemal każdego miasta i miasteczka, przy zachowaniu owego wspólnego pnia wywodzącego się z prawa sasko-magdeburskiego znacznie je zróżnicowała. Wynikało to zarówno z recepcji najpierw wzorów rzymskich i włoskich, a potem ustawodawstwa europejskiego (zwłaszcza *Caroliny*) i dorobku ówczesnej europejskiej nauki, jak i dostosowania tego prawa do warunków miejscowych. Modyfikacje były też dokonywane na mocy przywilejów królewskich; już pod koniec XIII i w połowie XIV w. kilkanaście miast wielkopolskich i śląskich dzięki temu uzyskało prawo karania śmiercią schwytych rabusiów i złoczyńców, złodziei, rozbójników, morderców, fałszerzy, świętokradców, gwałcicieli dziewic i mężatek.¹⁰ Skutkiem tego były daleko idące różnice między systemami prawa karnego poszczególnych ośrodków miejskich. Jednak dokonywane modyfikacje zawsze miały na celu prawnokarną ochronę ustalonego, a opartego na *Dekalogu*, systemu wartości i porządku uważanego za optymalny.¹¹

Prawo miejskie w przedstawianym tu okresie do przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu ludzkiemu zaliczało: zabójstwo, morderstwo, dzieciobójstwo, spędzenie płodu, porzucenie dziecka oraz uszkodzenie ciała.

Zabójstwo było umyślnym pozbawieniem życia, natomiast morderstwo było umyślnym i zuchwałym pozbawieniem życia dokonany na drodze publicznej lub

9 Zob. B. Groicki, Artykuły prawa magdeburskiego. Postępek sądów około karania na gardle. Ustawa placej u sądów, Warszawa 1954, s. 39–41, 191–192, 200; *idem*, Porządek sądów i spraw miejskich prawa magdeburskiego w Koronie Polskiej, Warszawa 1953, s. 209–215. Z kolei analiza prawa chełmińskiego została oparta na trzech rewizjach tego prawa z lat 1566, 1580 i 1594. Żaden z tych projektów ostatecznie nie wszedł w życie, ale stanowią one wyraźną wskazówkę, jak prawo chełmińskie było stosowane w XVI w. w praktyce sądowej. Monografie poświęconą tej problematyce opracowała D. Janicka, Prawo karne..., *op. cit.*

10 H. Zaremska, Niegodne rzemiosło..., *op. cit.*, s. 18–19.

11 M. Mikołajczyk, Przestępstwo i kara w prawie miast Polski południowej XVI–XVIII wieku, *op. cit.*, s. 35, 269–270.

w domu ofiary. Trucicielstwo, zabójstwo za pomocą czarów, dzieciobójstwo oraz spędzenie płodu prawo uważało za szczególne formy tego przestępstwa (w zależności od sytuacji bądź jako kwalifikowane, bądź uprzywilejowane jego postaci). Z kolei zabójstwa nieumyślnego można było dokonać z niedbalstwa, nieostrożności lub przypadkiem; do tego typu zabójstwa zaliczono też zabójstwo w stanie nietrzeźwym lub z lekkomyślności.

Przestępstwem przeciwko zdrowiu było uszkodzenie ciała. Szczegółowe postaci tego przestępstwa były z reguły regulowane kazuistycznie, a szczegółowe rozwiązania nieraz znacząco się różniły. Np. w każdej z trzech kodyfikacji prawa chełmińskiego było ono uregulowane nieco odmiennie i obejmowało szereg postaci. Było to ciężkie uszkodzenie ciała (rana ciężka krwawa, ochromienie), krwawe okaleczenie (rany proste i krwawe), lekkie uszkodzenie ciała (wybicie zęba, poszarpanie ciała) i uderzenie (rany sine). Daleko posunięta kazuistyka normująca uszkodzenie ciała w kilkunastu szczegółowych artykułach, w ostatnim projekcie uwzględniała tylko zranienie na drodze publicznej i zranienie wzajemne w czasie bójki. Stopień uszkodzenia ciała i rodzaj ran stały się okolicznościami mającymi wpływ na rodzaj i wymiar kary. Rany sine (uderzenia) uznane zostały za przestępstwo czynnej zniewagi.

Karą za zabójstwo było ścięcie. Istniała jednak możliwość wykupienia się od kary śmierci za zabójstwo przez zapłatę główszczyzny, czyli kary prywatnej. Karę główszczyzny stosowano zawsze w wypadku zabójstwa nieumyślnego. Natomiast w przypadku zabójstwa umyślnego przepisy poszczególnych miasta były niekonsekwentne, zarówno umożliwiając zamianę kary śmierci na główszczyznę (wergeld), jak i ją wykluczając. To samo dotyczyło zabójstwa z przypadku, sądy orzekały główszczyznę, ale gdy śmierć nastąpiła w sytuacji polowania na ptaki, ścinki drzew lub wyładowywania wozu, uwalniały od kary. Zabójstwo w stanie nietrzeźwym (ale nie dotyczyło to rozmyślnego upicia się) lub z lekkomyślności stanowiło podstawę złagodzenia kary i orzeczenia zamiast kary śmierci kary arbitralnej – główszczyzny, więzienia lub wydalenia z miasta.

Śmierć przez ścięcie była też stosowana do pozostałych postaci zabójstwa, w tym za trucicielstwo i spędzenie płodu; gdy spędzony płód już nie żył orzekano karę wydalenia z miasta.

Karą za morderstwo była śmierć przez łamanie kołem, podobnie jak za dzieciobójstwo, choć za dzieciobójstwo alternatywnie można było orzec karę pogrzebienia żywcem (w praktyce za to przestępstwo sądy karały ścięciem). Ścięciem kończyło się zabójstwo dziecka przez jego porzucenie – jeżeli dziecku udało się przeżyć, sprawcy groziła kara arbitralna.

Usiłowanie było traktowane tak jak dokonanie przestępstwa. Również współsprawcy, podżegacze i pomocnicy ponosili odpowiedzialność akcesoryjną w stosunku do odpowiedzialności sprawcy głównego zabójstwa lub morderstwa.

Nieletni wiek sprawcy uwalniał go od kary śmierci, jego opiekunowie mieli jednak obowiązek zapłacenia główszczyzny.

Obrona konieczna wyłączała bezprawność czynu, bezkarnym było też zabicie proskrybowanego lub schwytanego na gorącym uczynku gwałciciela lub cudzołożnika (gdy zabójcą był mąż lub ojciec kobiety).

Uszkodzenie ciała skutkowało orzeczeniem kar kompozycyjnych. Za rany ciężkie sprawca tracił rękę lub uiszczyć musiał nawiązkę w wysokości całej główszczyzny lub jej połowy, połowę główszczyzny sprawca płacił za ochromienie – za pozostałe rany trzeba było płacić nawiązkę, za spowodowanie kilku ran nawiązki kumulowały się, chyba że owe rany powstały w wyniku jednego uderzenia i w bliskiej od siebie odległości. Późniejsze rewizje zaostrzały karalność uszkodzenia ciała włączając je do systemu kar publicznych. Zranienie przy użyciu niebezpiecznej broni palnej lub siecznej, które pozostawiło wyraźną szpecącą dużą bliznę było karane śmiercią, kara ta lub ucięcie ręki groziła za zranienie ciężkie. Umyślne spowodowanie tego typu ran wykluczało możliwość wykupienia się od kary śmierci lub mutylacyjnej. Pozostałe rany pociągały za sobą kary nawiązki.

Karę nawiązki wynoszącą połowę główszczyzny płacili też podżegacze i pomocnicy.

Praktyka dotycząca przestępczości kryminalnej w miastach polskich wykazuje, że przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu człowieka zdarzały się relatywnie rzadko i stanowiły 10%-15% ogólnej liczby poważniejszych przestępstw, a przy uwzględnieniu także przestępstw drobnych masowo napływających do sądów miejskich (kłótnie, awantury, niesnaski i kłótnie rodzinne oraz sąsiedzkie, różne postacie kalumni itp.) ich liczba nie przekraczała kilku procent.¹²

12 M. Kamler, Kary za przestępstwa pospolite w dużych miastach Polski w drugiej połowie XVI i pierwszej połowie XVII wieku, „Kwartalnik Historyczny” 1994, R. 101, z. 3, s. 28–31, tabele 1–2; *idem*, Struktura i liczebność środowisk przestępczych Poznania i Krakowa w drugiej połowie XVI w., „Przeszłość Demograficzna Polski” 1984, t. 15, s. 76–79.; M. Mikołajczyk, Przepęstwo i kara w prawie miast Polski południowej XVI–XVIII wieku, *op. cit.*, s. 35. W moich badaniach dotyczących przestępczości w Kowalewie Pomorskim znalazłem tylko 1 taką sprawę w ciągu 50 lat. W marcu 1685 r. toczył się proces przeciwko Mariannie Polaczkównie o dzieciobójstwo. Oskarżona przyznała jako się na karcie, która między cofessata schowana, że bez litości plód swój siekierą w szybkę ciąwszy zabiła, a zwłoki schowała do skojca gdzie gęsi siadają. Sąd skazał oskarżoną aby na granicy [miasta – ZN] żywo w dole było zakopana a palem przebita. Jednak na skutek interwencji wojewody chełmińskiego, starosty Kowalewa sąd niniejszy zważywszy, wolę sobie Jaśnie Wielmożnego siła ważąc... mieczem ściąć pozwała. Egzekucji dokonał Michał – kat toruński, a do obserwowania jej przebiegu sąd delegował dwóch ławników, którzy mieli ją pisarzowi sądowemu potwierdzić. Po ścięciu skazaną miano pochować na miejscu egzekucji to iest za szpitalikiem, do tego jednak akurat nie doszło, bo ciało zabrał proboszcz i pogrzebał przy kościele; Archiwum Państwowe w Toruniu, Akta miasta Kowalewa, sygn. XV–30, k. 25v–29.

Wiejskie prawo karne do przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu zaliczało: zabójstwo, samobójstwo, zranienie, pobicie i bójki.

Zabójstwo podobnie w prawie ziemskim, jak i miejskim dzielono na umyślne i nieumyślne.

Kwalifikowanymi postaciami zabójstwa było zabójstwo krewnych i powinowatych, do dzieciobójstwa zaliczano też przestępstwo spędzenia płodu. Sprawy te traktowano jako przestępstwa prywatne i ścigano je na podstawie skargi rodziny ofiary. W wypadku rozpatrywania tych przestępstw przez sądy wiejskie z reguły sprawa kończyła się ugodą i wypłatą główszczyzny, często też sądy nakładały na sprawcę przestępstwa kary dodatkowe w postaci plag, kary więzienia i pokuty. Najbardziej bulwersujące postacie zabójstwa, za zgodą władz dominialnych, kierowano do sądów najbliższego miasteczka, czasami trafiały one przed sąd wiejski lub pana dominialnego, kiedy orzekały one karę śmierci, do jej wykonania wzywano kata z najbliższego miasta. Generalnie trzeba jednak stwierdzić, że nawet i w takim przypadku do wykonania wyroku nie dochodziło, łaskę bowiem skazanemu przestępcy okazywała władza dominialna.

Przestępstwem występującym wyłącznie w prawie wiejskim, aczkolwiek niezwykle rzadko, było samobójstwo.¹³ Zaliczano je jednak nie tyle do przestępstw przeciwko życiu, ile do przestępstw religijnych i także kary orzekano (zakaz pochowania ciała w poświęconej ziemi, spalenie zwłok, plagi i pokuta, o ile niedoszły samobójca nie umarł).

Zranienie i pobicie było rozpatrywane przez sądy wiejskie niechętnie, z reguły występowało tu pozasądowe jednanie, a często takie jednanie nakazywały także sądy, o ile sprawa trafiała na wokandę. Jeżeli sądy w tych sprawach wydawały wyroki, to ograniczały się one często do orzeczenia wysokości zadośćuczynienia i nie nakładały na sprawców żadnej kary. Równie często poza orzeczeniem nawiązki sądy stosowały kary arbitralne (kary pieniężne na rzecz pana, sądu, kościoła, plagi i z reguły – przeprosiny).

Podobnie wiejski wymiar sprawiedliwości traktował bójki, choć te traktowano jako przestępstwa publiczne i stąd ugody występowały bardzo rzadko. Z reguły sądy orzekały zadośćuczynienie, pokrycie kosztów leczenia i innych szkód, plagi oraz różne formy ograniczenia wolności – najczęściej gąsior.¹⁴

13 Tezę o traktowaniu samobójstwa jako przestępstwa występującego w prawie miejskim stawia M. Mikołajczyk, choć sam podkreśla, że jest ona kontrowersyjna; zob. M. Mikołajczyk, *Przestępstwa przeciwko życiu w małych miastach polskich (na przykładzie Żywca i Miechowa) XVI–XVIII wieku*, [w:] *Państwo – prawo – sprawiedliwość. Dawniej i dziś*, A. Lityński (red.), Katowice 1993, s. 80–83.

14 Zob. R. Łaszewski, *Wiejskie prawo karne w Polsce w XVII i XVIII wieku*, *op. cit.*, s. 70–85.

Drugim aspektem związanym z omawianą problematyką jest stosunek społeczeństwa, a w konsekwencji i prawa karnego, do kary śmierci.¹⁵ Tu poglądy społeczne były jednoznaczne. Kara śmierci była uznawana za karę podstawową i powszechnie akceptowaną. Co więcej, okrutne i publiczne sposoby jej wykonywania były uznawane za najlepszy środek prewencji generalnej, stąd wiele miast nakażywało obligatoryjne uczestnictwo w jej wykonaniu mieszkańcom miasta z dziećmi włącznie. Ponadto eliminowała ona definitywnie przestępcę, uwolnienie od niej w ówczesnych warunkach oznaczało brak nad nim późniejszej kontroli, no i była dużo tańsza niż kara więzienia. Kara miała charakter formalny i musiała być wykonana. Jeżeli skazaniec przed wykonaniem wyroku zmarł, karano zwłoki.

Kary śmierci dzielono na zwyczajne, do których zaliczano ścięcie, powieszenie i utopienie, a w prawie wojskowym – rozstrzelanie oraz na kwalifikowane, czyli ćwiartowanie żywcem, spalenie na stosie, wbicie na pal czy zakopanie żywcem. Były to zresztą kary tzw. pojedyncze, które w sumie i tak były łagodniejsze w stosunku do kar złożonych, polegających na szczególnym udręczeniu skazańca przed samą egzekucją. Były to: pochód hańbiący, kiedy prowadzony na miejsce stracenia skazaniec był szarpany kleszczami, darto z niego pasy, obcinano ręce itp.; przed spaleniem żywcem czy powieszeniem skazańca najpierw piętnowano, obcinano język, najpierw palono ręce itp.; łamanie kołem, wplecenie skazańca w koło i wystawienie koła na palu, utopienie żywcem w zaszytym razem z różnymi zwierzętami worku (najczęściej kotami lub szczurami) itp. Bardzo mocno trzeba przy tej okazji podkreślić, że tak dalekie zróżnicowanie okrutnych kar kończących się śmiercią skazańca nie wynikało wcale z obowiązującego wówczas prawa pisanego. Prawo chełmińskie знаło tylko pięć takich kar: ścięcie mieczem, powieszenie, łamanie kołem, spalenie żywcem i pogrzebanie żywcem, podobnie kary wyglądały u Groickiego. *Carolina* dodała jeszcze utopienie i ćwiartowanie.¹⁶ Znacznie bogatszy katalog kar, tak plastycznie opisywanych przez Bystronia, to już inicjatywa samych sądów i wyobraźni sędziów, akceptowana zresztą przez władze i społeczeństwo.¹⁷

Kary tego typu wykonywano w całej Rzeczypospolitej, przy czym w określaniu sposobu wykonania kary śmierci kwalifikowanej sędziowie mieli pełną swobodę modyfikowania przepisów prawnych wedle swego uznania.

15 Znaczący obyczajów omawianej epoki surowość ówczesnych praw wiąże z niską wrażliwością moralną i fizyczną na kary cielesne stosowane wówczas powszechnie i będące podstawowym elementem wychowania, a także z brutalnością ówczesnych obyczajów wynikającą z nekających ówczesne społeczeństwo schorzeń i zbrodni, z drastycznym okrucieństwem i sadyzmem na czele; zob. Z. Kuchowicz, *Obyczaje staropolskie w XVII–XVIII wieku*, Łódź 1975, s. 545–570.

16 Zob. D. Janicka, *Prawo karne...*, *op. cit.*, s. 50.

17 J.S. Bystron, *Dzieje obyczajów...*, *op. cit.*, t. II, s. 318–326.

Kwestie tu wskazane pozostają poza dyskusją, powstaje natomiast pytanie, jak masowe było to zjawisko i czy rzeczywiście kary śmierci były tak często wykonywane, jak je orzekano i jak kara ta była traktowana przez różne systemy prawne.

Odpowiedź na to ostatnie pytanie jest stosunkowo prosta. Kary śmierci, zwłaszcza w postaci kwalifikowanej, były orzekane i wykonywane najczęściej w miastach. W prawie ziemskim ich znaczenie było znacznie mniejsze i orzekały je wyłącznie sądy grodzkie (głównie jednak wobec plebejów),¹⁸ w prawie wiejskim były one stosowane wyjątkowo. Ale i prawo miejskie nie było w tej materii jednolite. Po pierwsze paradoksem wydaje się konstatacja, że korzystanie z kary śmierci najczęściej występowało w Polsce południowej, w Prusach Królewskich i w Wielkopolsce, gdzie mieszało przecież więcej Niemców i gdzie recepcja prawa niemieckiego była najpełniejsza zjawisko to występowało relatywnie rzadziej. Po drugie spornym jest, czy bardziej surowe orzecznictwo charakteryzowało wielkie miasta, czy małe miasteczka.¹⁹ W odniesieniu do praktyki miejskiego wymiaru sprawiedliwości sprawa wydaje się znacznie bardziej skomplikowana. Orzekanie kary śmierci we wszystkich jej postaciach charakteryzowało znaczące zróżnicowanie bez względu na wielkość miasta, aczkolwiek w miasteczkach małych owo zróżnicowanie było znacznie większe niż w miastach dużych. Badania M. Mikołajczyka wskazują na bardzo znaczące różnice w orzekaniu kar śmierci przez sądy małych miast, a jednocześnie na znaczące różnice dotyczące orzekania kar śmierci w Krakowie w różnych okresach.²⁰

I tak jednak zjawisko to wydaje się przerażające. W sądach miejskich wyroki śmierci stanowiły ok. 40% wszystkich wydanych wyroków. Oczywiście dane te są wyjątkowo nieprecyzyjne, tak ze względu na podkreślany już partykularyzm poszczególnych miast, jak i fakt, że orzekanie kary śmierci z biegiem czasu charakteryzowało się tendencją malejącą.

Wydaje się jednak, że samo orzekanie kary śmierci nie oznaczało jeszcze jej wykonania. Podstawowym hamulcem związanym z wykonywaniem kar śmierci (a także stosowaniem w postępowaniu sądowym tortur) były koszty. Co prawda, obciążały one powoda, ale nie zawsze był on w stanie je pokryć i wtedy spadały na miasto. Było to i tak tańsze od więzienia, ale przecież w większości miast więzień (w dzisiejszym rozumieniu tego słowa) w ogóle nie było i chyba jeszcze wtedy nie wyobrażano sobie możliwości ich istnienia. Zdarzało się więc, że skazaniec w takiej sytuacji unikał kary. Utrzymanie kata, zwłaszcza o wysokich kwalifika-

18 Między poszczególnymi sądami grodzkimi także występowały drastyczne czasami różnice w liczbie orzekanych wyroków śmierci. Wystarczy porównać krakowski sąd grodzki, w którym rocznie skazywano na karę śmierci kilka osób z sądem grodzkim malborskim, gdzie tego typu wyroki były zupełnie wyjątkowe.

19 To pierwsze stanowisko prezentował B. Baranowski, to drugie – J. Rafacz, zob. B. Baranowski, *Życie codzienne małego miasteczka w XVII i XVIII wieku*, Warszawa 1975, s. 47; J. Rafacz, *Sprawy karne w sądach miejskich w epoce nowożytnej*, „Kwartalnik Historyczny” 1933, R. XLVII, t. I, z. 4, s. 559–560.

20 M. Mikołajczyk, *Przestępstwo i kara...*, *op. cit.*, s. 188–189, tabele 1–2, s. 202–209, tabele 4–7.

cyjach było kosztowne i mogły sobie na to pozwolić tylko bogate miasta. Zauważmy, że w 1510 r. na całym Mazowszu miasta zostały podzielone na 3 grupy, z których każda miała utrzymać jednego kata, a Warszawa otrzymywała na utrzymanie kata dotacje z urzędu marszałkowskiego.²¹ Stąd także niechęć do korzystania z kata przez społeczności wiejskie. Ponadto prawo (i zwyczaj) wypracowały szereg instytucji umożliwiających przestępcy uniknięcie najcięższej kary. Przede wszystkim dość szeroko stosowano darowanie kary, które było formą dzisiejszego ulaskawienia. Darować karę mógł sejm, król, mogli sędziowie we własnych sądach z inicjatywy własnej lub w wyniku nieformalnej protekcji, mógł wreszcie karę darować powód. Można było też karę wyprosić, wcale często zdarzały się wypadki, kiedy to zarówno mężczyznę, jak i kobietę można było uwolnić, poprzez natychmiastowe poślubienie skazańca, mógł też skazańca uwolnić od kary kat.

Reasumując. Nie sposób z dzisiejszej perspektywy pozytywnie ocenić stosunek do życia i zdrowia ludzkiego w tamtej epoce. Tym niemniej trzeba wyraźnie podkreślić, że na tle ówczesnej Europy tak prawo polskie, jak i praktyka wymiaru sprawiedliwości wydają się mniej okrutne i bardziej humanitarne niż systemy prawne większości państw. Dotyczy to zwłaszcza praktyki – od orzeczenia kary śmierci do jej wykonania na ziemiach polskich było jednak bardzo daleko. Jednocześnie na tle niniejszych rozważań wydaje się wyjątkowo potrzebne opracowanie syntezy dotyczącej omawianej tu problematyki, tym bardziej, że obecny stan badań taką syntezę w pełni umożliwia.

BIBLIOGRAFIA

1. Baranowski B., *Życie codzienne małego miasteczka w XVII i XVIII wieku*, Warszawa 1975.
2. Bystron J.S., *Dzieje obyczajów w dawnej Polsce. Wiek XVI—XVIII*, t. II, Warszawa 1994.
3. Grajewski H., *Kara śmierci w prawie polskim do połowy XIV wieku*, Warszawa 1956.
4. Groicki B., *Artykuły prawa magdeburskiego. Postępek sądów około karania na gardle. Ustawa o płacej sądów*, Warszawa 1954.
5. Groicki B., *Porządek sądów i spraw miejskich prawa magdeburskiego w Koronie Polskiej*, Warszawa 1953.
6. Handelsman M., *Kara w najdawniejszym prawie polskim*, Warszawa 1908.
7. Handelsman M., *Prawo karne w Statutach Kazimierza Wielkiego*, Warszawa 1909.
8. Janicka D., *Prawo karne w trzech rewizjach prawa chełmińskiego z XVI wieku*, Toruń 1992.

21 Por. H. Zaremska, *Niegodne rzemiosło...*, *op. cit.*, s. 29–31. Cytowana autorka podkreśla też, że w XVI w. niewiele miast miało własnych katów. W Wielkopolsce były to zaledwie 3 miasta, w Małopolsce – 5, na Mazowszu – 6. Trudności z pozyskaniem kata wiązały się przecież nie tylko z kosztami jego utrzymania, ale przede wszystkim z pozycją społeczną tego zawodu – był to wszakże urząd hańbiący. Wreszcie, pamiętać należy, że katowska profesja wymagała także określonych zawodowych umiejętności, których trzeba było się gdzieś nauczyć. H. Zaremska tę ostatnią kwestię porusza tylko marginalnie.

9. Kamler M., Kary za przestępstwa pospolite w dużych miastach Polski w drugiej połowie XVI i pierwszej połowie XVII wieku, „Kwartalnik Historyczny” 1994, R. 101, z. 3.
10. Kamler M., Struktura i liczebność środowisk przestępczych Poznania i Krakowa w drugiej połowie XVI w., „Przeszość Demograficzna Polski” 1984, t. 15.
11. Kuchowicz Z., Obyczaje staropolskie w XVII-XVIII wieku, Łódź 1975.
12. Kutrzeba S., Dawne polskie prawo sądowe w zarysie, Lwów-Warszawa-Kraków 1927.
13. Kutrzeba S., Mężobójstwo w prawie polskim XIV i XV w., Kraków 1907.
14. Łaszewski R., Wiejskie prawo karne w Polsce w XVII i XVIII wieku, Toruń 1988.
15. Maisel W., Archeologia prawna Polski, Warszawa-Poznań 1982.
16. Maisel W., Poznańskie prawo karne do końca XVI wieku, Poznań 1963.
17. Mikołajczyk M., Przestępstwo i kara w prawie miast Polski południowej XVI-XVIII wieku, Katowice 1998.
18. Naworski Z., Szlachecki wymiar sprawiedliwości w Prusach Królewskich (1454-1772). Organizacja i funkcjonowanie, Toruń 2004.
19. Rafacz J., Sprawy karne w sądach miejskich w epoce nowożytnej, „Kwartalnik Historyczny” 1933, R. XLVII, t. I, z. 4.
20. Rafacz J., Dawne polskie prawo karne, Warszawa 1932.
21. Taubenschlag R., Prawo karne polskiego średniowiecza, Lwów 1934.
22. Zaremska H., Niegodne rzemiosło. Kat w społeczeństwie Polski XIV-XVI w., Warszawa 1986.

**THE ATTITUDE TO A HUMAN LIFE IN THE CRIMINAL LAW
OF THE POLISH-LITHUANIAN COMMONWEALTH
(LEGAL STATUS AND PRACTICE)**

The present article is devoted to two points. First – the security of a human life and health in old polish criminal law (noble, urban, and rural). Second the issue of the death penalty in the entire system of penalties, frequency of its adjudication in courts and the ways of its execution. This article presents only the most important issues, in both existing legislation, as well as the practice.

Key words: human life, system of penalties, criminal law, execution

MAŁŻEŃSKI OBOWIĄZEK OCHRONY ŻYCIA W ŚWIETLE NAUCZANIA KOŚCIOŁA KATOLICKIEGO

O zagrożeniach ludzkiego życia donosi prasa, Internet, mówi się na ten temat w audycjach radiowych i programach telewizyjnych. Ludzie z przerażeniem wysłuchują wiadomości o gwałtach, morderstwach, atakach terrorystycznych pochłaniających tysiące ofiar. Coraz częściej słyszymy także o maltretowaniu i zabijaniu dzieci przez ich własnych rodziców. Problematyka ochrony życia – będąca przedmiotem niniejszego artykułu – na płaszczyźnie prawnej jest bardzo rozległa. Pojawia się na gruncie prawa karnego, cywilnego, międzynarodowego, sięga także do prawa pracy oraz ustawodawstwa socjalnego. Również Kościół katolicki w swym nauczaniu porusza kwestię troski o życie i niezmiennie stoi na stanowisku ochrony życia na każdym jego etapie.

W zdecydowanej większości współcześnie obowiązujących systemów prawnych niezależnie od różnic kulturowych, życie ludzkie jest afirmowane i *prima facie* zajmuje najwyższe miejsce w hierarchii dóbr chronionych prawem. Życie jest bowiem jedynym, nieodtwarzalnym i niepowtarzalnym dobrem człowieka, przysługującym każdej istocie ludzkiej.¹ Boży zakaz „nie zabijaj”² nie tylko zakazuje zamierzonego i bezpośredniego zabójstwa człowieka, ale wzywa także do zaangażowania się w obronę życia ludzkiego.³ Zobowiązanie to w pierwszym rzędzie dotyczy małżonków. Z pewnością dziecko oznacza dla rodziców nowy trud i wzrost kosztów, stąd pojawia się bardzo mocna w obecnych czasach pokusa, aby dziecka nie było. Ten fakt kulturowy sprawia, że dokładniejsza analiza współczesnych regulacji prawnych nie pozwala już tak jednoznacznie mówić o afirmowaniu ludzkiego życia. Zamykanie się na dar życia ludzkiego, ucieczka od jego obrony, obojętność na los nienarodzonych dzieci i brak zaangażowania się w służbę życiu są powszechnymi zjawiskami poważnie ograniczającymi ochronę życia ludzkiego. W dyskusjach na

1 J. Giezek, R. Kokot, Granice ludzkiego życia a jego prawna ochrona, [w:] B. Banaszek, A. Preisner (red.), Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP, Warszawa 2002, s. 101–102.

2 Wj 20, 13, [w:] Pismo Święte Starego i Nowego Testamentu w przekładzie z języków oryginalnych, wyd. 5, Poznań 2000.

3 T. Borutka, Społeczne nauczanie Kościoła. Teoria i zastosowanie, Kraków 2004, s. 321–323.

temat regulacji relatywizujących ochronę życia to właśnie rodzice wyraźnie powinni zajmować zdecydowane stanowisko chroniące życie najłabszych ludzi.

Podstawowym argumentem, na którym opiera się nauczanie Kościoła na temat poszanowania życia jest stwierdzenie, że życie ludzkie jest darem Boga.⁴ Życie ludzkie jest święte, nienaruszalne, godne najintensywniejszej ochrony prawnej.

Ochronę życia ludzkiego powinna zapewnić przede wszystkim jego matka, która jest pierwszym gwarantem życia nienarodzonego jeszcze dziecka.⁵ Opieka ta wyraża się m.in. w powstrzymaniu od alkoholu, narkotyków czy nikotyny.⁶ Od początku w łonie matki kształtuje się prawdziwy człowiek, który jest chroniony przez instynkt macierzyński, miłość rodzicielską, prawo Boże i prawa ludzkie.⁷ Sytuacja, w której matka dopuszcza się zamachu na życie własnego dziecka, jest nieporozumieniem, wyjątkowym dramatem.⁸ Każdy człowiek poczęty ma prawo do życia, do poznania świata, do osiągnięcia tego celu, który wyznaczył mu Bóg.⁹

Prawo kanoniczne, które jest konsekwentne w ochronie ludzkiego życia, jest pierwszym systemem uznającym w pełni podmiotowość *nasciturusa* ze względu na jego własną wartość i godność osoby.¹⁰ Nauka Kościoła na temat aborcji jest jasna i zdecydowana.¹¹

Wielkimi obrońcami prawa do życia byli poszczególni papieże. W encyklice *Humanae vitae* z 25 lipca 1968 r. papież Paweł VI¹² stwierdza, że wszelkie praktyki antykoncepcyjne są przez Kościół uznane za głęboko niemoralne. Podkreśla się, że ułatwiają one niewierność małżeńską, rozwiązłość seksualną, prowadzą jedynie do zaspokojenia seksualnego, przyczyniają się do traktowania kobiety jako środka i narzędzia służącego zaspokajaniu żądz.¹³ Ważne miejsce wśród dokumentów kościelnych omawiających kwestię wartości ludzkiego życia zajmuje Deklaracja o przerywaniu ciąży *Quaestio de abortu* z 1974 r.¹⁴ oraz Instrukcja *Donum vitae* z 1987 r.¹⁵

4 J. Mazur, *Katolicka nauka społeczna*, Kraków 1992, s. 204–204.

5 Katechizm Kościoła Katolickiego, Poznań 1994, nr 2378; S. Jasioneł, *Prawa człowieka*, Kraków 2004, s. 20.

6 R. Sztymmler, *Ochrona prawa do życia dziecka poczętego*, [w:] B. Sitek, M. Sitek, G. Dammacco, J.J. Szczerbowski (red.), *Prawo do życia a jakość życia w wielokulturowej Europie. Materiały V Międzynarodowej Konferencji Praw Człowieka* (Olsztyn, 30–31 maja 2005), Olsztyn 2007, s. 281–288.

7 S. Wyszynski, *W obronie życia nienarodzonych*, Warszawa 1990, s. 7.

8 W. Góralski, *Funkcja prokreacyjna rodziny w prawie kanonicznym*, [w:] J. Krukowski, T. Śliwowski (red.), *Współdziałanie Kościoła i państwa na rzecz małżeństwa i rodziny. Materiały z ogólnopolskiej konferencji naukowej zorganizowanej przez Stowarzyszenie Kanonistów Polskich, Wydział Nauk Prawnych TN KUL i Diecezję Łomżyńską, Łomża 6–7 września 2004, Łomża 2005*, s. 55–68.

9 T. Jasudowicz (red.), *Prawa rodziny – prawa w rodzinie. Jan Paweł II o małżeństwie i rodzinie. Wypisy z nauczania Ojca Świętego*, Toruń 1999; S. Wyszynski, *W obronie życia nienarodzonych*, *op. cit.*, s. 8–9.

10 L. Świto, *Osobowość prawna nasciturusa w prawie kanonicznym i polskim*, „*Prawo Kanoniczne*” 1997, nr 1–2(40), s. 233–248.

11 R. Sztymmler, *Prawo do życia w nauczaniu Jana Pawła II*, „*Studia Warmińskie*” 1991, nr 28, s. 95–108.

12 AAS 60 (1968) 481–503.

13 M. Dziewiecki, *Humanae vitae, czyli miłość i seksualność*, „*Zeszyty Formacji Katechetów*” 2009, nr 9(2), s. 59–62.

14 AAS 66 (1974) 730–747.

15 AAS 80 (1988) 70–102.

Embrion ludzki od chwili poczęcia ma jednakowe prawa jak każdy inny człowiek, należy mu okazać szacunek, godność i troskę o jego rozwój. Natomiast diagnoza przedporodowa dopuszczalna jest jedynie wtedy, kiedy wykonywana jest nie w celu późniejszego wyeliminowania chorego płodu, a jedynie służy podjęciu decyzji, jaką najbardziej skuteczną przyjąć metodę leczenia. Nauczanie Kościoła dotyczące aborcji zostaje przypomniane w Adhortacji apostolskiej *Familiaris consortio* o zadaniach rodziny chrześcijańskiej w świecie współczesnym z 22 listopada 1981 r.¹⁶ Jan Paweł II podkreślał, że troska o dziecko, jeszcze przed jego narodzeniem, od pierwszej chwili poczęcia jest pierwszym podstawowym testem stosunku człowieka do człowieka.¹⁷ W *Evangelium vitae* z 25 marca 1995 r.¹⁸ papież Jan Paweł II uroczyście przypomniał niezmiennie nauczanie Kościoła o wewnętrznym złu czynów wymierzonych w życie niewinnego człowieka i w inny sposób naruszających jego godność.¹⁹ Nauczanie prorodzinne kontynuuje Benedykt XVI.²⁰

Nic zatem dziwnego, że ogłoszony przez Jana Pawła II Kodeks Prawa Kanonicznego,²¹ w ślad za wcześniejszymi unormowaniami, za przerwanie ciąży przewiduje karę ekskomuniki *latae sententiae* oraz kary dodatkowe.²² Zgodnie z kan. 1398 Kodeksu Prawa Kanonicznego ekskomunice tej²³ podlegają sprawcy aborcji po faktycznym uśmierceniu płodu ludzkiego. Podmiotem przestępstwa przerwania ciąży jest katolik, który świadomie i dobrowolnie, wprost dla zadania śmierci dokonuje skutecznie w jakikolwiek sposób spędzenia płodu ludzkiego. Udział sprawcy (sprawców) w popełnieniu aborcji ma charakter fizyczny (np. lekarz wykonujący zabieg chirurgiczny; matka, która uderzała się w brzuch celem wywołania poronienia) i/lub moralny (np. osoba bliska nakłaniająca do aborcji). Kodeks Prawa Kanonicznego z 1983 r. poprzez umieszczenie aborcji wśród przestępstw przeciwko życiu i wolności człowieka podkreśla, że przestępstwo to jest przede wszystkim zamachem na życie poczętego człowieka. Kościół nakładając karę ekskomuniki ukazuje ciężar tej zbrodni, szkodę nie do naprawienia wyrządzoną niewinnie zamor-

16 AAS 74 (1982) 81–191. B. Mierzwiński, *Familiaris consortio* jako synteza doktrynalno–pastoralna nauczania Kościoła na temat małżeństwa i rodziny, „Ateneum Kapłańskie” 2007, z. 148, s. 214–221.

17 FC, 26.

18 AAS 87 (1995) 401–522.

19 J. Szkodoń, Obrona życia nienarodzonych w świetle encykliki *Evangelium vitae*, „Analecta Cracoviensia” 1998/1999, t. 30–3, s. 291–305; W. Boloż, Obrona i promocja życia w encyklice *Evangelium vitae*, „Ateneum Kapłańskie” 1996, z. 126/1, s. 86–99.

20 Benedykt XVI, *Dzieci są cennym darem od Boga*. Przemówienie podczas spotkania z grupą odpowiedzialnych za ochronę dzieci (Londyn, 18.09.2010).

21 *Codex Iuris Canonici auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus*, 25.01.1983, AAS 75 II (1983) 1–317. Kodeks Prawa Kanonicznego. Przekład polski zatwierdzony przez Konferencję Episkopatu, Poznań 1984.

22 R. Sztuchmiller, *Obowiązek ochrony życia dziecka poczętego*, „Chrześcijanin w świecie” 1989, nr 21/6, s. 34–44.

23 Ekskomunika pozbawia przestępcę niektórych dóbr, które nabył z racji przynależności do wspólnoty Kościoła. Kara *ferendae sententiae* nie wiąże winnego dopóki nie zostanie wymierzona, zaś kara *latae sententiae* zaciągana jest przez sam fakt popełnienia przestępstwa, jeśli ustawa lub nakaz wyraźnie o tym stanowi (są to kary wyjątkowe, cięższe niż *ferendae sententiae*, gdyż pozbawiają możliwości przeprowadzenia obrony. Skutki ekskomuniki nie stwierdzonej kanonicznie określa kan. 1331 § 1 KPK 1983, zaś skutki ekskomuniki wymierzonej lub stwierdzonej kanonicznie – kan. 1331 § 2 KPK 1983.

dowanemu dziecku.²⁴ Oprócz ekskomuniki *latae sententiae* prawodawca kościelny przewidział dodatkowe sankcje karne na dopuszczających się tego przestępstwa. Osoba, która dobrowolnie popełniła to przestępstwo lub pozytywnie współdziałała, gdy skutek nastąpił, zaciąga nieprawidłowość, czyli stałą przeszkodę kanoniczną, której skutkiem jest np. zakaz przyjmowania święceń²⁵ oraz wykonywania już posiadanych.²⁶

By zachować życie na ziemi, Bóg powołał do istnienia społeczność rodzinną. Nadał jej trwałe więzy i podniósł małżeństwo do godności sakramentu.²⁷ Zatem najważniejsze prawa rodziny (w tym prawa dziecka) wynikają z tego, że przymierze małżeńskie jest wspólnotą mężczyzny i kobiety zawieraną na całe życie i realizującą określone przez Stwórcę cele małżeństwa (kan. 1055 Kodeksu Jana Pawła II).²⁸ Na małżonkach spoczywa obowiązek zrodzenia i wszechstronnego wychowania potomstwa w duchu chrześcijańskim. W Kodeksie Prawa Kanonicznego z 1917 r.²⁹ pierwszorzędnym celem małżeństwa było rodzenie i wychowywanie dzieci, a drugorzędnymi celami dobra małżonków (wzajemna pomoc w pożyciu i wychowywaniu dzieci oraz uśmierzenie pożądliwości). Zasady dotyczące pożycia małżeńskiego obowiązywały obojga małżonków w równym stopniu,³⁰ do wspólnych obowiązków należało wychowanie zrodzonego potomstwa.³¹ Obecnie obowiązujący Kodeks Prawa Kanonicznego z 1983 r. w znacznym stopniu wywodzi swoje normy z nauczania Soboru Watykańskiego II, a także z nauczania Jana Pawła II. Istotnymi przymiotami małżeństwa są zatem jedność, nierozzerwalność, sakramentalność i płodność.³²

W związku ze służebnym charakterem małżeństwa względem ludzkiej prokreacji nupturieneci nie są zdolni do ważnego wstąpienia w związek małżeński, jeśli w czasie jego zawierania trwali w stanowczym zamiarze zdecydowanego przeciwdziałania zrodzeniu potomstwa poprzez uśmiercenie dzieci, gdyby tylko zostały poczęte. Wynika to z norm zawartych w kan. 1055 § 1 i kan. 1101 § 2 Kodeksu Prawa Kanonicznego, czyli z zakwestionowania istotnego elementu małżeństwa, jakim jest zrodzenie potomstwa.³³ Dzieci są konkretnym owocem miłości ślubowanej przy ołtarzu. Również stwierdzone upośledzenie czy wada genetyczna u dziecka nienarodzonego nie jest podstawą do przerwania ciąży. Także chory i upośledzony ma pra-

24 KKK, nr 2272.

25 KPK 1983, kan. 1041 § 1, 4°.

26 KPK 1983, kan. 1044 § 1, 3°.

27 S. Wyszyński, W obronie życia nienarodzonych, *op. cit.*, s. 7.

28 R. Szttychmiller, Rodzina i prawo..., *op. cit.*, s. 153.

29 Codex Iuris Canonici, Pii X Pontificis Maximi iussu digestus, Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus, 27.05.1917, AAS 9 II (1917) 3–521.

30 KPK 1917, kan. 1111.

31 KPK 1917, kan. 1113.

32 KPK 1983, kan. 1056. Por. Kodeks Prawa Kanonicznego. Komentarz, *op. cit.*, s. 781.

33 R. Szttychmiller, Wykluczenie potomstwa w świetle najnowszego orzecznictwa Roty Rzymskiej, „Ius Matrimoniale” 2000, nr 5/11, s. 103–122; *idem*, Doktryna Soboru Watykańskiego II o celach małżeństwa i jej recepcja w Kodeksie Prawa Kanonicznego z roku 1983, Lublin 1993.

wo do życia. W swym nauczaniu Kościół podkreśla, że przez doświadczenie, jakim jest wychowywanie upośledzonego dziecka człowiek (matka czy ojciec) mogą czynić pokutę.³⁴ Tylko w stosunku małżeńskim współzycie płciowe może być moralnie dobre. Małżonkowie mają obowiązek spełniać je w sposób zgodny z naturą.³⁵ Rodzenie dzieci jest obowiązkiem małżonków, choć wyraźnie zaznacza się, że nie jest to ich obowiązek jedyny. Obowiązek przekazywania życia winni małżonkowie wypełniać nie poddając się ślepeму instyktowi, lecz z pełną i świadomą odpowiedzialnością winni ustalać liczbę dzieci.³⁶ A przecież współcześnie coraz częściej oddziela się współzycie seksualne od jego funkcji prokreacyjnej.³⁷ Rodzice w najwyższym stopniu są zobowiązani do ochrony potomstwa. Są oni uznani za pierwszych wychowawców swoich dzieci.

Prawo kanoniczne wymaga od nupturientów zdolności do współzycia płciowego. Niezdolność do obcowania cielesnego może rodzić się z przyczyn organicznych (np. brak odpowiednich organów płciowych) oraz z przyczyn funkcjonalnych (np. zgwałcona w młodości kobieta odczuwa silny strach przed współzyciem w wyniku czego odmawia stosunków cielesnych z mężem). We wszystkich tych przypadkach nupturient nie może ważnie zawrzeć małżeństwa. Niemoc płciowa to jedna z przeszkód małżeńskich wymieniona w kan. 1084 Kodeksu Jana Pawła II, od której Kościół nie udziela dyspensy. Niemocy płciowej jako podstawy istnienia przeszkody, nie można mylić z pojęciem niepłodności (*sterilitas*). Zgodnie z całą tradycją kanoniczną i nauczaniem Soboru Watykańskiego II oraz z kan. 1084 § 3 niepłodność, czyli niezdolność do zapłodnienia i poczęcia potomstwa, jako taka ani nie wzbrania, ani nie powoduje nieważności małżeństwa.³⁸ Małżonkowie w takim przypadku są zdolni do współzycia, ale ze względu na istniejącą niepłodność nie dochodzi do poczęcia niezależnie od woli działających.³⁹

Kolejnym przejawem małżeńskiego obowiązku ochrony życia są normy zawarte w kan. 1152–1153 Kodeksu Prawa Kanonicznego, określające warunki separacji. Separacja (rozdzielenie) to zerwanie lub zaniechanie wspólnoty życia dwojga małżonków przy dalszym trwaniu zawartego małżeństwa.⁴⁰ Powód, prosząc o separację jako przyczynę może wskazać, że współmałżonek stanowi źródło poważnego niebezpieczeństwa dla duszy lub ciała potomstwa lub w inny sposób czyni zbyt

34 Quaestio de abortu, nr 14.

35 R. Sztuchmiller, Obowiązek ochrony życia dziecka poczętego, „Chrześcijanin w świecie” 1989, nr 21/6, s. 34–44; idem, Obowiązek przekazywania życia w rodzinie, „Chrześcijanin w świecie” 1988, nr 20/12(1), s. 8–19; idem, Obowiązki małżeńskie – istotne i nieistotne, „Ius Matrimoniale” 1998, nr 3(9), s. 115–134; idem, Obowiązki małżeńskie, Warszawa 1999, s. 82–90.

36 R. Sztuchmiller, Aspekty prawne rodzenia dzieci w rodzinie w świetle dokumentów roboczych Soboru Watykańskiego II, „Studia Warmińskie” 1994, nr 31, s. 113–132; idem, Koncepcje celów małżeństwa rozpatrywane podczas Soboru Watykańskiego II, „Roczniki Nauk Prawnych” 1993, nr 3, s. 17–41.

37 Quaestio de abortu, nr 16.

38 KPK 1983, kan. 1098.

39 E. Przekop, Przewodnik duszpasterski według Kodeksu Jana Pawła II, Olsztyn 1989, s. 136.

40 P. Gajda, Prawo małżeńskie Kościoła Katolickiego, Tarnów 2002, s. 246.

trudnym wspólne życie. Prawodawca kodeksowy zarządza, że z chwilą zadecydowania o separacji należy troszczyć się o odpowiednie utrzymanie i wychowanie potomstwa. Separacja nie niweczy małżeństwa, ale daje małżonkom szansę ratowania ich związku.⁴¹

Ze względu na to, że zadaniem rodziny jest budowanie Kościoła przez zrodzenie i wychowanie dzieci, proboszcz zobowiązany jest do pomocy duszpasterskiej.⁴² W kan. 1128 Kodeksu Prawa Kanonicznego ustawodawca nakłada na duszpasterzy obowiązek wspierania „w utrwalaniu jedności życia małżeńskiego i rodzinnego”. Ponadto zgodnie z kan. 529 Kodeksu Prawa Kanonicznego na proboszczu spoczywa obowiązek odwiedzania wiernych, umacniania ich wiary, starania się, aby małżonkowie i rodzice otrzymali pomoc w wypełnianiu własnych obowiązków oraz popierania wzrostu życia chrześcijańskiego w rodzinach.

Afirmujący stosunek do życia sprawia, że w swym nauczaniu Kościół zdecydowanie potępia antykoncepcję, sterylizację i aborcję. Często na ten temat wypowiedział się Ojciec św. Jan Paweł II, który nauczał, że życie jest wartością fundamentalną i nienaruszalnym prawem człowieka. Prawa rodziny w sposób wyraźny zostały sformułowane w *Karcie Praw Rodziny* ogłoszonej przez Stolicę Apostolską 22 października 1983 r.⁴³ Zgodnie z art. 3 *Karty Praw Rodziny* małżonkom przysługuje niezbywalne prawo do założenia rodziny, a także do decydowania o czasie narodzin i liczbie dzieci, który wyklucza nienaturalne środki planowania potomstwa.

Tylko stałe uświadamianie wartości ludzkiego życia może przynieść zmianę świadomości żyjących dziś pokoleń. Nikt z tego obowiązku nie może być zwolniony, zwłaszcza małżonkowie. Od ich publicznej aktywności zależy los wielu nienarodzonych dzieci.⁴⁴ W dyskusjach na temat aborcji winni oni wyraźnie opowiadać się za prawem do życia poczętych dzieci. Konieczne jest działanie instytucji rządowych i pozarządowych na rzecz rodziny,⁴⁵ prowadzenie akcji mających na celu ratowanie zagrożonego życia nienarodzonych, popieranie otwierania tzw. „okna życia”.

Postawa zapobiegania ciąży jest postawą przeciwną życiu, prawom natury i zaprzeczeniem misji człowieka, zaprzeczeniem jego wartości. Człowiek coraz częściej staje się w społeczeństwie zwykłym produktem, ocenianym według różnych kryteriów (konsumpcji, opłacalności).⁴⁶ Optymizmem napawa włączanie się coraz więk-

41 M. Greszata, Kanoniczne procesy małżeńskie. Pomoc dla studentów, Lublin 2007, s. 203; W. Góralski, O właściwe rozumienie separacji małżeńskiej, „Niedziela” 1999, nr 42/8, s. 6.

42 KPK 1983, kan. 529 § 1.

43 Stolica Apostolska, *Karta Praw Rodziny*, [w:] K. Lubowicki (red.), Posoborowe dokumenty Kościoła Katolickiego o małżeństwie i rodzinie, t. 1, Kraków 1999, s. 239–250.

44 R. Sztuchmiller, Wartości w życiu rodziny i społeczeństwa, [w:] J. Guzowski (red.), Kościół wobec przemian w Polsce: szanse i zagrożenia: materiały II Spotkań Naukowych w Hosianum czyli XII Warmińskich Dni Duszpasterskich, Olsztyn 1996, s. 80–93.

45 T. Borutka, Społeczne nauczanie Kościoła, *op. cit.*, s. 323–324.

46 E. Drucka Lubecka de Séjournet, Powody upadku rodziny w krajach Unii Europejskiej i wkład Polski w jej odbudowę, [w:] J. Dzierżanowski (red.), Wychowanie do szacunku dla ludzkiego życia. Materiały konferencji nauko-

szej liczby osób w tworzące się różne ruchy, organizowane marsze dla życia i rodziny.⁴⁷

BIBLIOGRAFIA

1. Benedykt XVI, Dzieci są cennym darem od Boga. Przemówienie podczas spotkania z grupą odpowiedzialnych za ochronę dzieci (Londyn, 18.09.2010).
2. Bołoz W., Obrona i promocja życia w encyklice *Evangelium vitae*, „Ateneum Kapłańskie” 1996, z. 126/1.
3. Borutka T., Społeczne nauczanie Kościoła. Teoria i zastosowanie, Kraków 2004.
4. Codex Iuris Canonici auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus, 25.01.1983, [w:] AAS 75 II (1983) 1-317. Kodeks Prawa Kanonicznego. Przekład polski zatwierdzony przez Konferencję Episkopatu, Poznań 1984.
5. Drucka Lubecka de Séjournet E., Powody upadku rodziny w krajach Unii Europejskiej i wkład Polski w jej odbudowę, [w:] Dzierżanowski J. (red.), Wychowanie do szacunku dla ludzkiego życia. Materiały konferencji naukowej zorganizowanej przez Katedrę Teologii Pastoralnej i Duszpasterstwa Rodzin Wydziału Teologicznego Uniwersytetu Opolskiego (28 maja 2004), Opole 2004.
6. Dziewiecki M., *Humanae vitae*, czyli miłość i seksualność, „Zeszyty Formacji Katechetów” 2009, nr 9(2).
7. Gajda P., Prawo małżeńskie Kościoła Katolickiego, Tarnów 2002.
8. Giezek J., Kokot R., Granice ludzkiego życia a jego prawna ochrona, [w:] Banaszek B., Preisner A. (red.), Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP, Warszawa 2002.
9. Góralski W., Funkcja prokreacyjna rodziny w prawie kanonicznym, [w:] Krukowski J., Śliwowski T. (red.), Współdziałanie Kościoła i państwa na rzecz małżeństwa i rodziny. Materiały z ogólnopolskiej konferencji naukowej zorganizowanej przez Stowarzyszenie Kanonistów Polskich, Wydział Nauk Prawnych TN KUL i Diecezję Łomżyńską, Łomża 6-7 września 2004, Łomża 2005.
10. Góralski W., O właściwe rozumienie separacji małżeńskiej, „Niedziela” 1999, nr 42/8.
11. Greszata M., Kanoniczne procesy małżeńskie. Pomoc dla studentów, Lublin 2007.
12. Jasionek S., Prawa człowieka, Kraków 2004.
13. Jasudowicz T. (red.), Prawa rodziny – prawa w rodzinie. Jan Paweł II o małżeństwie i rodzinie. Wypisy z nauczania Ojca Świętego, Toruń 1999.
14. Katechizm Kościoła Katolickiego, Poznań 1994, nr 2378.
15. Mazur J., Katolicka nauka społeczna, Kraków 1992.
16. Mierzwiński B., *Familiaris consortio* jako synteza doktrynalno-pastoralna nauczania Kościoła na temat małżeństwa i rodziny, „Ateneum Kapłańskie” 2007, z. 148.

wej zorganizowanej przez Katedrę Teologii Pastoralnej i Duszpasterstwa Rodzin Wydziału Teologicznego Uniwersytetu Opolskiego (28 maja 2004), Opole 2004, s. 7–19.

47 W Olsztynie taki marsz odbył się 3 czerwca 2012 r.

17. Pismo Święto Starego i Nowego Testamentu w przekładzie z języków oryginalnych, wyd. 5, Poznań 2000.
18. Przekop E., Przewodnik duszpasterski według Kodeksu Jana Pawła II, Olsztyn 1989.
19. Stolica Apostolska, Karta Praw Rodziny, [w:] Lubowicki K. (red.), Posoborowe dokumenty Kościoła Katolickiego o małżeństwie i rodzinie, t. 1, Kraków 1999.
20. Świto L., Osobowość prawna nasciturusa w prawie kanonicznym i polskim, „Prawo Kanoniczne” 1997, nr 1–2 (40).
21. Szkodoń J., Obrona życia nienarodzonych w świetle encykliki Evangelium vitae, „Analecta Cracoviensia” 1998/1999, t. 30–3.
22. Szytchmiller R., Doktryna Soboru Watykańskiego II o celach małżeństwa i jej recepcja w Kodeksie Prawa Kanonicznego z roku 1983, Lublin 1993.
23. Szytchmiller R., Ochrona prawa do życia dziecka poczętego, [w:] Sitek B., Sitek M., Dammacco G., Szczerbowski J.J. (red.), Prawo do życia a jakość życia w wielokulturowej Europie. Materiały V Międzynarodowej Konferencji Praw Człowieka (Olsztyn, 30–31 maja 2005), Olsztyn 2007.
24. Szytchmiller R., Obowiązki małżeńskie, Warszawa 1999, s. 82–90.
25. Szytchmiller R., Aspekty prawne rodzenia dzieci w rodzinie w świetle dokumentów roboczych Soboru Watykańskiego II, „Studia Warmińskie” 1994, nr 31.
26. Szytchmiller R., Koncepcje celów małżeństwa rozpatrywane podczas Soboru Watykańskiego II, „Roczniki Nauk Prawnych” 1993, nr 3.
27. Szytchmiller R., Obowiązek ochrony życia dziecka poczętego, „Chrześcijanin w świecie” 1989, nr 21/6.
28. Szytchmiller R., Obowiązek przekazywania życia w rodzinie, „Chrześcijanin w świecie” 1988, nr 20/12(1).
29. Szytchmiller R., Obowiązki małżeńskie – istotne i nieistotne, „Ius Matrimoniale” 1998, nr 3(9).
30. Szytchmiller R., Prawo do życia w nauczaniu Jana Pawła II, „Studia Warmińskie” 1991, nr 28.
31. Szytchmiller R., Wartości w życiu rodziny i społeczeństwa, [w:] J. Guzowski (red.), Kościół wobec przemian w Polsce: szanse i zagrożenia: materiały II Spotkań Naukowych w Hosianum czyli XII Warmińskich Dni Duszpasterskich, Olsztyn 1996.
32. Szytchmiller R., Wykluczenie potomstwa w świetle najnowszego orzecznictwa Roty Rzymskiej, „Ius Matrimoniale” 2000, nr 5/11.
33. Wyszynski S., W obronie życia nienarodzonych, Warszawa 1990.

MARITAL DUTY UNDER THE PROTECTION OF LIFE IN THE TEACHING OF CATHOLIC CHURCH

The issue of the protection of the life, which is the subject of this article, is very extensive at the legal level. It appears in criminal law, civil law and international law; it also reaches labour law and social legislation. The Catholic Church in its teaching addresses the issue of concern for life and invariably takes the protection of human life seriously at every stage. Human life is the most valuable asset, from the perspective of the individual as well as from the whole society. In most modern legal systems in force, regardless of cultural differences, life occupies the highest place in the hierarchy of goods protected by law. The Act of God: “do not kill” not only prohibits the deliberate and direct killing of man, but also calls for a commitment to the defence of human life. This obligation applies primarily to spouses.

Keywords: spouses, canon law, abortion, life

ETYCZNE I PRAWNE ASPEKTY DOPUSZCZALNOŚCI ABORCJI ZE WZGLĘDÓW EUGENICZNYCH

Prawne uregulowania aborcji stanowią przedmiot niesłabnącego zainteresowania ze strony zarówno przeciwników, jak i zwolenników legalności tego typu zabiegu. W opracowaniu poruszona zostanie problematyka względów eugenicznych, które zgodnie z unormowaniem przyjętym w ustawie o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży z 7 stycznia 1993 r. stanowią jedną z przesłanek zezwalających na legalne przeprowadzenie aborcji. Wprawdzie polskie ustawodawstwo dopuszcza aborcję eugeniczną już od 1956 r., to jednak wciąż temat ten wydaje się aktualny, zwłaszcza w obliczu pojawiających się stale postulatów delegalizacji takiej możliwości. Pierwotnie (w latach 50.) nie nazywano tego wprost względami natury eugenicznej, ale ten przypadek zaliczany był do kategorii wskazań lekarskich.

Pojęcie eugeniki (gr. *eugenēs* – dobrze urodzony) wprowadzone zostało do nauki przez F. Galtona, zainspirowanego teorią ewolucji K. Darwina i dotyczyło pierwotnie selektywnego rozmnażania, celem ulepszenia gatunków, szczególnie w odniesieniu do cech dziedzicznych. W kolejnych latach F. Galton poprawił swoją definicję, uwzględniając specyfikę eugeniki pozytywnej, a więc zachęcającej do częstszego rozmnażania osobników najlepszych oraz eugeniki negatywnej zniechęcającej do rozmnażania mniej wartościowych osobników.¹

Współcześnie przyjmuje się, że eugenika stanowi system poglądów zakładający możliwość doskonalenia dziedzicznych cech człowieka mającą na celu ustalenie i utrwalenie warunków, które pozwalają na rozwój cech dodatnich i ograniczenie cech ujemnych.²

Dopuszczalność przerywania ciąży ze względów eugenicznych nie jest współcześnie argumentowana dążeniem do udoskonalenia gatunku ludzkiego, lecz chodzi przede wszystkim o dobro kobiety i jej rodziny. Urodzenie upośledzonego

1 Za Wikipedia, data dostępu: 27.10.2012.

2 B. Petrozolin-Skowrońska (red.), Nowa Encyklopedia Powszechna PWN, t. 2, Warszawa 1995, s. 282.

czy ciężko chorego dziecka może mieć niekorzystny wpływ na psychikę kobiety, jak również jej rodziny.

Niekiedy przywołuje się argument w postaci prawa człowieka do tego, „aby nie być urodzonym” w sytuacji, kiedy jego egzystencję trudno będzie określić jako w pełni ludzką. Wskazuje się też prawo jednostki do odpowiedniej jakości życia.³ Nie uzasadnia się tego prawa w ten sposób, że wola kobiety ma wyższą wartość niż życie dziecka.

Diagnostyka prenatalna to dla wielu wspaniałe osiągnięcie medycyny, pozwalające uniknąć urodzenia chorego dziecka, ale dla wielu wybór, jakiego trzeba dokonać, związany jest z poważnymi dylematami natury etycznej, religijnej i emocjonalnej.

Aborcja jest tematem mocno politycznym, a w polskim parlamencie po raz kolejny zagościła bioetyka, pojawił się bowiem projekt nowelizacji wspomnianej wyżej ustawy przewidujący wykreślenie fragmentu zezwalającego na legalne przerwanie ciąży ze względów eugenicznych. W dyskursie publicznym często pojawiają się głosy afirmujące prawo kobiety do swobodnego wyboru przerwania bądź utrzymania ciąży. Pomijam jednak w tym miejscu spory i wątpliwości dotyczące statusu *nasciturusa*, koncentrując się przede wszystkim na problemie wyboru kobiety w przypadku względów eugenicznych, w aspekcie postulatu delegalizacji takiej aborcji.

W tym kontekście pojawia się bowiem pytanie, czy można wymagać od kobiety takich poświęceń, tzn. czy prawo może na kobietę nałożyć obowiązek (znosząc ten zapis) urodzenia chorego dziecka, co pociąga za sobą przecież pasmo daleko idących wyrzeczeń i poświęceń ze strony kobiety na rzecz innej osoby. A zatem czy prawo może nas zmuszać do takiego heroizmu?

Zasadnicze pytanie dotyczy więc poziomu wymagań moralnych, których spełnienie można uczynić przedmiotem prawnego obowiązku. A zatem jaki może być poziom wyrzeczeń, którego będziemy się domagać od każdego obywatela pod groźbą przymusu prawnego na rzecz innej jednostki?⁴

Jak wskazuje amerykańska filozof prawa J.J. Thomson, istnieje pewien poziom ofiarności na rzecz innych ludzi, który należy uznać za powszechny, ciążyący na wszystkich moralny obowiązek. Autorka broni generalnie tezy, że prawnego zakazu aborcji nie można usprawiedliwiać nawet w sytuacji, jeśli poczynimy założenie, że *nasciturus* jest osobą ludzką już od poczęcia i przysługują mu uprawnienia moralne. Jej zdaniem, moralne prawo do życia nie jest równoznaczne z prawem do tego, aby nie zostać pozbawionym życia przez innych, ale z prawem do tego, aby nie

3 E. Zielińska, *Przerywanie ciąży. Warunki legalności w Polsce i na świecie*, Warszawa 1990, s. 123.

4 T. Pietrzykowski, *Spór o aborcję. Etyczne problemy prawa*, Katowice 2007, s. 81.

zostać pozbawionym życia niesprawiedliwie. Moralne uzasadnienie zakazu aborcji wymaga zatem wykazania, że *nasciturus* jest człowiekiem posiadającym prawo od życia, a przerwanie ciąży stanowi nieusprawiedliwiony przypadek pozbawienia go życia.⁵

Przy czym wiele osób wykazuje znacznie dalej idące poświęcenia, wykraczające poza ten minimalny poziom wymaganej od każdego ofiarności, co świadczy o ich ponadprzeciętnej wartości i szlachetności. Nie oznacza to jednak, że innym jednostkom, które nie przekraczają tego minimalnego, wymaganego od wszystkich poziomu ofiarności możemy stawiać jakiegokolwiek zarzuty natury moralnej. Szczególnego poziomu ofiarności i wielkich wyrzeczeń nie można bowiem uważać za powszechny moralny obowiązek. Etycy określają takie zjawisko mianem *supererogacji*.⁶ Chodzi o istnienie pewnej kategorii czynów, których dokonanie zasługuje na pochwałę moralną, lecz w przypadku ich niedokonania nie możemy mówić o moralnej dezaprobacie. Jako przykład podawane jest udzielenie pożyczki. Czyn polegający na jej darowaniu możemy uznać za szlachetny, co jednak nie oznacza, że oczekiwanie na zwrot pożyczki będzie zasługiwać na potępienie moralne. Jak to interpretuje T. Pietrzykowski: „prawo nie powinno wymagać od nas czynów na takim poziomie, którego osiągnięcie nie może być przedmiotem powszechnego obowiązku moralnego. Czyn niebędący naruszeniem minimalnego poziomu powszechnych wymagań moralnych tym bardziej nie powinien być (...) przedmiotem nakazu prawnego. Rzecz sprowadza się zatem do stopnia wymagań, jakie mogą być stawiane jednostce przez prawo”.⁷

Nawiązując do biblijnej przypowieści o miłosiernym Samarytaninie J.J. Thompson rozważa sytuację, kiedy ktoś jest przypadkiem świadkiem próby zabójstwa. Można się wówczas rzucić ofierze na ratunek, narażając tym samym własne życie w walce z napastnikiem, ale można po prostu zadzwonić na policję. W pierwszym przypadku mamy do czynienia z zachowaniem miłosiernego Samarytanina, kiedy to poświęcamy własne dobro dla innych, natomiast w drugim przypadku powiemy, że ktoś zachował się jak Dostatecznie Przyzwoity Samarytanin, czyli nie pozostał obojętny, jednak nie wykroczył poza minimum poświęcenia, jakiego można w takiej sytuacji oczekiwać od każdego człowieka. Ten przykład rodzi pytanie, czy prawo może nas obligować do postępowania jak miłosierny Samarytanin zdolny poświęcić siebie dla ratowania innych, czy też może nałożyć na nas obowiązek bycia Dostatecznie Przyzwoitym Samarytaninem, przy zachowaniu możliwości wyboru zachowania „lepszego”.

5 J.J. Thompson, In Defence of Abortion, „Philosophy and Public Affairs” 1971, t. 1, nr 1, s. 120.

6 Zob. A. Kaniowski, *Supererogacja – zagubiony wymiar etyki. Czyny chwalebne w etykach uniwersalistycznych*, Warszawa 1999.

7 T. Pietrzykowski, *Spór o aborcję...*, *op. cit.*, s. 82–83.

J.J. Fuller rozważając kwestię moralności aspiracji i moralności obowiązku zwraca uwagę, że w przypadku tej pierwszej punktem wyjścia są szczytowe osiągnięcia ludzkie, natomiast moralność obowiązku wychodzi od najniższego ich szczebla, formułując zasadnicze reguły, bez których istnienie uporządkowanego społeczeństwa jest niemożliwe, albo bez których uporządkowane społeczeństwo, które dąży do określonych celów nie jest w stanie ich osiągnąć. To moralność Starego Testamentu i dekalogu. Nie potępia ludzi, jeśli nie potrafią wykorzystać w pełni swych zdolności, ale wówczas, gdy nie respektują podstawowych wymogów życia społecznego.⁸

Zdaniem J.J. Thompson, prawo nie może nas zmuszać do moralnego heroizmu, do tego, aby poświęcać własne dobra na rzecz innych. Prawo nie może stawiać ludziom wymagań perfekcjonistycznych. Te wymagania mogą sięgać poziomu Dostatecznie Przyzwoitego Samarytanina, a ewentualne poświęcenie własnych dóbr musi być kwestią wyboru danej jednostki. Argumentacja autorki ukazuje, że zakaz aborcji nakłada *de facto* na kobietę (która nie chce urodzić dziecka) obowiązek poświęcenia się dla ratowania życia innej osoby w stopniu, który byłby bez wątpienia trudny do zaakceptowania przez większość osób domagających się istnienia takiego zakazu. Urodzenie dziecka wymaga od kobiety podporządkowania mu wielu kolejnych lat życia, często wiąże się to z rezygnacją z własnych planów życiowych, czy innego rodzaju wyrzeczeniami. Urodzenie chorego dziecka to poświęcenia i wyrzeczenia na znacznie większą skalę. W innych sytuacjach życiowych nie jesteśmy skłonni do akceptacji prawa, które by na nas wymuszało pod groźbą sankcji aż takie poświęcenia. Zakaz aborcji to zatem przyjęcie pewnego modelu perfekcjonizmu prawa, to akceptacja przymusu państwowego jako słusznej metody zmuszania obywateli do moralnego heroizmu, który wymaga przedkładania dobra innych ponad dobra własne w sposób przekraczający minimalny poziom poświęceń, jakich można się normalnie domagać od innych w każdej sytuacji.⁹ Wskazuje się też, że „Nie ma sposobu, aby prawo mogło zmusić człowieka, by żył tak godziwie i doskonale, jak jest do tego zdolny”.¹⁰

Często przyjmuje się także, że dla dobra osoby bliskiej ten obowiązek ponoszenia wyrzeczeń jest większy niż wobec obcych osób.¹¹ Można się jednak zastanawiać, czy wobec krewnych obowiązki moralne są istotnie wyższe i bardziej rygorystyczne, czy raczej jesteśmy tylko skłonni zaakceptować wyższy niż powszechnie poziom wyrzeczeń i zazwyczaj ludzie dobrowolnie godzą się na ponoszenie różnego rodzaju wyrzeczeń na rzecz bliskich. Należy także zwrócić uwagę na wielki ciężar i dramat

8 L.L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 2004, s. 3.

9 T. Pietrzykowski, *Spór o aborcję...*, *op. cit.*, s. 83–85.

10 L.L. Fuller, *Moralność prawa*, *op. cit.*, s. 6.

11 Z uwagi na różne stopnie miłości, zob. np. J. Bocheński, *Dzieła zebrane*, t. 5, *Etyka*, Kraków 1995, s. 215 i n.

zwykle samotnej kobiety, gdyż najczęściej kobiety w takiej sytuacji zostają same, wielu mężczyzn po prostu odchodzi.

W aspekcie wolności jednostki trafny jest pogląd, że: „Wolność wyboru żadnej osoby nie może być (...) posunięta tak daleko, aby uzasadniała stwierdzenie, że jeśli naruszenie praw kogoś innego jest zgodne z akceptowaną przez sprawcę aksjologią, to zakazanie jej takiego naruszenia odbiera jej «wolność wyboru»”.¹²

W odniesieniu do aborcji wolność wyboru wywołuje spory w kontekście ochrony prawa do życia w demokratycznym państwie prawnym z podstawowym dylematem o status *nasciturus*. Pojawia się także pytanie, czy w demokratycznym państwie prawo stanowione powinno być zakorzenione w obiektywnym porządku moralnym, czy też prawo pozytywne pełniąc funkcję organizacji życia państwowego powinno ograniczać się tylko do ochrony wolności negatywnej (wolności „od”) pozostawiając jednostce wolność wyborów etycznych w zakresie obowiązującego prawa. Jednak przyjęcie zasady wolności negatywnej w odniesieniu do życia ludzkiego poczynawszy od jego poczęcia aż do naturalnej śmierci będzie oznaczać, że człowiek pozbawiony jest prawnych gwarancji życia w jego krańcowych okresach. Takie podejście oznacza również, że prawo do życia nie jest traktowane jako bezwzględna i absolutna wartość, którą należy chronić bez względu na zewnętrzne uwarunkowania, lecz jest rozpatrywane w perspektywie względności ludzkich postaw i zachowań.¹³

Na płaszczyźnie rozważań dotyczących względów eugenicznych i badań genetycznych brany jest pod uwagę także element ekonomiczny, który wprawdzie nie pojawia się w publicznych dyskusjach, jednak tendencja do komercjalizacji nie omija także i służby zdrowia.

Do głównych czynników sprzyjających komercjalizacji służby zdrowia należą: szybki rozwój technicznych urządzeń medycznych, wzrost specjalizacji oraz zwiększone koszty leczenia, a biznes oddziałuje także na zarządy szpitali, lekarzy, jak i pacjentów.¹⁴

W diagnostyce prenatalnej element kalkulacji ekonomicznej odgrywa dużą rolę. Przed 30 laty przeprowadzone zostało porównanie kosztów i zysków finansowych wynikających z zastosowania cytogenetycznej diagnostyki prenatalnej zespołu Downa. Jak wykazano, koszt jednego badania w grupie kobiet po 40. roku życia oraz koszt ewentualnego przerwania ciąży wynosił od 0,67 do 0,5% kwoty potrzebnej w przypadku urodzenia, leczenia oraz wychowania dziecka z zespołem Downa. Wyliczenia zysków i strat w skali kraju, uwzględniające inne grupy

12 T. Pietrzykowski, Spór o aborcję..., *op. cit.*, s. 91.

13 J. Koperek, A. Koperek, Ochrona prawa do życia w demokratycznym państwie prawnym, [w:] *Małżeństwo i rodzina wobec aborcji*, M.Z. Stepulak (red.), Lublin 2010, s. 84–86.

14 T. Biesaga, Etyczne aspekty komercjalizacji medycyny, „*Medycyna Praktyczna*” 2005, nr 9(175), s. 19 i n.

wiekowe, były jeszcze bardziej wymowne i wskazywały na spore oszczędności płynące z niedopuszczenia do urodzenia dzieci chorych. Podobne wyliczenia można znaleźć w fachowych pismach, w wielu krajach, m.in. dla mukowiscydozy, choroby Huntingtona, wad cewy nerwowej, czy właśnie zespołu Downa. Przy stosowaniu diagnostycznych metod molekularnych te dane są jeszcze bardziej wymowne ekonomicznie.¹⁵

Elementy ekonomiczne badań genetycznych rzadko wysuwane są na pierwszy plan w publicznych debatach. Najczęściej wskazywane jest dobro dziecka, prawo do narodzin w zdrowiu fizycznym i psychicznym, prawidłowy genotyp, współczucie, nadmierne cierpienie, czy jakość życia. Jak jednak podkreśla C. Żekanowski: „od współczucia dla cierpienia łatwo przejść do selekcji osobników, które zasługują na dalszą egzystencję lub których życie można skrócić, tym bardziej iż zarówno koniec, jak i początek życia człowieka mają jedną wspólną cechę: są zazwyczaj kłopotliwe dla otoczenia”.¹⁶

Wracając do kluczowego pytania, możemy zasadniczo przyjąć, że prawo powinno chronić wolność obywateli, a wybory o charakterze etycznym nie powinny być przedmiotem regulacji prawnych. W tym sensie więc prawny zakaz aborcji ze względów eugenicznych stanowi narzucanie określonych przekonań moralnych, etycznych wszystkim obywatelom bez względu na wyznawane poglądy. A zatem bez względu na to, czy dana osoba będzie postrzegać aborcję jako naganną moralnie czy też nie, musi zachowywać się tak, jakby aborcja była niedopuszczalnym złem, podczas gdy pozostawienie wyboru nie wiąże się z narzucaniem przez prawo określonych przekonań. Matka, która dowiaduje się, że dziecko cierpi na nieuleczalną chorobę wcale nie musi poddać się aborcji, ma bowiem wybór. Jednak delegalizacja aborcji ze względów eugenicznych sprawi, że kobieta będzie musiała urodzić takie dziecko bez względu na przekonania religijne czy ocenę moralną takiego czynu.

Uzasadnienie legalności aborcji ze względów zdrowotnych jest łatwiejsze, gdyż przypadek zagrożenia życia matki możemy zestawić ze stanem wyższej konieczności. W przypadku wskazań eugenicznych sytuacja wygląda inaczej. Ustalenie występowania upośledzenia bądź innej wady płodu jest możliwe dzięki specjalistycznym badaniom prenatalnym. Można więc powiedzieć, że postęp jaki dokonał się w zakresie biotechnologii służy nie tylko ratowaniu życia, ale przyczynia się nadto do jego eliminacji. Podejście eugeniczne zezwala na selekcję i eliminację jednostek, które nie spełniają określonych standardów normalności. Z jednej strony można wskazać, że eugenika dzieli ludzi na lepszych i gorszych, a osoby dotknięte wadami mogą być „przedmiotem” procesu decyzyjnego kobiety. Regulacja

15 C. Żekanowski, *Osoba i osobnik czyli meandry eugeniki*, „Biuletyn Polskiego Stowarzyszenia Rentinitis Pigmentos” 2003, nr 2, s. 4.

16 C. Żekanowski, *Nowa eugenika?*, [w:] W. Dyk (red.), *Bioetyczne problemy inżynierii genetycznej. Materiały na III krajową konferencję z cyklu: Nauka na przełomie wieków*, 5 czerwca 2000 roku, Szczecin 2000, s. 37.

prawna odbiera takim osobom bezwzględne prawo do życia, pozostawiając wybór kobiecie. Mówi się także o dyskryminacji nienarodzonych osób niepełnosprawnych. Należy jednak wyeksponować aspekt poświęcenia i ofiarności, który pojawia się w przypadku zaistnienia takiej sytuacji i związany z tym dylemat dotyczący poziomu wymagań moralnych, których spełnienie możemy uczynić przedmiotem obowiązku prawnego. Niestety, często w publicznych debatach ten aspekt jest pomijany.

Warto także wspomnieć, że Biuro Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy odrzuciło projekt rezolucji wzywającej państwa członkowskie do wprowadzenia zakazu przerywania ciąży ze względów eugenicznych. Biuro uznało, że wprowadzenie takiego zakazu stanowiłoby pogwałcenie prawa kobiety do dokonywania świadomego i odpowiedzialnego wyboru.

Jak wynika z powyższych rozważań, problematyka prawnego zakazu aborcji (nie tylko ze względów eugenicznych) to z etycznego punktu widzenia nierozstrzygalny problem. Aktualna regulacja prawna stanowi pewien kompromis w świetle pojawiających się sporów, dylematów i kolizji wartości.

BIBLIOGRAFIA

1. Biesaga T., Etyczne aspekty komercjalizacji medycyny, „Medycyna Praktyczna” 2005, nr 9(175).
2. Bocheński J., Dzieła zebrane, t.5, Etyka, Kraków 1995.
3. Fuller L.L., Moralność prawa, Warszawa 2004.
4. Kaniowski A., Supererogacja – zagubiony wymiar etyki. Czyny chwalebne w etykach uniwersalistycznych, Warszawa 1999.
5. Koperek J., Koperek A., Ochrona prawa do życia w demokratycznym państwie prawnym, [w:] Małżeństwo i rodzina wobec aborcji, Stepulak M.Z. (red.), Lublin 2010.
6. Petrozolin-Skowrońska B. (red.), Nowa Encyklopedia Powszechna PWN, t. 2, Warszawa 1995.
7. Pietrzykowski T., Spór o aborcję. Etyczne problemy prawa, Katowice 2007.
8. Thompson J.J., In Defence of Abortion, „Philosophy and Public Affairs” 1971, t. 1, nr 1.
9. Zielińska E., Przerywanie ciąży. Warunki legalności w Polsce i na świecie, Warszawa 1990.
10. Żekanowski C., Nowa eugenika?, [w:] W. Dyk (red.), Bioetyczne problemy inżynierii genetycznej. Materiały na III krajową konferencję z cyklu: Nauka na przełomie wieków, 5 czerwca 2000 roku, Szczecin 2000.
11. Żekanowski C., Osoba Osoba i osobnik czyli meandry eugeniki, „Biuletyn Polskiego Stowarzyszenia Rentinitis Pigmentos” 2003, nr 2

**THE ETHICAL AND LEGAL ASPECTS OF ABORTION
ON EUGENIC GROUNDS**

This paper presents problem of eugenics, which according to the Act is one of the conditions that allows a legal abortion.

Considerations relate primarily to the problem of women choice of abortion for eugenic reasons, in terms of the postulate banning abortion. In this context, there is in fact a question whether women may be required to make such sacrifices, and whether the law can oblige us to such heroism.

Key words: abortion, the eugenics consideration, ethical choices, the morality of obligation

OCHRONA ŻYCIA I ZDROWIA OSKARŻONEGO W ZWIĄZKU Z TYMCZASOWYM ARESZTOWANIEM

I. Przewidziane w dziale VI k.p.k. środki zapobiegawcze dzielą się na izolacyjne i nieizolacyjne. Przez środki zapobiegawcze o charakterze izolacyjnym rozumieć należy środki zapobiegające uchylaniu się oskarżonego od wymiaru sprawiedliwości, polegające na faktycznym pozbawieniu oskarżonego wolności. Polskiemu kodeksowi postępowania karnego znany jest tylko jeden środek o takim charakterze, określony w przepisie art. 258 i nast. Środek ten ze względu na swój charakter jest najsurowszym, a zarazem najbardziej skutecznym spośród środków zapobiegawczych. Jest najsurowszym środkiem zapobiegawczym, najbardziej drastycznie wkraczającym w sferę wolności osobistych obywatela.¹ Środkiem tym jest tymczasowe aresztowanie, stosowane z przyczyn określonych w art. 249 i 258 k.p.k., przy czym przesłanki wymienione w art. 258 k.p.k., nie muszą zachodzić łącznie, wystarczy, gdy zostanie spełniona jedna z nich.²

Obowiązujący k.p.k. przewiduje wyłącznie możliwość fakultatywnego stosowania tymczasowego aresztowania. Warunki dopuszczające zastosowanie tego środka nie zobowiązują obecnie sądu do jego stosowania.

Tymczasowe aresztowanie jest środkiem o najsurowszym charakterze, dlatego jego zastosowanie powinno być w każdym przypadku solidnie umotywowane. Faktyczne pozbawienie wolności oskarżonego już w toku postępowania karnego powoduje konieczność zabezpieczenia praw takiej osoby. Zdarzyć się może, że decyzję co do zastosowania lub nie tymczasowego aresztowania podejmuje się wobec osoby cierpiącej na określone schorzenie (długotrwałą i ciężką chorobę). W związku z tym powstaje pytanie, w jaki sposób ustawodawca rozstrzyga problem stosowania tego

1 P. Kruszyński, Tymczasowe aresztowanie, [w:] Nowe uregulowania prawne w kodeksie postępowania karnego z 1997 r., P. Kruszyński (red.), Warszawa 1998, s. 259; A. Murzynowski, Podstawowe zmiany przepisów dotyczących stosowania tymczasowego aresztowania, „Jurysta” 1997, nr 7, s. 21–23; A. Murzynowski, Refleksje na temat zmian w przepisach dotyczących stosowania tymczasowego aresztowania, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 1, s. 79–84.

2 D. Tarnowska, Poręczenie majątkowe jako środek zapobiegawczy w polskim procesie karnym, Toruń 2002, s. 48.

środka, gdy jego zastosowanie spowodowałoby dla życia lub zdrowia oskarżonego poważne niebezpieczeństwo.

II. Tak określony problem rozwiązują przepisy Konstytucji RP (wprawdzie nie odnosząc się wprost do ochrony życia i zdrowia oskarżonego), k.p.k. i k.k.w. Elementem ochrony oskarżonego wymienionym w Konstytucji RP (art. 41 ust. 4) jest gwarancja traktowania każdego pozbawionego wolności w sposób humanitarny. Odnosi się to do instytucji wykonujących wymiar sprawiedliwości i stosujących tymczasowe aresztowanie, ponieważ nikt nie może być traktowany w sposób niehumanitarny i niehumanitarny w sytuacji, gdy ma się na myśli państwo prawa, w którym stosowane są zarówno przepisy krajowe, jak i przepisy międzynarodowe (a zasadę humanitaryzmu wprowadzają też normy EKPC i MPPOiP) odnoszące się do takiego traktowania osób pozbawionych wolności.³

Właśnie względy humanitarne były jedną z podstaw zamieszczenia w przepisach krajowych norm odnoszących się do kwestii stosowania tymczasowego aresztowania wobec osoby cierpiącej na ciężkie schorzenia zdrowotne. Za ochronę praw oskarżonego uznać należy przepisy wyłączające z mocy ustawy (tj. głównie z uwagi na zagrożenie karą lub przewidywany sądowy wymiar kary – art. 259 § 2 i 3 k.p.k.) lub względów humanitarnych stosowanie tego środka (art. 259 § 1 k.p.k.).

Okolicznościami uzasadniającymi odstępianie od stosowania tymczasowego aresztowania ze względów humanitarnych jest m.in. poważne niebezpieczeństwo dla zdrowia lub życia oskarżonego. W takim wypadku od tymczasowego aresztowania należy odstąpić (jeżeli szczególne względy nie stoją temu na przeszkodzie).⁴ Wymieniona w art. 259 § 1 pkt 1 k.p.k. podstawa odstąpienia od tymczasowego aresztowania wskazana jest przykładowo. Oznacza to, że organ procesowy może wziąć pod uwagę inne przyczyny podniesione przez oskarżonego, jeżeli uzna je za wyjątkowo uzasadnione. Odstąpienie od tymczasowego aresztowania nie jest przeszkodą w zastosowaniu wobec oskarżonego nieizolacyjnego środka zapobiegawczego. We wskazanym wypadku należy odstąpić od tymczasowego aresztowania (jeżeli szczególne względy nie stoją temu na przeszkodzie), czyli zwłaszcza w takich sytuacjach, w których charakter schorzenia, na jakie cierpi oskarżony lub rozmiar doznanego przez niego uszkodzenia ciała są tego rodzaju, że z uwagi na brak odpowiedniej interwencji medycznej w warunkach pozbawienia wolności lub co najmniej znacznego utrudnienia w aplikowaniu zalecanego sposobu leczenia – osiągnięcie rezultatów, zapewniających uniknięcie w tych warunkach wskazanego w tym przepisie niebezpieczeństwa, nie jest możliwe.⁵ Wyrażony w tym przepisie zakaz ma charakter względny, gdyż ocenne określenie „szczególne względy” pozostawia organowi

3 M. Brzezińska, D. Tarnowska, Ochrona oskarżonego przed niesłusznym tymczasowym aresztowaniem, [w:] Problemy z sądową ochroną praw człowieka, R. Sztymmler, J. Krzywkowska (red.), T. II, Olsztyn 2012, s. 175.

4 *Ibidem*, s. 186.

5 *Ibidem*, s. 187.

procesowemu pewien luz decyzyjny. Niemniej organ procesowy jest zobowiązany rozważyć, czy okoliczności te nie występują.⁶ Niedopuszczalne jest stosowanie tymczasowego aresztowania w sytuacji opisanej w art. 259 § 1 pkt 1 k.p.k. Skutki te nie muszą nastąpić, ale może istnieć realna możliwość ich nastąpienia. Z tego też względu muszą wynikać z konkretnych okoliczności, konieczne jest udokumentowanie sytuacji zdrowotnej oskarżonego świadectwem lekarskim. Nie jest to zakaz bezwzględny, gdyż w razie wystąpienia tych okoliczności można zastosować tymczasowe aresztowanie, gdy szczególne względy wymagają zastosowania tego najostrożniejszego środka zapobiegawczego.⁷

Nie każde jednak pogorszenie stanu zdrowia oskarżonego będzie skutkowało odstąpieniem od zastosowania lub uchyleniem tymczasowego aresztowania, gdyż np. celowość wysokokalorycznego odżywiania się oskarżonego bądź poddania się przez niego zabiegom rehabilitacyjnym nie uzasadnia uchylenia tymczasowego aresztowania, nie są to bowiem okoliczności świadczące o poważnym zagrożeniu życia lub zdrowia oskarżonego, wskutek pobytu w areszcie.⁸ Sąd Najwyższy nie przyjmował, aby choroba, która może być leczona w warunkach izolacji więziennej, powodowała dla życia lub zdrowia oskarżonego poważne niebezpieczeństwo.⁹ Nie stanowią też poważnego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia uogólnione zmiany kręgosłupa z dyskopatią, itp. dolegliwości skutkujące zaostrzeniem objawów z zespołem bólowym, wymagające ćwiczeń mięśni grzbietu, spania na twardym łożu i okresowego przyjmowania środków przeciwbólowych.¹⁰ Także, gdy oskarżony w sposób świadomy godzi we własne zdrowie dokonując samouszkodzeń i powstrzymując się od zalecanego sposobu leczenia, mimo stwarzanych mu przez więzienną służbę zdrowia należytych warunków, aby wymusić w ten sposób odstąpienie od tymczasowego aresztowania pod pretekstem leczenia na wolności nie można korzystać z przepisu art. 259 § 1 pkt 1 k.p.k. przeznaczonego, i to należy podkreślić, nie w sposób bezwzględny dla przypadków uzasadnionych ideą humanitaryzmu.¹¹

Istnienie poważnego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia oskarżonego powinno być stwierdzone zaświadczeniem lekarskim,¹² wydanym przez lekarza urzędowego lub z odpowiedniej placówki służby zdrowia. Dla stwierdzenia stanu zdrowia oskarżonego może nie być wystarczające zaświadczenie lekarskie, ale może zająć potrzeba zasięgnięcia opinii zespołu biegłych. Należy podkreślić, że dla odstąpienia od stosowania tymczasowego aresztowania z przyczyn zdrowotnych nie

6 Postanowienie SN z dnia 15 stycznia 1982 r., II KZ 14/82, OSNKW 1982, nr 3, poz. 13.

7 Postanowienie SA w Poznaniu z dnia 30 czerwca 1992 r., II AKz 171/92, OSA 1992, nr 10, poz. 53.

8 Postanowienie SA w Krakowie z dnia 26 marca 1991 r., II AKz 10/91, KZS 1994, nr 4, poz. 19.

9 Postanowienie SN z dnia 27 września 1985 r., I KZ 196/85, niepubl.

10 Postanowienie SA w Krakowie z dnia 22 lipca 1993 r., II AKz 2000/93, KZS 1993, nr 6–8, poz. 49.

11 Postanowienie SA w Katowicach z dnia 30 sierpnia 1995 r., II AKz 211/95, OSA 1996, nr 3, poz. 6, Postanowienie SA w Krakowie z dnia 15 maja 1996 r., II AKz 203/96, KZS 1996, nr 5–6, poz. 13.

12 D. Tarnowska, Udział lekarza w postępowaniu karnym, [w:] Kryminalistyka i inne nauki pomocowe w postępowaniu karnym, J. Kasprzak, B. Młodziejowski (red.), Olsztyn 2009, s. 735.

jest wystarczające przedstawienie zaświadczenia lekarskiego. Organ procesowy winien stwierdzić jednocześnie, na jakie schorzenie cierpi oskarżony, czy jest możliwe leczenie w warunkach pozbawienia wolności i czy zastosowanie tymczasowego aresztowania spowoduje poważne niebezpieczeństwo dla zdrowia lub życia oskarżonego. Zaznaczyć wyraźnie należy, że poważne niebezpieczeństwo dla zdrowia lub życia oskarżonego może być podstawą do odstąpienia od tymczasowego aresztowania tylko wówczas, gdy nie naruszy to prawidłowego toku postępowania. Kodeks postępowania karnego zezwala na to tylko wtedy, gdy szczególne względy nie stoją temu na przeszkodzie. Przeciw odstąpieniu mogą przemawiać takie okoliczności, które wskazują na to, że w wypadku rezygnacji z tymczasowego aresztowania postępowanie karne nie będzie mogło być prowadzone bez zakłóceń, tzn. gdy zastosowanie nieizolacyjnego środka zapobiegawczego nie zabezpieczy oskarżonego dla wymiaru sprawiedliwości, bo np. oskarżony przed ujęciem ukrywał się, usiłował zbiec za granicę, mataczył. Szczególne względy to wyjątkowe wypadki, w których przyczyny tymczasowego aresztowania występują z dużym natężeniem.¹³ Rezygnacja z tymczasowego aresztowania w sytuacji określonej w art. 259 § 1 pkt 1 k.p.k. ma być regułą, chyba że szczególne względy stoją temu na przeszkodzie, a więc gdy aresztowanie z uwagi na nasilenie obaw wskazanych w art. 258 k.p.k. jest jedynym sposobem zabezpieczenia prawidłowego toku procesu.¹⁴ Jest to wyjątkowa sytuacja, gdy niezakłócony przebieg postępowania karnego stanowi, z punktu widzenia oceny społecznej, dobro większej wartości niż związane ze stosowaniem tymczasowego aresztowania poważne niebezpieczeństwo dla zdrowia lub życia oskarżonego.¹⁵

Jeżeli stan zdrowia oskarżonego tego wymaga (lecz nie zachodzi niebezpieczeństwo, o którym mowa w art. 259 § 1 pkt 1 k.p.k.) tymczasowe aresztowanie może być wykonywane tylko w postaci umieszczenia w odpowiednim zakładzie leczniczym (art. 260 k.p.k.).¹⁶ Zakładem tym może być albo zakład leczniczy o charakterze zamkniętym, albo inny, w którym stworzono warunki przeciwdziałające ucieczce lub dokonywaniu matactw przez oskarżonego.¹⁷ W takim wypadku tymczasowe aresztowanie wykonuje się poza aresztem śledczym, w zakładzie leczniczym¹⁸ wskazanym przez organ stosujący ten środek zapobiegawczy lub organ, do którego dyspozycji oskarżony pozostaje. Organ ten musi m.in. określić czas pobytu, ewentualne zakazy (np. co do odwiedzin) oraz sposób wykonywania nadzoru. Umieszczenie w odpowiednim zakładzie leczniczym powinno być poprzedzone badaniem przez biegłego lekarza. Winno być stosowane przy poważniejszych schorze-

13 J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zablocki, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, T. II, Warszawa 2004, s. 111.

14 T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz, Warszawa 2008, s. 577.

15 J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, T. I, Kraków 2006, s. 16.

16 A. Kordik, F. Prusak, Z. Świda, Prawo karne procesowe. Część ogólna, Wrocław–Szczecin 1994, s. 178.

17 D. Tarnowska, Poręczenie majątkowe..., *op. cit.*, s. 50.

18 W. Grzeszczyk, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2012, s. 310.

niach, a nie takich, które mogą być leczone w areszcie śledczym dysponującym izbą chorych i ambulatorium, gdyż obowiązkiem służby więziennej jest zachowanie pozabawionego wolności przy życiu i niepogorszonym stanie zdrowia.¹⁹

Ze względu na ochronę zdrowia, a niekiedy i życia oskarżonego środek ten wobec osób, które wymagają leczenia szpitalnego, powinien być stosowany wyjątkowo, zwłaszcza gdy przemawia za tym waga przestępstwa, np. zabójstwo lub dotychczasowe zachowanie oskarżonego wskazuje, że może on utrudniać postępowanie karne.²⁰

Jeżeli w sprawie zastosowano tymczasowe aresztowanie, a przetrzymywanie oskarżonego w warunkach aresztu stwarza zagrożenie dla jego zdrowia lub życia, przed podjęciem decyzji o uchyleniu aresztowania należy rozważyć możliwość wykonywania go w odpowiednim zakładzie leczniczym służby więziennej albo w innym tzw. wolnościowym zakładzie. Jest to tym bardziej uzasadnione, gdy aresztowany pozostaje pod zarzutem popełnienia przestępstwa o znacznej społecznej szkodliwości czynu, jak zabójstwo, albo gdy zachodzi obawa, że zwolnienie go grozi utrudnieniem postępowania, zwłaszcza przez uchylanie się spod wymiaru sprawiedliwości.²¹

Jeżeli pomimo stanu zdrowia oskarżonego zastosowano wobec niego tymczasowe aresztowanie to szczególnie ze względu na pogarszający się stan zdrowia może on składać w każdym czasie wnioski o uchylenie lub zmianę środka zapobiegawczego (art. 254 § 1 k.p.k.), z tym, że na postanowienie w przedmiocie wniosku oskarżonemu przysługuje zażalenie tylko wtedy, gdy wniosek został złożony po upływie co najmniej 3 miesięcy od dnia wydania postanowienia w przedmiocie tymczasowego aresztowania dotyczącego tego samego oskarżonego (art. 254 § 2 k.p.k.). Również organ stosujący tymczasowe aresztowanie musi mieć na względzie stan zdrowia oskarżonego, ponieważ w myśl art. 253 § 1 k.p.k. środek zapobiegawczy należy uchylić lub zmienić m.in. także wtedy, gdy powstaną przyczyny uzasadniające jego uchylenie lub zmianę, a za taką należy też uznać powstanie poważnego niebezpieczeństwa dla zdrowia lub życia oskarżonego w związku z utrzymaniem tego środka.

III. Kodeks postępowania karnego wskazuje ogólne reguły dotyczące stosowania tymczasowego aresztowania, natomiast kodeks karny wykonawczy uszczegóławia sposób jego wykonania, co będzie dalszym przedmiotem opracowania.

19 Postanowienie SA w Krakowie z dnia 30 kwietnia 2002 r., II AKz 128/02, KZS 2002, nr 4, poz. 22, K.T. Boratyńska, Ł. Chojniak, W. Jasiński, *Postępowanie karne*, Warszawa 2012, s. 208.

20 J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania...*, *op. cit.*, s. 120.

21 Postanowienie SA w Krakowie z dnia 26 marca 1992 r. II AKz 54/92, KZS 1992, nr 3–9, poz. 108, J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania...*, *op. cit.*, s. 111.

Rozważania na temat uregulowań odnoszących się do osób tymczasowo aresztowanych w przepisach kodeksu karnego wykonawczego należy rozpocząć od art. 209 k.k.w., w którym znajduje się odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisów odnoszących się do osób odbywających karę pozbawienia wolności.

Osoba tymczasowo aresztowana w momencie przyjmowania do aresztu śledczego powinna podać informacje o swoim stanie zdrowia.²² Początkowo osoba taka zostaje umieszczona w celi przejściowej. Przebywa tam okres niezbędny, jednak nie dłużej niż 14 dni. W tym czasie i podczas pobytu w tej celi osoba ta zostaje poddana wstępnym badaniom lekarskim, zabiegom sanitarnymi i wstępnym badaniom osobopoznawczym. Jak słusznie zwraca uwagę S. Lelental, poddanie skazanego wstępnym badaniom lekarskim i zabiegom sanitarnym ma zgodnie z art. 79b § 1 k.k.w. nastąpić w ciągu 14 dni od daty osadzenia. Takie samo unormowanie zostało zawarte w art. 101 k.k.w., z tym że wymaga on, aby badania lekarskie i zabiegi sanitarne były odpowiednie i wykonywane bezzwłocznie po osadzeniu skazanego w zakładzie karnym.²³ Art. 101 k.k.w. odnosi się do skazanego, natomiast takie samo uregulowanie odnośnie osoby tymczasowo aresztowanej zostało skodyfikowane przez ustawodawcę w przepisie art. 210 k.k.w. Rozwiązanie takie może dziwić, gdyż skoro mamy przepis odsyłający nas do odpowiedniego stosowania do osób tymczasowo aresztowanych przepisów kodeksu karnego wykonawczego odnoszących się do osób skazanych, czyli tym samym dochodzi do swoistego powtórzenia instytucji prawnych. Badania, którym zostaje poddany tymczasowo aresztowany, mają na celu uzyskanie jak największej liczby informacji o tej osobie, które pozwolą na podjęcie odpowiednich kroków, co do tej osoby i jej funkcjonowania w warunkach izolacji.²⁴

Celem odpowiedniego rozmieszczenia osób w obrębie aresztu śledczego jest stworzenie warunków sprzyjających indywidualnemu postępowaniu z tymczasowo aresztowanymi, zapobieganiu szkodliwym wpływom osób zdemoralizowanych oraz zapewnieniu bezpieczeństwa osobistego, wyboru właściwego systemu wykonywania kary, rodzaju i typu zakładu karnego oraz rozmieszczenia ich wewnątrz aresztu śledczego. Klasyfikacja może być dokonywana ze względu na stan zdrowia fizycznego i psychicznego, w tym również brany jest pod uwagę stopień uzależnienia od alkoholu, środków odurzających lub psychotropowych. W zależności od stanu zdrowia osoby może ona zostać skierowana do odbywania kary w systemie terapeutycznym.

Problemem mogą być również osoby, które uzależnione są od wyrobów tytoniowych, dlatego też jest to jedno z kryteriów rozmieszczenia osób w areszcie

22 K. Dąbkiewicz, Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, Warszawa 2012, s. 76.

23 S. Lelental, Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, Warszawa 2012, s. 372.

24 *Ibidem*, s. 372.

śledczym. Zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 26 listopada 1996 r. w sprawie określania zasad dopuszczalności używania wyrobów tytoniowych w obiektach zamkniętych podległych Ministrowi Sprawiedliwości²⁵ wydanego na podstawie art. 5 ust 3 ustawy z dnia 9 listopada 1995 r. o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych,²⁶ w aresztach śledczych i zakładach karnych typu zamkniętego dla osadzonych używających wyrobów tytoniowych wyznacza się odrębne cele mieszkalne.²⁷ Rozwiązanie takie należy uznać w pełni za uzasadnione i zmierzające bezpośrednio do ochrony życia i zdrowia. Obecnie obserwowany jest ciągły wzrost modelu zdrowego trybu życia, gdzie używanie wyrobów tytoniowych nie jest wskazane, gdyż mają one negatywny wpływ na organizm ludzki. Dlatego też osoby przebywające w izolacji, tak jak również osoby na wolności powinny mieć wybór w tym zakresie.

Kodeks karny wykonawczy w art. 102 określa prawo osoby do odpowiedniego ze względu na zachowanie zdrowia wyżywienia, odzieży, warunków bytowych, pomieszczeń oraz świadczeń zdrowotnych. Określone w tym przepisie prawo może mieć szczególnie istotne znaczenie dla osób, które ze względu na stan zdrowia muszą spożywać odpowiednio przygotowane posiłki, czy określone produkty żywnościowe w celu zachowania prawidłowych funkcji życiowych. W tym zakresie zostało wydane rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 września 2003 r. w sprawie określenia wartości dziennej normy wyżywienia oraz rodzaju diet wydawanych osobom osadzonym w zakładach karnych i aresztach śledczych.²⁸ Tymczasowo aresztowany ma prawo do otrzymywania paczek, gdzie znajdują się artykuły żywnościowe, jak również może dokonywać zakupów, które umieszczone zostaną w depozycie. Ponadto może on podczas widzeń spożywać posiłki, które zostaną mu dostarczone z zewnątrz aresztu, gdyż mimo wszystko należy pamiętać, że skazany, który przekroczył mury zakładu karnego, wciąż pozostaje obywatelem posiadającym prawa i obowiązki.²⁹

Problematyka opieki medycznej została uregulowana w art. 115 k.k.w., zgodnie z którym skazanemu zapewnia się bezpłatne świadczenie zdrowotne, leki i artykuły sanitarne. Jednak skazanemu odbywającemu karę pozbawienia wolności nie przysługuje prawo wyboru lekarza i pielęgniarki podstawowej opieki zdrowotnej, świadczeniodawcy udzielającego ambulatoryjnych świadczeń opieki zdrowotnej, lekarza dentyisty oraz szpitala, które zostały określone w ustawie z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicz-

25 Dz.U. z 1996 r. Nr 140, poz. 658.

26 Dz.U. z 1996 r. Nr 10, poz. 55.

27 S. Leleńtal, Kodeks karny..., *op. cit.*, s. 383.

28 Dz.U. z 2003 r. Nr 167, poz. 1633.

29 A. Sakowicz, Granice prawa do prywatności osób odbywających karę pozbawienia wolności, PWP 2004, nr 43, s. 61.

nych.³⁰ W sytuacji, gdy miałyby dojść do pogorszenia stanu zdrowia skazanego lub mogłyby wpłynąć to na uniemożliwienie odbywania kary pozbawienia wolności należy skazanemu zapewnić protezy, przedmioty ortopedyczne i środki pomocnicze nieodpłatnie, natomiast w innych przypadkach takie środki zapewnia się odpłatnie. W przypadku występowania protez szczęki lub żuchwy, przedmiotów ortopedycznych lub środków o takim samym zastosowaniu, ale różnej cenie, osadzonemu dostarcza się bezpłatnie przedmiot ortopedyczny lub środek pomocniczy o najniższej cenie.³¹ Ustawodawca również wskazuje, że świadczenia zdrowotne udzielane są skazanemu przede wszystkim przez podmioty lecznicze dla osób pozbawionych wolności. Natomiast inne podmioty lecznicze współdziałają z podmiotami leczniczymi dla osób pozbawionych wolności w zapewnieniu skazanym świadczeń zdrowotnych, gdy konieczne jest w szczególności:

- 1) natychmiastowe udzielenie świadczeń zdrowotnych ze względu na zagrożenie życia lub zdrowia skazanego;
- 2) przeprowadzenie specjalistycznych badań, leczenia lub rehabilitacji skazanego;
- 3) zapewnienie świadczeń zdrowotnych skazanemu, który korzysta z przepustki lub czasowego zezwolenia na opuszczenie zakładu karnego.

Jednak dyrektor zakładu karnego, po zasięgnięciu opinii lekarza zakładu karnego, w szczególnie uzasadnionych przypadkach może zezwolić skazanemu, na jego koszt, na leczenie przez wybranego przez niego innego lekarza oraz na korzystanie z dodatkowych leków i innych wyrobów medycznych.

Tymczasowo aresztowany ma prawo do odpowiednich ze względu na zachowanie zdrowia świadczeń zdrowotnych i warunków higieny. Odpowiedniość świadczeń zdrowotnych oznacza ich konieczność dla zachowania zdrowia skazanego. Z tego też wynika, że skazany nie może domagać się świadczeń zdrowotnych, które wprawdzie byłyby odpowiednie dla zachowania zdrowia, ale przekraczałyby granicę konieczności dla osiągnięcia celu tych świadczeń.³² Prawo do ochrony zdrowia zagwarantowane jest każdemu obywatelowi przez art. 68 ust. 1 i 2 Konstytucji RP, zgodnie z którym każdy ma prawo do ochrony zdrowia. Obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej, władze publiczne zapewniają równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych.³³

30 Dz.U. z 2004 r. Nr 210, poz. 2135.

31 § 3 rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 listopada 2003 r. w sprawie warunków i sposobu zaopatrzenia osób osadzonych w zakładach karnych i aresztach śledczych w protezy, przedmioty ortopedyczne i środki pomocnicze, Dz.U. z 2003 r. Nr 204, poz. 1986.

32 S. Lelental, Kodeks karny..., *op. cit.*, s. 513.

33 A. Królikowska, Regulacje prawne dotyczące opieki zdrowotnej osób pozbawionych wolności, PWP 2010, nr 67–68, s. 216.

W rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 grudnia 2010 r. w sprawie udzielania świadczeń zdrowotnych osobom pozbawionym wolności przez zakłady opieki zdrowotnej dla osób pozbawionych wolności,³⁴ w przepisie § 3 ust. 1 i 2 określają typy świadczeń, którymi są: badanie i porada lekarska; leczenie; badanie i terapia psychologiczna; rehabilitacja lecznicza; opieka nad kobietą ciężarną i jej płodem, porodem oraz położeniem; badanie diagnostyczne, w tym analityka medyczna; pielęgnacja chorych; pielęgnacja niepełnosprawnych i opieka nad nimi; zapobieganie powstawaniu urazów i chorób przez działania profilaktyczne oraz obowiązkowe szczepienie ochronne; badanie i leczenie dentystyczne oraz świadczenie z zakresu protetyki; orzekanie i opiniowanie o stanie zdrowia; zaopatrzenie w przedmioty ortopedyczne i środki pomocnicze.

Zgodnie z poglądem wyrażonym przez Sąd Apelacyjny w Krakowie leczenie skazanych należy do zakładów opieki zdrowotnej przeznaczonych dla osób pozbawionych wolności. Dopiero, gdy nie mogą one udzielić osadzonym leczenia, w tym z braku specjalistycznego sprzętu medycznego, leczenie może być prowadzone w pozawięziennym zakładzie opieki zdrowotnej. Odmienne postępowanie, czyli udostępnienie skazanym swobodnego leczenia w warunkach wolnościowych w praktyce uniemożliwiłoby wykonywanie kary pozbawienia wolności.³⁵

Zadaniem więziennej służby zdrowia nie jest spełnianie dowolnych, często wygórowanych oczekiwań osób pozbawionych wolności, a jedynie utrzymanie ich w niepogorszonym zdrowiu.³⁶ Nie jest obowiązkiem więziennej służby zdrowia spełnienie wszelkich oczekiwań pozbawionych wolności, przystępujących w zakładzie karnym do leczenia schorzeń dawniej lekceważonych, stawiających żądania stosowania najbardziej nowoczesnych technik oraz drogich specyfików. Obowiązkiem tej służby jest jedynie zachowanie pozbawionych wolności przy życiu i niepogorszonym zdrowiu.³⁷ Za trafny uznać również należy pogląd wyrażony przez Sąd Apelacyjny w Krakowie, zgodnie z którym skoro skazany ma zapewnioną wystarczającą pomoc medyczną w warunkach odbywania kary, to domaganie się udzielenia jej w warunkach tzw. wolnościowych jest nieuzasadnione. Eskalacja jego żądań mogłaby iść dalej, aż po domaganie się leczenia za granicą. Roszczeniowa postawa skazanego nie może być aprobowana.³⁸

Opieka medyczna funkcjonująca w zakładach karnych jest całodobowa, jednak dni, godziny i miejsca przyjmowania skazanych przez lekarzy określone są przez dyrektora zakładu karnego w porządku wewnętrznym. W artykule tym jednak nie

34 Dz.U. 2011 Nr 1, poz. 2.

35 Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 27 grudnia 2007 r., II AKz 1080/07, KZS 2008, nr 1, poz. 71.

36 Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 24 lipca 2002 r., II AKz 659/02, KZS 2002, nr 11, poz. 47.

37 Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 30 kwietnia 2002 r., II AKz 128/02, KZS 2002, nr 4, poz. 22.

38 Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 6 lutego 2003 r., II AKz 1/03, KZS 2003, nr 2, poz. 34.

zostało jednoznacznie określone, kiedy świadczenia zdrowotne mają być wykonywane przez pozawięzienne zakłady opieki zdrowotnej. Zakłady opieki zdrowotnej współdziałają z zakładami opieki zdrowotnej dla osób pozbawionych wolności na zasadach:

- 1) równego traktowania obywateli;
- 2) minimalizacji czasu oraz zakresu udzielania świadczeń zdrowotnych uzależnionych jedynie od stanu zdrowia osoby pozbawionej wolności, w tym także korzystającej z przepustki lub czasowego zezwolenia na opuszczenie zakładu karnego, zaś zakres tego współdziałania wyznaczają:
 - a) potrzeby udzielania świadczeń zdrowotnych niezbędnych ze względu na stan zdrowia osoby pozbawionej wolności;
 - b) możliwości służby zdrowia w zakładach karnych do udzielania osobie pozbawionej wolności świadczeń zdrowotnych ze względu na stan jej zdrowia.³⁹

Szczególną opieką medyczną objęte zostały kobiety w ciąży, które są pozbawione wolności. Lekarz więziennej służby zdrowia określa zakres i częstotliwość świadczeń zdrowotnych im udzielanych, a także wydaje on zalecenia dotyczące żywienia dietetycznego, czasu i warunków odbywania przez kobiety ciężarne spaceru oraz kąpieli. Ponadto kieruje je do zakładu karnego ze szpitalnym oddziałem ginekologiczno-położniczym na dwa miesiące przed przewidywanym terminem porodu lub wcześniej, jeżeli wymaga tego stan zdrowia. Ponadto szczególną opieką objęte są również osoby, które dokonały samouszkodzenia ciała lub odmawiają przyjmowania posiłków. Udziela im się świadczeń zdrowotnych niezbędnych ze względu na stan ich zdrowia. Natomiast, jeżeli osoba taka odmawia poddania się leczeniu, można ją umieścić, w zależności od stanu zdrowia, w izbie chorych lub celi mieszkalnej, zapewniając w tym przypadku odpowiedni nadzór medyczny.⁴⁰

Skazani, u których stwierdzono jakiś rodzaj uzależnienia odbywają karę w systemie terapeutycznym, do tego systemu kierowani są tylko wówczas, gdy wymagają oddziaływania specjalistycznego, zwłaszcza opieki psychologicznej, lekarskiej lub specjalistycznej. Zgoda skazanego, o którym mowa w art. 117 k.k.w. na objęcie go odpowiednim leczeniem jest niezbędna i musi być ona w odpowiedni sposób udokumentowana. Gdy on jednak nie wyraża takiej zgody, to dyrektor zakładu karnego powinien wystąpić do sądu penitencjarnego z wnioskiem o orzeczenie takiego obowiązku.⁴¹ Jednak jak powszechnie wiadomo w sytuacji, gdy osoba nie chce dobrowolnie podjąć leczenia, zmuszenie jej do takiego działania może nie przynieść za-

39 S. Lelental, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 515.

40 K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 366.

41 S. Lelental, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 529–532.

łożonych rezultatów, dlatego należałoby na początku przyjąć odpowiednie działania po stronie organu, które zmierzać miałyby do nakłonienia tej osoby do dobrowolnego leczenia. Należałoby przedstawić takiej osobie argumenty pokazujące jej korzyści płynące z podjęcia takich działań.

W sytuacji, gdy życiu skazanego grozi poważne niebezpieczeństwo, które zostało stwierdzone przez co najmniej dwóch lekarzy, można dokonać koniecznego zabiegu lekarskiego, nie wyłączając chirurgicznego, nawet mimo sprzeciwu skazanego. Gdy taki sprzeciw wystąpi, o zabiegu orzeka sąd penitencjarny. Natomiast w nagłym przypadku, jeżeli zachodzi bezpośrednie niebezpieczeństwo śmierci skazanego, o konieczności zabiegu decyduje lekarz. W wypadku, gdy stan, w którym życiu skazanego grozi poważne niebezpieczeństwo może być utożsamiany z ciężką chorobą, tj. takim stanem skazanego, w którym jego pobyt w zakładzie karnym może zagrażać życiu lub spowodować dla jego zdrowia poważne niebezpieczeństwo, sąd penitencjarny udziela przerwy w odbywaniu kary. Nie może to jednak dotyczyć przypadków, gdy skazany własnym działaniem spowodował stan zagrożenia dla własnego życia lub poważne niebezpieczeństwo dla zdrowia po to, aby wymusić spełnienie jego żądania, w tym również udzielenia mu przerwy w odbywaniu kary.⁴²

Skazany, aby uzyskać pewne korzyści dla siebie może dopuścić się czynów polegających na samouszkodzeniu, które mają zapewnić mu osiągnięcie jego celu. Dlatego też ustawodawca, aby temu przeciwdziałać, art. 119 k.k.w. określił, że koszty pomocy związane z samookaleczeniem przez skazanego zostaną na niego nałożone. Jednak, żeby tak się stało, skazany musi mieć świadomość, że spowodowane u siebie uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia są zakazane. Ponadto działanie skazanego musi nosić znamiona zachowania kierunkowego, tj. musi zostać podjęte w celu wymuszenia lub w celu uchylenia się.⁴³

Ustawodawca w art. 216 § 2 k.k.w. zawarł możliwość korzystania przez osobę tymczasowo aresztowaną z wyżywienia oraz środków leczniczych i higieny otrzymywanych spoza aresztu śledczego. Jednak taka możliwość została dopuszczona za zgodą organu, do dyspozycji którego ta osoba pozostaje, jednak również wymagana jest zgoda dyrektora aresztu śledczego. Rozwiązanie to jest szeroko krytykowane, wskazuje się na fakt, że z tej możliwości korzystać będą ci tymczasowo aresztowani, którzy posiadają znaczne środki pieniężne. Ponadto podnosi się, że w takich „paczkach” z zewnątrz mogą być przemycane substancje niedozwolone.⁴⁴ W obecnym stanie zabezpieczenia technicznego aresztu śledczego nie ma możliwości sprawdzenia składu chemicznego dostarczanych produktów. Dlatego też przepis ten powinien być ograniczony wyłącznie do przypadków związanych z zapew-

42 *Ibidem*, s. 533–534.

43 K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 379.

44 S. Lelental, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 961.

nieniem tymczasowo aresztowanym specjalistycznej diety według ścisłych wskazań lekarza i to areszt śledczy powinien zorganizować zakup i dostarczenie posiłków, a nie rodzina.⁴⁵

W wyniku stosowania tymczasowego aresztowania organy je stosujące i wykonujące muszą mieć na względzie zdrowie i życie takiej osoby, dlatego też w sytuacji, gdy w związku z toczącym się lub zakończonym postępowaniem karnym, w którym tymczasowo aresztowany uczestniczył, gdy wystąpi poważne zagrożenie lub istnieje bezpośrednia obawa wystąpienia poważnego zagrożenia dla jego życia lub zdrowia to dyrektor aresztu śledczego obejmuje go szczególną ochroną w warunkach zwiększonej izolacji i zabezpieczenia, która może polegać na kontroli jego stanu zdrowia, udzielania pomocy psychologicznej. Uregulowanie to wynikające z przepisu art. 212ba k.k.w. ma na celu zabezpieczenie osób przebywających w izolacji, które mogą mieć problem z odnalezieniem się w nowym zamkniętym środowisku. Często taka sytuacja może dotyczyć osób, które pierwszy raz mają do czynienia z wymiarem sprawiedliwości i umieszczeniem w areszcie śledczym. Takie zdarzenia mogą powodować, że osoba tymczasowo aresztowana może nie radzić sobie psychicznie z tym, co się obecnie wokół niej dzieje. Sytuacja ta może doprowadzić do załamania psychicznego tej osoby, które może doprowadzić ją do chęci targnięcia się na swoje życie, dlatego też istotne jest, by była zapewniona odpowiednia pomoc i wsparcie dla takiej osoby.

W sytuacji, gdy warunki zdrowotne osoby tymczasowo aresztowanej nie pozwalają na osadzenie jej w areszcie śledczym z uwagi na niebezpieczeństwo dla życia i zdrowia, to osoba taka może zostać umieszczona w odpowiedniej placówce leczniczej. Tymczasowe aresztowanie bierze górę nad innymi środkami zapobiegawczymi, gdyż przed jego uchyceniem brana jest pod uwagę możliwość umieszczenia takiej osoby w odpowiedniej placówce, która będzie jednocześnie chronić życie i zdrowie oskarżonego, jak też będzie zabezpieczała prawidłowy przebieg procesu karnego.

W momencie, kiedy stan zdrowia oskarżonego tego wymaga, tymczasowe aresztowanie może być wykonywane tylko w postaci umieszczenia w odpowiednim zakładzie leczniczym.⁴⁶ Może nim być szpital psychiatryczny przy areszcie śledczym, a w razie braku takiej jednostki – publiczny zakład opieki zdrowotnej, na warunkach określonych przez organ, do którego dyspozycji pozostaje tymczasowo aresztowany.⁴⁷ Wykonywanie tymczasowego aresztowania w zakładzie poza

45 J. Bogacz, Niektóre problemy wykonania tymczasowego aresztu przez administrację aresztów śledczych w związku z wejściem kodyfikacji karnej, [w:] L. Bogunia (red.), Nowa kodyfikacja prawa karnego. Praca zbiorowa, Wrocław 1997, s. 210–211.

46 M. Gałązka, R.G. Hałas, A. Komadowska, M. Kuć, Prawo karne materialne, wykonawcze i skarbowe, Warszawa 2011, s. 477.

47 Postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 9 sierpnia 2007 r., sygn. akt II AKz 402/07, Lex nr 301495.

aresztem śledczym uzasadnione jest tylko wówczas, gdy ze względu na stan zdrowia oskarżonego jest to konieczne z tego powodu, że zakład leczniczy usytuowany w obrębie aresztu śledczego nie ma możliwości zapewnienia tymczasowo aresztowanemu wymaganej opieki lekarskiej.⁴⁸ Dotyczy to w szczególności:

- osób, które nie podlegają przyjęciu do aresztu śledczego z powodu ostrej psychozy;
- osób wymagających natychmiastowego leczenia szpitalnego ze względu na bezpośrednie zagrożenia życia lub zdrowia;
- kobiet od 28. tygodnia ciąży.⁴⁹

Zasadą jest więc wykonywanie tymczasowego aresztowania w areszcie śledczym, a tylko wyjątkowo środek ten ma być wykonywany poza aresztem w zakładzie leczniczym, gdy stan zdrowia tymczasowo aresztowanego jest tego rodzaju, że niemożliwe jest zapewnienie mu specjalistycznej opieki lekarskiej w szpitalu aresztu śledczego.⁵⁰

Zły stan zdrowia oskarżonego nie może w każdej sytuacji skutkować tym, że wobec osoby, co do której istnieją podstawy stosowania tego środka – nie zastosuje się go, tylko z uwagi na to, że stan jej zdrowia nie pozwala na przebywanie w warunkach izolacji. W takiej sytuacji nastąpić powinno umieszczenie takiej osoby w odpowiednim zakładzie leczniczym, gdzie zapewniona zostanie jej fachowa opieka medyczna, jak również zrealizowane zostaną cele postępowania karnego. Oczywiście, badanie ich w każdej sprawie powinno być indywidualne i obiektywne, winno mieć na uwadze zasady humanitaryzmu i celowości ich stosowania, by wykluczyć nadużycia w tej materii.

IV. W związku z powyższym należy przyjąć, że zarówno przepisy międzynarodowe, jak i prawa krajowego nakazują oceniać stan zdrowia oskarżonego przed podjęciem decyzji o zastosowaniu tymczasowego aresztowania. Poważne niebezpieczeństwo dla zdrowia lub życia oskarżonego pozwala z jednej strony odstąpić w ogóle od stosowania tego środka, a z drugiej, gdy szczególne względy nie stoją na przeszkodzie w jego stosowaniu wykonywać go w takich warunkach, aby wyeliminować obawę, o której mowa w art. 259 § 1 pkt 1 k.p.k. Należy brać pod uwagę stan zdrowia oskarżonego w każdym wypadku, gdy w związku ze stosowaniem tego najsurowszego środka mogłoby dojść do utraty życia lub znacznego pogorszenia stanu zdrowia oskarżonego. Pomimo złego stanu zdrowia oskarżonego można zastosować tymczasowe aresztowanie, gdy zgodnie z zasadą minimalizacji rozważano zastoso-

48 S. Lelental, Kodeks karny wykonawczy..., *op. cit.*, s. 952.

49 § 33 ust. 1 i 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie czynności administracyjnych związanych z wykonywaniem tymczasowego aresztowania oraz kar i środków przymusu skutkujących pozbawieniem wolności oraz dokumentowania tych czynności, Dz.U. Nr 15, poz. 142.

50 S. Lelental, Kodeks karny wykonawczy..., *op. cit.*, s. 953–954.

wanie nieizolacyjnych środków zapobiegawczych, ale uznano, że interes wymiaru sprawiedliwości nie może być inaczej chroniony niż przez zastosowanie tego najsurowszego środka zapobiegawczego.

BIBLIOGRAFIA

1. Bogacz J., Niektóre problemy wykonania tymczasowego aresztu przez administrację aresztów śledczych w związku z wejściem kodyfikacji karnej, [w:] Bogunia L. (red.), Nowa kodyfikacja prawa karnego. Praca zbiorowa, Wrocław 1997.
2. Boratyńska K.T., Chojniak Ł., Jasiński W., Postępowanie karne, Warszawa 2012.
3. Bratoszewski J., Gardocki L., Gostyński Z., Przyjemski S.M., Stefański R.A., Zabłocki S., Kodeks postępowania karnego. Komentarz, T. II, Warszawa 2004.
4. Brzezińska M., Tarnowska D., Ochrona oskarżonego przed niesłusznym tymczasowym aresztowaniem, (w:) M. Brzezińska, D. Tarnowska, Ochrona oskarżonego przed niesłusznym tymczasowym aresztowaniem, [w:] Problemy z sądową ochroną praw człowieka, R. Sztymiler, J. Krzywkowska (red.), T. II, Olsztyn 2012, s. 175.
5. Dąbkiewicz K., Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, Warszawa 2012.
6. Gałązka M., Hałas R.G., Komadowska A., Kuć M., Prawo karne materialne, wykonawcze i skarbowe, Warszawa 2011.
7. Grajewski J., Paprzycki L.K., Steinborn S., Kodeks postępowania karnego. Komentarz, T. I., Kraków 2006.
8. Grzegorzczak T., Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz, Warszawa 2008.
9. Grzeszczyk W., Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2012.
10. Kordik A., Prusak F., Świda Z., Prawo karne procesowe. Część ogólna, Wrocław–Szczecin 1994.
11. Królikowska A., Regulacje prawne dotyczące opieki zdrowotnej osób pozbawionych wolności, PWP 2010, nr 67–68.
12. Kruszyński P., Tymczasowe aresztowanie, [w:] Nowe uregulowania prawne w kodeksie postępowania karnego z 1997 r., Kruszyński P. (red.), Warszawa 1998.
13. Lelental S., Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, Warszawa 2012.
14. Murzynowski A., Podstawowe zmiany przepisów dotyczących stosowania tymczasowego aresztowania, „Jurysta” 1997, nr 7.
15. Murzynowski A., Refleksje na temat zmian w przepisach dotyczących stosowania tymczasowego aresztowania, Prok. i Prawo 1997, nr 1.
16. Problemy z sądową ochroną praw człowieka, Sztymiler R. i Krzywkowska J. (red.), T. II, Olsztyn 2012.
17. Sakowicz A., Granice prawa do prywatności osób odbywających karę pozbawienia wolności, PWP 2004, nr 43.
18. Tarnowska D., Poręczenie majątkowe jako środek zapobiegawczy w polskim procesie karnym, Toruń 2002.

19. Tarnowska D., Udział lekarza w postępowaniu karnym, [w:] Kryminalistyka i inne nauki pomocowe w postępowaniu karnym, Kasprzak J., Młodziejowski B. (red.), Olsztyn 2009.
20. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 listopada 2003 r. w sprawie warunków i sposobu zaopatrzenia osób osadzonych w zakładach karnych i aresztach śledczych w protezy, przedmioty ortopedyczne i środki pomocnicze (Dz.U. z 2003 r. Nr 204, poz. 1986).
21. Postanowienie SA w Krakowie z dnia 26 marca 1991 r., II AKz 10/91, KZS 1994, nr 4, poz. 19.
22. Postanowienie SA w Krakowie z dnia 22 lipca 1993 r., II AKz 2000/93, KZS 1993, nr 6–8, poz. 49.
23. Postanowienie SA w Katowicach z dnia 30 sierpnia 1995 r., II AKz 211/95, OSA 1996, nr 3, poz. 6.
24. Postanowienie SA w Krakowie z dnia 15 maja 1996 r., II AKz 203/96, KZS 1996, nr 5–6, poz. 13.
25. Postanowienie SA w Krakowie z dnia 30 kwietnia 2002 r., II AKz 128/02, KZS 2002, nr 4, poz. 22.
26. Postanowienie SA w Krakowie z dnia 26 marca 1992 r., II AKz 54/92, KZS 1992, nr 3–9, poz. 108.
27. Postanowienie SA w Krakowie z dnia 27 grudnia 2007r., II AKzw 1080/07, KZS 2008, nr 1, poz. 71.
28. Postanowienie SA w Katowicach z dnia 24 lipca 2002 r., II AKz 659/02, KZS 2002, nr 11, poz. 47.
29. Postanowienie SA w Krakowie z dnia 30 kwietnia 2002 r., II AKz 128/02, KZS 2002, nr 4, poz. 22.
30. Postanowienie SA w Krakowie z dnia 6 lutego 2003 r., II AKz 1/03, KZS 2003, nr 2, poz. 34.
31. Postanowienie SA w Poznaniu z dnia 30 czerwca 1992 r., II AKz 171/92, OSA 1992, nr 10, poz. 53.
32. Postanowienie SA we Wrocławiu z 9 sierpnia 2007 r., sygn. akt II AKz 402/07, Lex nr 301495.
33. Postanowienie SN z dnia 15 stycznia 1982 r., II KZ 14/82, OSNKW 1982, nr 3, poz. 13.
34. Postanowienie SN z dnia 27 września 1985 r., I KZ 196/85, niepubl.

SECURING THE HEALTH AND WELL-BEING OF SUSPECTS IN TEMPORARY DETENTION

The Code of Penal Procedure provides for both custodial and non-custodial preventive measures. The first type of preventive measures, i.e. the remand, prevents suspects from evading justice by holding them in custody and may take the form of temporary detention. This measure should be used only when it is warranted by reliable causes and when the detainee's rights are secured.

The conditions for the use of temporary detention are provided in The Code of Penal Procedure and specified in greater detail in The Executive Penal Code, where legislators indicate the specific institutions and rules for its execution in ways that fulfil both the requirements of administration of justice and the need to secure the health and well-being of temporarily detained suspects.

A serious threat for the health and well-being of suspects on one hand warrants waiver of detention, and on the other, when there are no impediments, execution of detention under conditions that ensure the suspect's well-being and safety. Consequently, the suspect's poor health does not preclude the use of temporary detention if the interest of administration of justice cannot be protected in any other way. In such a case, suspects should be placed in an adequate medical facility where professional medical care can be provided, and when the requirements of the penal procedure may be fulfilled.

Key words: Temporary detention, penal procedure, suspect

UCHYLENIE POSTANOWIENIA O UZNANIU ZA ZMARŁEGO W TRYBIE PRZYŚPIESZONYM

Nieodłącznym elementem życia, a w właściwie jego konsekwencją jest śmierć. Śmierć i życie postrzegane mogą być w aspekcie filozoficznym, socjologicznym, psychologicznym, ale i prawnym. W ujęciu prawnym pojęcia te obejmują najbardziej przyziemny ich wymiar. Co istotne, nie zawsze zakończenie życia człowieka w sensie prawnym jest tożsame z jego śmiercią w sensie biologicznym. Przykładem może być fakt zaginięcia osoby, a w konsekwencji uznanie jej za zmarłą przez organ sądowy, gdy w rzeczywistości osoba fizyczna żyje, lecz brak o niej jakiegokolwiek wiadomości.

I. Celem postępowania o uznaniu za zmarłego jest uznanie, że osoba fizyczna, która zginęła i która prawdopodobnie nie żyje – zmarła – tak więc celem jest uregulowanie sytuacji prawnej osoby, która zginęła, ale i innych podmiotów, powstałej na skutek zaginięcia danej osoby. Wprowadzenie pewności w sferę prawną podmiotów związanych z zaginionym następuje przez wydanie orzeczenia wywołującego takie skutki prawne, jak gdyby zaginiony zmarł w chwili oznaczonej w postanowieniu jako chwila śmierci.¹ W postępowaniu tym dochodzi do wydania postanowienia powodującego zakończenie zdolności prawnej osoby fizycznej i jest konieczne dla uporządkowania stosunków prawnych podmiotów związanych z uznanym za zmarłego. Postanowienie sądu wydane w tym przedmiocie ma charakter konstytutywny – tworzący nowy stan prawny² i jednocześnie stwarza

1 Por. W. Siedlecki, [w:] System prawa procesowego cywilnego. Postępowanie rozpoznawcze przed sądami pierwszej instancji, t. II, Z. Resich (red.), Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1987, s. 665; *idem*, Zarys postępowania cywilnego, Warszawa 1968, s. 412; B. Dobrzański, [w:] B. Dobrzański, M. Lisiewski, Z. Resich, W. Siedlecki, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Z. Resich, W. Siedlecki (red.), Warszawa 1969, s. 796.

2 Orzeczenia konstytutywne tworzą lub przekształcają prawo, stosunek prawny lub sytuację prawną z chwilą uprawomocnienia się orzeczenia (*ex nunc*) jak i mocą wsteczną (*ex tunc*) – K. Korzan, Istota i charakter orzeczeń wydawanych w postępowaniu cywilnym (studium teoretyczne), [w:] Studia z prawa postępowania cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Z. Resicha, T. Ereciński, M. Jędrzejewska (red.), Warszawa 1985, s. 160; Z. Resich, [w:] J. Jodłowski, Z. Resich, Postępowanie cywilne, Warszawa 1979, s. 384.

domniemanie, że zaginiony zmarł w chwili oznaczonej jako chwila jego śmieci określona w tym orzeczeniu.³

Wskazane domniemanie może być jednak obalone w postępowaniu o uchylenie prawomocnego postanowienia o uznaniu za zmarłego, które może być dwojakiego rodzaju – po przeprowadzeniu postępowania dowodowego i bez takiego postępowania, w trybie – można by go nazwać – przyśpieszonym.

Postępowanie o uznanie za zmarłego oraz uchylające postanowienie o uznaniu za zmarłego odbywają się w trybie nieprocesowym – niespornym, a unormowane są w art. 526–534 k.p.c. oraz art. 539–543 k.p.c. W kwestiach nieuregulowanych w tych przepisach zastosowanie mają w pierwszej kolejności przepisy ogólne o postępowaniu nieprocesowym (art. 506–525 k.p.c.), a następnie przepisy o trybie procesowym (art. 13 § 2 k.p.c.). Z tym, że art. 13 § 2 k.p.c. obejmujący odpowiednie stosowanie przepisów o procesie do innych rodzajów postępowań dotyczy tylko przepisów regulujących postępowanie zwykłe, gdyż postępowania odrębne nie znajdują w tym wypadku zastosowania.

II. Prawomocne postanowienie orzekające co do istoty sprawy nie może być zmienione ani uchylone, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej. Jednakże prawomocne postanowienie oddalające wniosek sąd może zmienić w razie zmiany okoliczności sprawy (art. 523 k.p.c.).

Prawomocność występuje w podwójnej roli – pozytywnej i negatywnej.⁴ Pozytywna rola prawomocności oznacza nakaz zawiązania w przypadkach prejudycjalności, czego wyrazem jest art. 365 § 1 k.p.c., stanowiący, iż prawomocne orzeczenie wiąże nie tylko strony i sąd, który je wydał, lecz również inne sądy, organy państwowe i organy administracji publicznej, a w wypadkach w ustawie przewidzianych także inne osoby. Negatywna zaś funkcja jako *ne bis in idem* występuje w przypadkach ponownego wniesienia powództwa w tej samej sprawie, pomiędzy tymi samymi podmiotami prawnymi. W nauce prawa prawomocność dzieli się również na – formalną i materialną. Obie prawomocności pozostają ze sobą w ścisłym związku, stąd doktryna wyraża pogląd, że nie są to dwa rodzaje prawomocności, lecz dwa aspekty tego samego pojęcia.⁵ Wyrazem prawomocności materialnej jest art. 365 k.p.c., który stanowi, że orzeczenie prawomocne wiąże nie tylko strony i sąd, który je wydał, lecz również inne sądy oraz organy państwowe i organy administracji publicznej, w wypadkach w ustawie przewidzianych także inne osoby. Przepis ten określa granice podmiotowe prawomocności materialnej poprzez określenie – kogo wiąże prawomocne orzeczenie. Granice zaś przedmiotowe

3 W. Siedlecki, *Zarys postępowania...*, *op. cit.*, s. 412.

4 F.L. Keller, *Über Litiscontestation und Urtheil*, Zürich 1827, za: H.F. Gaul, M. Sawczuk, *Obalenie prawomocnych orzeczeń w systemie procesu cywilnego RFN i PRL (na tle prawoporównawczym)*, [w:] *Z zagadnień cywilnego prawa materialnego i procesowego*, M. Sawczuk (red.), Lublin 1988, s. 33.

5 W. Siedlecki, *Zarys postępowania...*, *op. cit.*, s. 327.

tej prawomocności określone są rozstrzygnięciem zawartym w prawomocnym orzeczeniu, a konkretnie granicami tego rozstrzygnięcia.⁶ W granicach prawomocności materialnej można i należy przyjmować, że dana sytuacja kształtuje się tak, jak zostało to przyjęte w orzeczeniu. Granice prawomocności materialnej są szersze i inaczej ukształtowane niż granice powagi rzeczy osądzonej.⁷

Każde orzeczenie może mieć prawomocność materialną, gdyż jest formalnie prawomocne. Nie każde jednak orzeczenie formalnie prawomocne jest zarazem materialnie prawomocne. Kodeks postępowania cywilnego przyznaje prawomocność formalną orzeczeniom w ogóle (a więc wyrokom, nakazom zapłaty, postanowieniom, wpisowi w k.w.), podczas gdy prawomocność materialną (*res iudicata*) mają tylko wyroki, a nie mają jej postanowienia, gdyż nie rozstrzygają istoty sporu.⁸ Jedyny wyjątek dotyczy postanowień merytorycznych zapadających w postępowaniu nieprocesowym, które pod względem skutków są zrównane z wyrokami w procesie cywilnym. Odmowa przyznania tym postanowieniom powagi rzeczy osądzonej pozostawałaby w sprzeczności z przyjętą przez kodeks zasadą jedności.⁹ Poglądy doktryny dzielą się na te, które odmawiają tym postanowieniom powagi rzeczy osądzonej, skoro można je zmienić lub uchylić nawet bez zmiany okoliczności¹⁰ i na te, które uważają, że fakt, iż prawomocne postanowienie może być zmienione lub uchylone, nie pozbawia go powagi rzeczy osądzonej,¹¹ lecz stanowi pewien wyłom w tej powadze.¹² W. Siedlecki¹³ stwierdza, że w postępowaniu nieprocesowym prawomocne postanowienia orzekające co do istoty sprawy korzystają z powagi rzeczy osądzonej z tym, że kodeks postępowania cywilnego wprowadza pewne wyjątki, które przewiduje art. 523 k.p.c. Natomiast B. Dobrzański wyraził zastrzeżenie, że istnieją pewne wyjątkowe przypadki, ale niekoniecznie wynikające z ustawy, lecz z istoty stosunku prawnego, w których postanowienia te nie korzystają z powagi rzeczy osądzonej. Dotyczy to również postanowień oddalających wnioski, które mogą być zmienione w miarę zmiany okoliczności sprawy, mają powagę rzeczy osądzonej dopóki stan faktyczny nie ulegnie zmianie.¹⁴

Związanie prawomocnym postanowieniem co do istoty sprawy zależy w postępowaniu nieprocesowym – inaczej niż w procesie (art. 365 § 1) – od

6 W. Broniewicz, Prawomocność orzeczeń w postępowaniu cywilnym, „Studia Iuridica” 1976, nr V, s.76.

7 A. Góra-Błaszczkowska, Orzeczenia w procesie cywilnym, Art. 316–366 KPC. Komentarz, s. 209.

8 Z. Fenichel, Podstawa powództwa, jej zmiana i związek z prawomocnością wyroku (dokończenie), PPC 1938, Nr 11–12, s. 344 i nast.

9 K. Korzan, Skutki orzeczeń rozstrzygających sprawę co do istoty (prawomocność, wykonalność i skuteczność), Rej. 2005/4, s. 9–10.

10 Por. J. Krajewski, Postępowanie nieprocesowe (skrypt), Toruń 1973, s. 58; K. Korzan, Skutki orzeczeń..., *op. cit.*, s. 9 i n.

11 M. Sawczuk, Ponowne orzekanie w sprawie prawomocnie osądzonej, Warszawa 1975, s. 29; M. Lisiewski, Roszczenia zainteresowanego, który nie uczestniczył w postępowaniu na podstawie art. 44 k.p.n. (art. 467 projektu k.p.c.), Pal. 1963, nr 10, s. 7–8.

12 W. Broniewicz, Prawomocność..., *op. cit.*, s. 79.

13 W. Siedlecki, Postępowanie..., *op. cit.*, s. 405.

14 B. Dobrzański, Głosa do uchwały SN II CO 12/62, OSPIKA 1964, poz. 27.

charakteru orzeczenia. W wypadku postanowień uwzględniających żądanie (pozytywnych, sankcjonujących, ustalających, kształtujących) związane ma charakter bezwzględny, chyba że przepis szczególny dopuszcza uchylenie lub zmianę orzeczenia.¹⁵

Przepisami szczególnymi, o których mówi treść art. 523 k.p.c. jest cały oddział 3 rozdziału 1, działu 1, tytułu II – regulujący postępowanie w przedmiocie uchylenia postanowienia orzekającego uznanie za zmarłego. Przepisy te ograniczają zasadę stabilności prawomocnych postanowień *in meritis* wydawanych w postępowaniu niespornym i w ten sposób zapewniają znaczną elastyczność w zakresie transformacji postanowień o uznaniu za zmarłego.¹⁶

Unormowania tego postępowania umożliwiają uchylenie takiego postanowienia poza systemem środków zaskarżenia – przy zmianie stanu faktycznego, ale i na skutek zmiany stanu wiedzy sądu o stanie faktycznym sprawy. Głównym założeniem postępowania o uchylenie postanowienia o uznaniu za zmarłego jest ułatwienie uchylenia takiego postanowienia w sytuacji, gdy po uprawomocnieniu się okaże się, że osoba, którą uznano za zmarłą – żyje lub też zmarła w innej chwili niż oznaczona w orzeczeniu.¹⁷

III. Wspomniany oddział 3 regulujący postępowanie w zakresie uchylenia postanowienia orzekające uznanie za zmarłego wprowadza dwa tryby umożliwiające uchylenie tegoż orzeczenia. Pierwsze obejmuje przeprowadzenie całego postępowania dowodowego celem ustalenia, że osoba, która została uznana za zmarłą – pozostaje przy życiu, a zachodzi głównie w sytuacji, gdy osoba odnalazła się, ale nie może wziąć udziału w postępowaniu, a z wnioskiem wystąpi osoba zainteresowana lub sąd przeprowadzi postępowanie z urzędu, wzywając do udziału w sprawie uczestników postępowania, w którym zapadło postanowienie o uznaniu za zmarłego.

Drugi tryb stanowi specyfikę w zakresie obalania prawomocnych postanowień co do istoty sprawy, gdyż odbywa się bez jakiegokolwiek postępowania. Reguluje go tylko jeden artykuł – 543 k.p.c., stanowiący, iż osoba, którą uznano za zmarłą zjawi się osobiście w sądzie i wykaże swoją tożsamość, sąd niezwłocznie i bez dalszego postępowania uchyli postanowienie orzekające uznanie za zmarłego. W doktrynie tryb ten często nazywany jest uproszczonym, jednak z uwagi na istnienie w kodeksie postępowania cywilnego odrębnego rodzaju postępowania uproszczonego uregulowanego w księdze pierwszej – Proces, tytule VII, dziale

15 J. Gudowski, [w:] M. Jędrzejewska, K. Weitz, T. Ereciński, J. Gudowski, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze. Część druga, Postępowanie zabezpieczające, Warszawa 2009, Lex Polonica Online, kom. do art. 523 k.p.c.

16 Por. K. Lubiński, Prawomocność materialna orzeczeń w postępowaniu nieprocesowym, PiP 2003, nr 11, s. 55; A. Bartoszewicz, Postępowanie o uznanie za zmarłego i stwierdzenie zgonu, Warszawa 2007, s. 66.

17 K. Korzan, Postępowanie nieprocesowe – część szczegółowa, Katowice 1983, s. 121–122.

VI w art. 505¹ – 505¹⁴ – wydaje się, iż bardziej właściwe będzie posługiwanie się określeniem przyjętym w tytule artykułu, tj. tryb przyśpieszony.

IV. Przepis art. 543 k.p.c. będący podstawą uchylenia postanowienia orzekającego uznanie za zmarłego bez przeprowadzenia postępowania dowodowego wprowadza dwie podstawowe przesłanki dla osoby pragnącej obalić prawomocne orzeczenie o uznaniu jej za zmarłą. Co istotne, przesłanki te muszą być spełnione kumulatywnie, a są to: 1) osobiste stawiennictwo w sądzie oraz 2) wykazanie swojej tożsamości.

Dalsze dwie przesłanki przewidziane są dla działania sądu w tym zakresie – czas uchylenia takiego postanowienia, określony jako – niezwłocznie oraz brak dalszego postępowania.

Przesłanka „zjawi się osobiście w sądzie” oznacza nic innego, jak osobiste stawiennictwo danej osoby, wobec której orzeczono, iż nie żyje. Nie jest możliwe stawiennictwo przez pełnomocnika procesowego, natomiast gdy osoba była ubezwłasnowolniona (całkowicie bądź częściowo) powinna stawić się ze swoim przedstawicielem, przy czym nie jest to wymóg konieczny, gdyż osoba taka nie składa żadnego wniosku o uchylenie danego orzeczenia, a sąd w takiej sytuacji działa z urzędu, sam zaś fakt pojawienia się osoby w sądzie jest tylko impulsem dla organu sądowego do podjęcia działania. Stąd też postępowanie w omawianym trybie jest wolne od opłaty sądowej (por. art. 23 pkt 1 u.k.s.c.¹⁸).

Jeżeli osoba uznana za zmarłą nie może stawić się osobiście w sądzie, sąd nie może dokonać uchylenia postanowienia o uznaniu za zmarłego w omawianym trybie, a będzie zobligowany przeprowadzić postępowanie dowodowe zgodnie z art. 542 k.p.c.

Drugą przesłanką jest wykazanie tożsamości przez osobę, która zjawiła się w sądzie i która chce uchylenia orzeczenia uznającego ją za nieżyjącą.

Tożsamość oznacza cechy, które stanowią o tym, kim dana osoba jest, czym różni się od innych. Na tak rozumianą tożsamość składa się nie tylko to, kim się jest obecnie, ale także to, kim się było, a nawet zamierzenia na przyszłość, wszystko to powoduje, że dana osoba różni się od innej.¹⁹

Tożsamość osoby fizycznej to jej indywidualizacja dokonywana na podstawie takich cech, jak:

- 1) imię i nazwisko – imię nadają dziecku osoby sprawujące władzę rodzicielską, nazwisko zaś zależy przede wszystkim od przynależności danej osoby do określonej rodziny, a jego nabycie lub zmiana związane są z wystąpieniem

18 Ustawa z dnia 28.07.2005 r., o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz.U. Nr 90, poz. 594).
19 Wyrok WSA z dnia 3.03.2009 r., sygn. akt II S.A./Wa1495/08.

określonych zdarzeń prawnych, takich jak: urodzenie się dziecka, zawarcie małżeństwa, przysposobienie, zmiana nazwiska w trybie administracyjnym zgodnie z ustawą o zmianie imienia i nazwiska,²⁰

- 2) miejsce zamieszkania – jest zawsze oznaczoną miejscowością. Definicję legalną miejscowości zawiera ustawa o urzędowych nazwach miejscowości i obiektów fizjograficznych,²¹ wskazująca, iż miejscowość to „jednostka osadnicza lub inny obszar zabudowany odróżniający się od innych miejscowości odrębną nazwą, a przy jednakowej nazwie – odmiennym określeniem ich rodzaju” (art. 2 pkt 4 ustawy). Miejscem zamieszkania nie jest więc oznaczone mieszkanie, czyli tzw. adres osoby. Doktryna prawa cywilnego rozróżnia dwa rodzaje miejsca zamieszkania: *domicilium voluntarium* oraz *domicilium necessarium*.

Konstrukcję *domicilium voluntarium* reguluje art. 25 k.c. wskazujący, że miejscem zamieszkania osoby fizycznej jest miejscowość, w której osoba ta przebywa z zamiarem stałego pobytu.²² Zaś *domicilium necessarium* polega na uniezależnieniu miejsca zamieszkania osoby fizycznej od przebywania lub zamiaru stałego pobytu w określonej miejscowości, a dotyczy ona dzieci pozostających pod władzą rodzicielską lub osób pozostających pod opieką (art. 26 i 27 k.c.). Można mieć tylko jedno miejsce zamieszkania (art. 28 k.c.).

Od miejsca zamieszkania należy odróżnić zameldowanie na pobyt stały bądź czasowy, które należy do zakresu prawa administracyjnego, a uregulowane jest w ustawie o ewidencji ludności.²³ Zgodnie z art. 24 – obywatel polski przebywający na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest obowiązany wykonywać obowiązek meldunkowy określony w ustawie. Obowiązek meldunkowy polega na: 1) zameldowaniu się w miejscu pobytu stałego lub czasowego; 2) wymeldowaniu się z miejsca pobytu stałego lub czasowego. Zaś pobytem stałym jest zamieszkanie w określonej miejscowości pod oznaczonym adresem z zamiarem stałego przebywania, a pobytem czasowym jest przebywanie bez zamiaru zmiany miejsca pobytu stałego w innej miejscowości pod oznaczonym adresem lub w tej samej miejscowości, lecz pod innym adresem (art. 25 ust. 1 i 2 ustawy). Obowiązek meldunkowy istnieje jednak do dnia 31.12.2013 r., gdyż od dnia 01.01.2014 r. obowiązek ten zostanie całkowicie zniesiony i nie będą już gromadzone daty zdarzeń z tym związanych. Z tym samym dniem nastąpi również likwidacja obowiązku prowadzenia rejestrów

20 Ustawa z dnia 17.10.2008 r., o zmianie imienia i nazwiska (Dz.U. Nr 220, poz. 1414).

21 Ustawa z dnia 29.08.2003 r., o urzędowych nazwach miejscowości i obiektów fizjograficznych (Dz.U. Nr 166, poz. 1612).

22 Jak przyjmuje się w nauce prawa, na tak rozumiane miejsce zamieszkania składają się dwa elementy: obiektywny (tzw. *corpus*) – czyli przebywanie w określonej miejscowości i subiektywny (tzw. *animus*) – zamiar stałego przebywania w danej miejscowości.

23 Ustawa z dnia 24.09.2010 r., o ewidencji ludności (Dz.U. Nr 217, poz. 1427), która weszła w życie w dniu 01.01.2013 r.

mieszkańców oraz rejestrów zamieszkania cudzoziemców. Pod rządem wskazanej ustawy szczególnego znaczenia nabierze rejestr PESEL – centralny zbiór danych dotyczących obywateli polskich i cudzoziemców zamieszkujących na terenie RP – prowadzony przez ministra spraw wewnętrznych i administracji. Uprawnionymi do dokonywania rejestracji danych w rejestrze PESEL będą: kierownicy urzędów stanu cywilnego, organy gminy, wojewodowie oraz organy właściwe do wydawania paszportów.

- 3) ostatnią cechą jest wiek osoby niezbędny do oceny zdolności do czynności prawnych oraz zdolności do zawarcia małżeństwa. Wiek ustalany jest na podstawie daty urodzenia odnotowanej w akcie urodzenia.

Oprócz wyżej wskazanych cech można wskazać inne dodatkowe charakteryzujące daną osobę fizyczną. A są to: płeć, stan cywilny (w ujęciu wąskim jako status rodzinny, bądź szerokim jako stan osobisty), imiona czy też nazwiska rodziców, ale i wizerunek lub rysopis.²⁴

Z pojęciem tożsamości wiąże się pojęcie dokumentu tożsamości. Dokument tożsamości to dowód osobisty i paszport, natomiast inne dokumenty, takie jak: prawo jazdy, legitymacja studencka, legitymacja pracownicza, ale i karta miejska²⁵ – to dokumenty, na podstawie których można określić tożsamość danej osoby. Przepis art. 543 k.p.c. mówi o wykazaniu tożsamości, a nie przedstawieniu dokumentu tożsamości. Wykazanie tożsamości należy odróżnić od stwierdzenia tożsamości. Wykazać swoją tożsamość musi osoba zjawiająca się w sądzie, a sąd stwierdzając jej tożsamość (choć przepis o tym wprost nie stanowi) uchyli postanowienie o uznaniu jej za zmarłą. Identyfikacja takiej osoby powinna głównie ograniczać się do potwierdzenia jej imienia, nazwiska oraz wieku. Wskazywanie miejsca zamieszkania, w sytuacji gdy osoba wcześniej zaginęła, nie jest konieczne, z uwagi chociażby na odpadnięcie jednej z przesłanek – faktu przebywania osoby w danej miejscowości. Stąd też identyfikacja osoby, która zjawiała się w sądzie domagając się natychmiastowego uchylenia postanowienia o uznaniu jej za zmarłą, może nastąpić w każdy sposób, byleby wiarygodny dla sądu i wyłączający wszelkie wątpliwości. Pojęcie „wykazanie tożsamości” ma charakter subiektywno–obiektywny, gdyż oprócz tego, iż osoba uznana za zmarłą musi wykazać (jeśli chce skorzystać z trybu przyspieszonego), iż to właśnie ona została uznana za nieżyjącą, to jednak oceny czy identyfikacja osoby została poczyniona ponad wszelką wątpliwość dokonuje organ sądowy, który musi mieć pewność, iż osoba stawająca jest tą, co do której wydano orzeczenie. Przekonanie sądu będzie miało głównie miejsce w sytuacji, gdy

²⁴ Por. A. Kawalko, H. Witczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2010, s. 72–74.

²⁵ Na karcie miejskiej zakodowany jest unikatowy numer nadawany przez system informatyczny. Pod tym numerem zapisane są informacje o jej właścicielu i historia użycia karty. Właściciel ma obowiązek uzupełnić kartę imieniem, nazwiskiem i numerem dokumentu tożsamości. Istnieją także karty imienne, które dodatkowo oprócz tych danych zawierają także zdjęcie jej posiadacza.

osoba nie posiada dokumentu tożsamości, a potwierdzenie jej tożsamości nastąpi na podstawie twierdzeń świadka lub świadków, np. osób z kręgu rodziny uznanego za zmarłego.

V. Kolejne dwie przesłanki dotyczą działania sądu we wskazanym postępowaniu przyspieszonym, mającym na celu uchylenie postanowienia o uznaniu za zmarłego. Sąd stwierdzając, iż osoba, która zjawiła się osobiście i wykazała swoją tożsamość nie przeprowadza żadnego postępowania dowodowego i na posiedzeniu niejawnym bez zbędnej zwłoki uchyla swoje orzeczenie. Kodeks postępowania cywilnego wiele razy używa zwrotu „niezwłocznie”, jednak go nie definiuje. Należy przyjąć, że termin ten nie oznacza – „natychmiast”, lecz bez nieuzasadnionego odwlekania. Jest to termin realny, przy jego spełnieniu należy uwzględnić wiele okoliczności. Pojęcie to dotyczy działania organów sądowych, stąd należy przyjąć, iż jest to termin instrukcyjny.

Sądem właściwym miejscowo do orzekania o uchyleniu postanowienia w przedmiocie uznania za zmarłego jest sąd, który w pierwszej instancji orzekł uznanie za zmarłego (art. 540 k.p.c.), co koresponduje z treścią art. 508 § 1 zd. 1 k.p.c. wskazującego, że właściwość miejscowa sądu w postępowaniu nieprocesowym oznaczona jest co do zasady w przepisie szczególnym. Właściwość sądu określona w art. 540 k.p.c. jest właściwością wyłączną. Stąd też osoba stawająca osobiście w sądzie zgodnie z art. 543 k.p.c. powinna się zgłosić do sądu, który orzekł w I instancji o uznaniu za zmarłego. Możliwe jest jednak wyznaczenie przez sąd przełożony innego sądu, jeśli sąd właściwy nie może rozpoznać sprawy lub podjąć innej czynności albo gdy wymagają tego względy celowości (art. 508 § 2 k.p.c.). Ta ostatnia przesłanka stanie się aktualna w sytuacji, gdy osoba pozostająca przy życiu chce skorzystać z przyspieszonego postępowania uregulowanego w art. 543 k.p.c., przy czym jej stawiennictwo w sądzie właściwym według art. 540 k.p.c. będzie niemożliwe lub co najmniej bardzo utrudnione – np. ze względu na wiek lub stan zdrowia.²⁶

Właściwy rzeczowo jest sąd rejonowy (art. 507 k.p.c.), co jednak nie wyłącza na podstawie art. 18 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. rozpoznania sprawy w pierwszej instancji przez sąd okręgowy.

W przedmiotowym postępowaniu orzeka sąd w składzie jednego sędziego (art. 47 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.), z tym że prezes sądu może zarządzić rozpoznanie sprawy w składzie trzech sędziów zawodowych ze względu na szczególną zawilgość lub precedensowy charakter sprawy (art. 47 § 4 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.).

Postanowienie uchylające orzeczenie o uznaniu za zmarłego wydane na posiedzeniu niejawnym zgodnie z art. 517 w zw. z art. 357 § 2 k.p.c. powinno

26 Por. J. Gudowski, [w:] M. Jędrzejewska, K. Weitz, T. Ereciński, J. Gudowski, Kodeks postępowania..., op. cit.

być doręczone wraz z uzasadnieniem uczestnikom poprzednio toczącego się postępowania o uznaniu za zmarłego oraz osobie, która zjawiała się w sądzie i wykazała swoją tożsamość, a co za tym idzie fakt, iż żyje.

Na postanowienie sądu uchylające postanowienie o uznaniu za zmarłego w trybie przyspieszonym przysługuje apelacja uczestnikom postępowania i osobie uznanej za zmarłą (art. 518 k.p.c.). Poza tym od wydanego przez sąd drugiej instancji postanowienia co do istoty sprawy oraz od postanowienia w przedmiocie odrzucenia wniosku i umorzenia postępowania kończących postępowanie w sprawie – w sprawach z zakresu prawa osobowego (a więc sprawach dotyczących uznania za zmarłego) – przysługuje skarga kasacyjna do Sądu Najwyższego, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej (art. 519¹ § 1 k.p.c.).

Zgodnie z art. 519² § 1 k.p.c. można żądać stwierdzenia niezgodności z prawem prawomocnego postanowienia co do istoty sprawy sądu drugiej instancji kończącego postępowanie w sprawie, jeżeli przez jego wydanie stronie została wyrządzona szkoda, a zmiana lub uchylenie tego postanowienia w drodze przysługujących stronie środków prawnych nie było i nie jest możliwe. Jednak w postępowaniu nieprocesowym w znacznie szerszym zakresie niż w procesie możliwa jest zmiana oraz uchylenie prawomocnych postanowień co do istoty sprawy, co ogranicza możliwość korzystania ze skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego postanowienia co do istoty sprawy sądu II instancji kończącego postępowanie w sprawie. Takim właśnie przepisem jest art. 543 k.p.c., stąd też osobie uznanej za zmarłą nie przysługuje możliwość wniesienia przedmiotowej skargi.

W postępowaniu nieprocesowym wznowienie postępowania nie jest dopuszczalne, gdy postanowienie co do istoty sprawy kończące postępowanie może być zmienione lub uchylone na podstawie innych przepisów (art. 524 k.p.c.). Dotyczy to dwóch grup orzeczeń: 1) postanowienia oddalające wniosek (o treści negatywnej), które – zgodnie z ogólnym przepisem art. 523 k.p.c. – sąd może zmienić zawsze, ilekroć dojdzie do zmiany okoliczności sprawy. Należy jednak przyjąć, że postanowienie oddalające wniosek można wzruszyć w drodze wznowienia postępowania, jeśli nie nastąpiła zmiana okoliczności, ale zachodzą przyczyny wznowienia, np. uczestnik był pozbawiony możliwości działania;²⁷ 2) postanowienia co do meritum wydane w sprawach, w których przepis szczególny pozwala na ich zmianę lub uchylenie, a więc omawiany art. 543 k.p.c. Jednak powielając prawidłowy sposób rozumowania przyjęty przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 22.10.1968 r.,²⁸ należy uznać, że jeżeli przepisy art. 539–543 k.p.c.

27 Por. uzasadnienie uchwały SN z 21.04.1994 r., III CZP 40/94, OSNCP 1994, nr 11, poz. 210 z glosą T. Felskiego, Pal. 1995, nr 3–4, s. 256.

28 Uchwała z dnia 22.10.1968 r. III CZP 78/68, OSNCP 1969/6 poz. 105.

nie przewidują trybu, w którym orzeczenie o uznaniu za zmarłego mogłoby być – w określonej sytuacji – uchylone lub zmienione, uzasadnione jest wznowienie postępowania na zasadach określonych w art. 524 k.p.c.²⁹

Zgodnie z prawem o aktach stanu cywilnego³⁰ w razie uznania za zmarłego w postępowaniu sądowym organ sądowy przekazuje odpis prawomocnego orzeczenia o uznaniu za zmarłego do urzędu stanu cywilnego właściwego dla dzielnicy Śródmieście miasta stołecznego Warszawa, stanowiące podstawę wpisu do ksiąg stanu cywilnego (art. 10 ust. 3 i art. 26). Tak samo powinien postąpić organ sądowy, gdy dokona uchylecia postanowienia o uznaniu za zmarłego w trybie przyspieszonym.

VI. Na skutek uchylecia postanowienia o uznaniu za zmarłego dana osoba odzyskuje prawa osobiste oraz ma roszczenie o wydanie spadku. W sprawach małżeństwa tworzy się taka sytuacja, że jeśli drugi małżonek nie zawarł drugiego małżeństwa – to pierwsze jest ważne, ale jeśli drugi małżonek zawarł drugie małżeństwo, to co do zasady nowy związek małżeński nie może być unieważniony. Wyjątkowo drugi związek jest nieważny jako bigamiczny, jeżeli w chwili zawarcia związku małżeńskiego obaj małżonkowie wiedzieli, że małżonek uznany za zmarłego pozostaje przy życiu, tzn. byli w złej wierze.

Artykuł 13 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego stanowi o zakazie zawarcia małżeństwa dla osoby, która już w takim związku istnieje. Samo domniemanie śmierci małżonka nie zwalnia w tym wypadku z tego zakazu, konieczne jest faktyczne i prawne uznanie drugiego małżonka za zmarłego. Jeżeli po uznaniu jednego z małżonków za zmarłego drugi małżonek zawarł nowy związek małżeński, związek ten nie może być unieważniony z tego powodu, że małżonek uznany za zmarłego żyje albo że jego śmierć nastąpiła w innej chwili aniżeli chwila oznaczona w orzeczeniu o uznaniu za zmarłego (art. 55 § 2 k.r.o.).

Jeżeli jedno z małżonków uznane za zmarłe w rzeczywistości żyje, to jego małżeństwo trwa nadal i obowiązuje go zakaz przewidziany w art. 13 § 1 k.r.o., aż do momentu, gdy to małżeństwo ustaje. Ustaje zaś na skutek bądź śmierci drugiego z małżonków, bądź zawarcia przez niego drugiego małżeństwa w warunkach wynikających z art. 55 § 2 zd. 1 (tzn. jeśli to drugie małżeństwo nie może być unieważnione). W tej ostatniej sytuacji jednemu z małżonków uznanemu za zmarłego nie wolno jednak zawrzeć drugiego małżeństwa z powołaniem się na domniemanie ustania jego pierwszego małżeństwa.³¹

29 Postanowienie SN z dnia 26.06.2002 r., III CKN 898/2000, OSNC 2003/6 poz. 89.

30 Ustawa z dnia 29.09.1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego (tekst jedn. z 2011 r. Dz.U. Nr 212, poz. 1264).

31 Orzeczenie SN z dnia 8.07.1969 r., II CR 100/69, OSNCP 1970, nr 4, poz. 73.

Jeżeli jednak w chwili zawarcia nowego związku małżeńskiego strony wiedziały, że małżonek uznany za zmarłego żyje, wtedy jest możliwe unieważnienie tego drugiego małżeństwa na podstawie złej wiary „nowych” małżonków. W razie uznania jednego z małżonków za zmarłego domniemywa się, że małżeństwo ustało z chwilą, która w orzeczeniu o uznaniu za zmarłego została oznaczona jako chwila jego śmierci. A zatem z domniemania śmierci wynika domniemanie ustania związku małżeńskiego osoby uznanej za zmarłą z chwilą śmierci oznaczoną w postanowieniu o uznaniu za zmarłego. Jednakże orzeczenie to samo przez się nie przekreśla bytu prawnego związku małżeńskiego zaginionego. Wywołuje ono bowiem wszystkie skutki prawne śmierci z wyjątkiem rozwiązania małżeństwa osoby uznanej za zmarłą z pozostałym przy życiu małżonkiem. Uzasadnione jest to faktem, że uznanie jednego z małżonków za zmarłego nie powoduje samo przez się ustania małżeństwa, a stwarza jedynie domniemanie jego ustania. Pierwsze małżeństwo nie rozwiązuje się przez uznanie współmałżonka zaginionego za zmarłego. Skutek ten zostaje osiągnięty dopiero z chwilą zawarcia kolejnego związku małżeńskiego. W tej sytuacji to od małżonka zależy, czy chce pierwszy związek rozwiązać – zawierając drugie małżeństwo, czy nie zawierając kolejnego małżeństwa utrzyma dotychczasowe. Dlatego, broniąc trwałości związku małżeńskiego, ustawodawca przyjął obronę drugiego małżeństwa.

VII. Reasumując należy stwierdzić, iż wskazany tryb uchylenia prawomocnego orzeczenia stanowi specyfikę w kodeksie postępowania cywilnego. Odbywa się bez przeprowadzania postępowania dowodowego, nie pobiera się opłaty sądowej od tego typu postępowania, sąd działa z urzędu niezwłocznie uchylając swoje postanowienie, a co istotne tryb ten wymaga bezwzględnej obecności osoby uznanej za zmarłą i wykazania swojej tożsamości w sposób nie budzący wątpliwości dla organu sądowego. Sama zaś identyfikacja osoby fizycznej, której byt zdolności prawnej został zakończony, wystarczy, że będzie polegała na wykazaniu swojego imienia, nazwiska i wieku. Poza tym na skutek uchylenia postanowienia o uznaniu za zmarłego dana osoba odzyskuje prawa osobiste oraz ma roszczenie o wydanie spadku, a w sprawach małżeństwa stabilizuje się sytuacja małżonków, ponieważ – gdy drugi małżonek nie zawarł drugiego małżeństwa – to pierwsze jest ważne, ale jeśli drugi małżonek zawarł drugie małżeństwo, to co do zasady nowy związek małżeński nie może być unieważniony.

BIBLIOGRAFIA

1. Bartoszewicz A., Postępowanie o uznanie za zmarłego i stwierdzenie zgonu, Warszawa 2007.
2. Broniewicz W., Prawomocność orzeczeń w postępowaniu cywilnym, „Studia Iuridica” 1976, nr V.
3. Dobrzański B., [w:] Dobrzański B., Lisiewski M., Resich Z., Siedlecki W., Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Resich Z., Siedlecki W. (red.), Warszawa 1969.
4. Dobrzański B., Glosa do uchwały SN II CO 12/62, OSPiKA 1964, poz. 27.
5. Fenichel Z., Podstawa powództwa, jej zmiana i związek z prawomocnością wyroku (dokończenie), PPC 1938, Nr 11–12.
6. Góra-Błaszczkowska A., Orzeczenia w procesie cywilnym, Art. 316–366 KPC. Komentarz.
7. Gudowski J., [w:] Jędrzejewska M., Weitz K., Ereciński T., Gudowski J., Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze. Część druga. Postępowanie zabezpieczające, Warszawa 2009, Lex Polonica Online, kom. do art. 523 k.p.c.
8. Keller F.L., Uber Litiscontestationund Urtheil, Zürich 1827, [za:] Gaul H.F., Sawczuk M., Obalenie prawomocnych orzeczeń w systemie procesu cywilnego RFN i PRL (na tle prawnoporównawczym) [w:] Z zagadnień cywilnego prawa materialnego i procesowego, Sawczuk M. (red.), Lublin 1988.
9. Korzan K., Istota i charakter orzeczeń wydawanych w postępowaniu cywilnym (studium teoretyczne), [w:] M. Jędrzejewska, T Ereciński, Studia z prawa postępowanie cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Z. Resicha, Warszawa 1985.
10. Korzan K., Postępowanie nieprocesowe – część szczegółowa, Katowice 1983.
11. Korzan K., Skutki orzeczeń rozstrzygających sprawę co do istoty (prawomocność, wykonalność i skuteczność), Rej. 2005, nr 4.
12. Krajewski J., Postępowanie nieprocesowe (skrypt), Toruń 1973.
13. Lisiewski M., Roszczenia zainteresowanego, który nie uczestniczył w postępowaniu na podstawie art. 44 k.p.n. (art. 467 projektu k.p.c.), Pał. 1963, nr 10.
14. Lubiński K., Prawomocność materialna orzeczeń w postępowaniu nieprocesowym, PiP 2003, nr 11.
15. Resich Z., [w:] Jodłowski J., Resich Z., Postępowanie cywilne, Warszawa 1979.
16. Sawczuk M., Ponowne orzekanie w sprawie prawomocnie osądzonej, Warszawa 1975.
17. Siedlecki W., [w:] System prawa procesowego cywilnego. Postępowanie rozpoznawcze przed sądami pierwszej instancji, t. II, pod red. Z. Resicha, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1987.
18. Siedlecki W., Zarys postępowania cywilnego, Warszawa 1968.
19. Ustawa z dnia 29.09.1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. Nr 212, poz. 1264).
20. Ustawa z dnia 29.08.2003 r., o urzędowych nazwach miejscowości i obiektów fizjograficznych (Dz.U. Nr 166, poz. 1612).
21. Ustawa z dnia 28.07.2005 r., o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn. Dz.U. Nr 90, poz. 594).

Uchylenie postanowienia o uznaniu za zmarłego w trybie przyśpieszonym

22. Ustawa z dnia 17.10.2008 r., o zmianie imienia i nazwiska (Dz.U. Nr 220, poz. 1414).
23. Ustawa z dnia 24.09.2010 r., o ewidencji ludności (Dz.U. Nr 217, poz. 1427).
24. Uchwała z dnia 22.10.1968 r., III CZP 78/68, OSNCP 1969/6, poz. 105.
25. Orzeczenie SN z dnia 8.07.1969 r., II CR 100/69, OSNCP 1970, nr 4, poz. 73.
26. Uzasadnienie uchwały SN z 21.04.1994 r., III CZP 40/94, OSNCP 1994, nr 11, poz. 210 z glosą T. Felskiego, Pal. 1995, nr 3–4.
27. Postanowienie SN z dnia 26.06.2002 r., III CKN 898/2000, OSNC 2003/6 poz. 89.
28. Wyrok WSA z dnia 3.03.2009 r., sygn. akt II S.A./Wa1495/08.

THE PROCEDURE OF OVERTURNING DECISIONS DECLARING A PERSON LEGALLY DEAD IN AN ACCELERATED MANNER

The aim of this paper is to present a specific, accelerated, procedure of overturning valid judgments in non-litigious proceedings, referring to decisions declaring a person legally dead. The procedure includes certain particular features: it does not require the hearing of evidence, no court fees are collected, the decision is overturned immediately ex officio, and most importantly, the procedure requires the unconditional presence of a person whose death was declared, who is obliged to confirm his or her identity in a way which raises no concerns to the court. Confirmation of identity may include only presenting proof of one's name, surname and age.

Key words: overturning valid judgments, decisions declaring a person legally dead, unconditional presence of a person whose death was declared, who is obliged to confirm his or her identity

CYWILNOPRAWNA REGULACJA PRAWA DO GROBU

Śmierć stanowi zjawisko nieuniknione, a sposób obchodzenia się ze zwłokami jest wyrazem rozwoju społeczeństwa i poziomu, na jakim się ono aktualnie znajduje. Na przestrzeni wieków, w tradycji funeralnej ukształtował się zwyczaj chowania zmarłych w ziemi. W tym celu potrzebne było wyznaczenie odpowiednich terenów – cmentarzy, które z jednej strony miały zapewnić ludności ochronę sanitarną, z drugiej zaś szacunek zarówno dla samego zmarłego, jak i jego rodziny. Nazwa cmentarz pochodzi od greckiego słowa *koimeterion*, oznaczającego miejsce spoczynku, snu. Jednakże by do takiego pochówku mogło dojść, potrzebne było ukształtowanie się konstrukcji prawnej, tzw. prawa do grobu.

I. Status cmentarzy wg uregulowań ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych

W Polsce regulacje dotyczące m.in. zakładania i utrzymania cmentarzy zawarte są w ustawie z dnia 31 stycznia 1959 r., o cmentarzach i chowaniu zmarłych.¹ Według ustawowych ustaleń cmentarze stanowią publicznoprawne zakłady użyteczności publicznej o szczególnym charakterze i nie posiadają osobowości prawnej. Ustawa nie zawiera definicji cmentarza, ustawodawca określił jednak, że jest to teren przewidziany w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego na chowanie zmarłych (art. 3). Cmentarze mają być przy tym utrzymane jako tereny zielone o założeniu parkowym, na których zieleń podlega ochronie przed zniszczeniem.²

Cmentarze zakładane mogą być przez organy samorządu terytorialnego oraz władze kościołów i związków wyznaniowych (art. 1, ust. 2–3 ustawy o cmentarzach). Cmentarze komunalne utrzymywane i zarządzane są przez właściwe ze względu na położenie nekropolii zarządy gmin lub miast. Cmentarze wyznaniowe

1 Ustawa z dnia 31 stycznia 1959 r., o cmentarzach i chowaniu zmarłych, Dz.U. Nr 11, poz. 62.

2 Rozporządzenie Ministra Gospodarki Komunalnej z dnia 25 sierpnia 1959 r., w sprawie określenia, jakie tereny pod względem sanitarnym są odpowiednie na cmentarze, Dz.U. z 1959 r. Nr 52, poz. 315.

stanowią zaś cmentarze zakładane przez właściwe władze kościelne. Zarząd cmentarzami wyznaniowymi, wedle regulacji przewidzianej w Polsce, spoczywa w rękach właściwych kościołów, związków religijnych oraz żydowskich gmin wyznaniowych.³ W regulacji dotyczącej cmentarzy wyznaniowych ważnym jest, że mimo iż przeznaczone są do chowania osób o określonym wyznaniu, istnieje obowiązek przyjęcia do pochowania na nim osób innego wyznania i niewierzących, o ile w danej miejscowości cmentarz ten jest jedynym istniejącym. Forma takiego pochówku nie może zawierać żadnych elementów dyskryminacji (art. 8, ust. 2 i 5 ustawy o cmentarzach). Rodzaj cmentarza nie ma wpływu na zakres stosowania przepisów bezwzględnie obowiązujących. Zastosowanie znajdują więc wszystkie przepisy zawarte w ustawie o cmentarzach i w wydanych do niej rozporządzeniach wykonawczych.

W momencie, kiedy wszystkie miejsca grzebalne danego cmentarza są zajęte i nie ma możliwości ponownego pochówku na istniejącym już grobie, cmentarz ulega zamknięciu. Decyzję o zamknięciu cmentarza komunalnego podejmuje właściwa rada gminy lub miasta. Użycie danego terenu na inny cel możliwe jest po upływie 40 lat od dnia ostatniego pochówku (art. 6, ust. 1 ustawy o cmentarzach). Jeżeli jednak cmentarz wpisany jest na listę zabytków, wykorzystanie jego terenu na inny cel uzależnione jest od uzyskania zgody ministra właściwego do spraw kultury. Decyzję o zamknięciu cmentarza wyznaniowego podejmuje zaś właściwa władza kościelna po zasięgnięciu opinii inspektora sanitarnego. Również i w tym wypadku do ponownego wykorzystania terenu niezbędny jest upływ 40 lat od ostatniego pochówku oraz dodatkowo zgoda właściwej władzy kościoła lub związku wyznaniowego. Jeżeli jednak teren cmentarza był kościołowi lub związkowi wyznaniowemu oddany jedynie w użytkowanie wieczyste, ich zgoda nie jest konieczna.

Będące przedmiotem późniejszej analizy groby ludzkie usytuowane mogą być jedynie na cmentarzach. Sądy niejednokrotnie przedstawiały stanowisko, w myśl którego za niedopuszczalne uznawały grzebanie zmarłych na prywatnych posesjach.⁴

Na terenie cmentarza powstać mogą cztery rodzaje grobów. Ich precyzyjne określenie jest niezbędne z uwagi na fakt, że rzutuje ono na późniejszy zakres tzw. prawa do grobu. Wyróżnić można groby ziemne, murowane, rodzinne oraz katakumby.

Występujące najczęściej prawo do grobu ziemnego przysługuje uprawnionym przez okres 20 lat. Po ich upływie bliscy tracą roszczenie o przywrócenie prawa do grobu, choćby stale go odwiedzali i utrzymywali w należytym porządku.⁵ W takim

3 A. Wedeł-Domaradzka, *Śmierć a prawa człowieka*, Toruń 2010, s. 210.

4 Wyrok NSA – Ośrodek Zamiejscowy w Katowicach z dnia 19 V 1997 r., SA/Ka 1717/95.

5 Uchwała SN – Izba Cywilna z dnia 29 III 1977 r., III CZP 17/77.

przypadku zarządza się przeniesienie szczątków poprzednio pochowanych zwłok na inne miejsce tego samego cmentarza, w tym także poza jego powierzchnię grzebalną, chyba że osoba uprawniona do pochowania zwłok wyrazi życzenie, aby szczątków nie wydobywać. Za postulat *de lege ferenda* uznać można nałożenie na zarząd cmentarza obowiązku informowania osób zainteresowanych o zbliżającym się terminie przeniesienia szczątków.⁶

Powyższe regulacje nie mają zastosowania w przypadku grobów murowanych. Prawo do pochowania innej osoby niż ta, która ma prawo do grobu w tym przypadku bowiem w ogóle nie powstaje. Grób murowany nigdy jednak nie stanowi przedmiotu odrębnej od gruntu własności. O pochowaniu zwłok w grobie mającym charakter grobu rodzinnego decydują wspólnie: osoba, która poniosła koszty budowy grobu i uiściła opłatę za korzystanie z miejsca na cmentarzu oraz członkowie najbliższej rodziny.⁷

Cmentarz zawsze traktowany powinien być jako szczególne miejsce przeznaczone do wykonywania kultu pamięci osoby zmarłej. W momencie pochowania w grobie pierwszego zmarłego jego najbliżsi nabywają prawo do stałego odwiedzania grobu. W ten też sposób powstaje swoista wspólność prawa do grobu i to niezależnie od poniesionych przez konkretne osoby kosztów.

II. Pojęcie prawa do grobu. Prawo do grobu jako dobro osobiste

Nie występuje normatywna definicja „prawa do grobu”. W celu wypełnienia luki prawnej, w orzecznictwie wskazuje się, iż pod tym pojęciem rozumie się różne uprawnienia umożliwiające osobom bliskim sprawowanie kultu pamięci zmarłych.⁸ Uprawnienia te mogą mieć charakter niemajątkowy, jak i majątkowy, przy czym elementom osobistym przypada rola wiodąca, bez względu na to, jaka jest wartość elementów majątkowych tego prawa i na czym one polegają.⁹ Uprawnienia osobiste odnoszą się do sfery uczuć, z kolei majątkowe związane są z nakładami praktycznymi, co do zasady stanowiącymi ekwiwalent pieniężny. Zatem na treść prawa do grobu składają się elementy osobiste i majątkowe.¹⁰ Podlegają one ochronie według zasad określonych w przepisach, odpowiednio o ochronie dóbr osobi-

6 A. Wedeł-Domaradzka, *Śmierć...*, *op. cit.*, s. 212.

7 Uchwała SN z 29 IX 1978 r., III CZP 56/78, OSNCP 1979, nr 4, poz. 68.

8 Tak Postanowienie SN z 25 I 2006 r., I CZ 141/05; wyrok SN z 7 XI 2002 r. II CKN 980/00, OSNC 2004/3/42.

9 Wyrok SN z 3 XII 2010 r. I CSK 66/10.

10 Wyrok SN z 13 II 1979 r. I CR 25/79 – OSNCP 1979, z. 10, poz. 195; Uchwała SN z 11 XII 1990 r. III CRN 455/90 – niepubl.

stych albo majątkowych.¹¹ Uprawnionymi stają się osoby bliskie, których celem jest sprawowanie kultu pamięci zmarłych.

Kultywowanie pamięci osoby zmarłej stanowi prawo samoistne osób bliskich zmarłego.¹² Na treść tego pojęcia składają się prawo do pielęgnowania grobu, ustalenia napisu na nagrobku, ekshumacji zwłok, pochówku, jak również prawo do kultu pamięci o bliskim zmarłym.¹³ Wydaje się, iż kultywowanie pamięci osoby zmarłej stanowi przedłużenie zewnętrznego elementu czci człowieka za życia.¹⁴

Możliwość sprawowania tak rozumianego kultu pamięci osoby zmarłej stanowi dobro osobiste przysługujące osobie bliskiej zmarłego. W kodeksie cywilnym nie została ukształtowana definicja syntetyczna dóbr osobistych, zatem zasadnym wydaje się odwołanie się do piśmiennictwa. Jak wskazuje Z. Radwański,¹⁵ dobra osobiste są to pewnego rodzaju uznane przez system prawny wartości obejmujące integralność fizyczną i psychiczną człowieka, jego indywidualność, godność i pozycję w społeczeństwie, stanowiące przesłankę samorealizacji osoby ludzkiej. W podobnym tonie wypowiada się A. Szpunar,¹⁶ określając dobra osobiste jako wartości o charakterze niemajątkowym, wiążące się z osobowością człowieka, uznane powszechnie w społeczeństwie.

Zakwalifikowanie prawa do grobu jako uprawnienia o charakterze dobra osobistego wynikającego z kultu pamięci osoby zmarłej jest istotne ze względu na stosowanie przepisów stanowiących jego ochronę. Przedmiotem ochrony prawnej jest w tym wypadku prawo do sprawowania kultu osoby zmarłej, natomiast przesłankę tej ochrony stanowi naruszenie dobra osobistego podmiotu tego prawa.¹⁷ Jeżeli uprawniony powołuje się na naruszenie sfery jego indywidualnych odczuć związanych z kultywowaniem pamięci o osobie zmarłej, zastosowanie znajdują roszczenia przewidziane w art. 24 § 1 i 2 k.c. oraz w art. 448 k.c.¹⁸

Za istotne uznaje się następujące roszczenia:

- roszczenie o zaniechanie działania powodującego zagrożenie, jeżeli działanie to jest bezprawne,
- roszczenie o dopełnienie czynności potrzebnych do usunięcia jego skutków,

11 Tak Postanowienie SN z 25 I 2006 r. I CZ 141/05.

12 Por. wyrok SN z 12 VII 1968 r., I CR 252/68.

13 Wyrok SN z 4 XI 1969 r., II CR 390/69; por. orzeczenie SN z 6 II 2008 r., II CSK 747/04, niepubl.; Wyrok SN z 13 VII 1977 r., I CR 234/77; Orzeczenie SN z 13 I 1965 r., I CR 464/64, OSNCP Nr 10/1965, poz. 171.

14 Por. P. Księżak, [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna, M. Pyziak-Szafnicka (red.), Warszawa 2009, s. 271; por. także: A. Szpunar, Ochrona pamięci osoby zmarłej, Pal. 1984, nr 7–8, s. 8 i n.

15 Z. Radwański, Prawa cywilne – część ogólna, Warszawa 2007, s. 161.

16 A. Szpunar, Ochrona dóbr osobistych, Warszawa 1979, s. 106.

17 Wyrok SN z 3 XII 2010 r. I CSK 66/10.

18 Tak Postanowienie SN z 25 I 2006 r. I CZ 141/05.

- roszczenie o zapłatę zadośćuczynienia pieniężnego lub odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny.

Co więcej, należy zwrócić uwagę na powództwo posesoryjne i powództwo ustalające.

III. Materialnoprawne źródło powstania prawa do grobu

W rozważaniach nad cywilnoprawnymi aspektami prawa do grobu należy odnieść się przede wszystkim do genezy tego prawa. Sąd Najwyższy stoi na stanowisku, że artykuł 10 ust. 1 ustawy o cmentarzach nie stanowi materialnoprawnego źródła powstania prawa do grobu.¹⁹ Oznacza to, że źródła tego prawa należy szukać poza tą materią ustawową.

Sama konstrukcja prawa do grobu powstaje na mocy umowy cywilnoprawnej zawartej pomiędzy zarządem cmentarza a osobą uprawnioną do pochowania zwłok. Należy uznać, iż jest to umowa nienazwana, której przedmiotem jest przyjęcie zwłok osoby zmarłej do pochowania. Za przyjęciem takiego stanowiska stoi fakt, iż stosunek powstały w wyniku zawarcia umowy zawiera elementy wielu innych stosunków prawnych, jednocześnie nie mając własnej nazwy, nie funkcjonuje samodzielnie w prawie cywilnym. Ponadto stosunki prawne pomiędzy zarządem cmentarza a osobami uprawnionymi do pochowania zwłok mają charakter cywilnoprawny i charakteryzują się równorzędnością stron.²⁰

Ogół wszystkich uprawnień, które przysługują osobie zainteresowanej składa się na prawo do grobu. Podstawowym źródłem prawa jest wspomniana umowa cywilnoprawna, kreowana w oparciu o zasadę swobody umów (art. 353¹ k.c.). Uzupełniająco stosuje się przepisy kodeksu cywilnego – zarówno przepisy ogólne dotyczące zobowiązań, jak i odpowiednio poszczególnych umów nazwanych. Umowa ta może być zawarta w dowolnej formie, nawet w sposób dorozumiany – poprzez przejęcie zwłok do pochowania i uiszczenie opłaty. Treść prawa do grobu czy jego zasięg temporalny uzależnione są od treści umowy i rodzaju grobu, który został w niej wskazany.

Cywilnoprawny charakter tej umowy znajduje swoje oparcie w ugruntowanym już stanowisku judykatury. Sąd Najwyższy w uchwale z 7 grudnia 1970 r. określił stosunek powstały w następstwie zawarcia umowy, mocą której zarząd cmentarza oddaje zainteresowanej osobie miejsce na grób, jako „*swoisty stosunek cywilnoprawny*”.²¹ Zgodnie z przywołaną uchwałą, w ramach powyższego stosunku

19 Wyrok SN z 9 XII 2011 r., III CSK 106/11, nr LEX 1165006; także w wyroku SN z 3 XII 2010 r., I CSK 66/10, nr LEX 738085.

20 Wyrok SA w Warszawie z 11 III 2005 r., I ACa 853/04, nr LEX 179867.

21 Uchwała SN z 7 XII 1970 r., III CZP 75/70, OSNCP 1971, nr 7–8, poz. 127.

„osoba ta uzyskuje nie tylko prawo do pochowania zmarłego, ale także – zgodnie z powszechnym zwyczajem – szereg uprawnień o charakterze trwałym, takich jak prawo wzniesienia nagrobka i jego przekształcenia, prawo do stałego odwiedzania grobu, stałego jego utrzymywania w należyтым stanie, prawo wykonywania zmian o charakterze dekoracyjnym itp.” Wymieniony szereg uprawnień, polegających „na wykonywaniu swoistego władztwa faktycznego nad grobem” odpowiada posiadaniu zależnemu w rozumieniu art. 336 k.c.²²

Jedną z konsekwencji cywilnoprawnego charakteru umowy o pochowanie zwłok jest brak ograniczeń ustawowych po stronie osoby uprawnionej co do wyboru rodzaju grobu. Do istotnych postanowień umowy o pochowanie zwłok należy przede wszystkim określenie miejsca pochówku, rodzaju grobu (ziemny czy murowany) oraz jego przeznaczenie. Bez wątplenia powyższe *essentialia negoti* winny znaleźć się w umowie o pochowanie zwłok, a co za tym idzie, każdemu w ramach jego uprawnień przysługuje roszczenie o zawarcie umowy uwzględniającej te treści.

Postanowienia regulaminów wydawanych przez zarządców cmentarzy nie mogą pozostawać w sprzeczności z przepisami ustaw bezwzględnie obowiązujących i ograniczać praw osób uprawnionych do pochowania – tak stwierdził Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 11.03.2005 r.²³ W uzasadnieniu Sąd podkreślił, że w orzecznictwie sądowym dominujący jest pogląd, iż „*stosunki prawne pomiędzy zarządem cmentarza a osobami uprawnionymi do pochowania zwłok mają charakter cywilnoprawny i charakteryzują się równorzędnością stron. Przyjęcie zwłok do pochowania, wybór miejsca przeznaczonego na grób oraz wybudowanie grobu są czynnościami opartymi na cywilnoprawnej umowie, o czym wyraźnie przesądza treść art. 7 ust. 4 ustawy [o cmentarzach]. Dotyczy to bez żadnych różnic tak cmentarzy komunalnych (art. 1 ust. 1 ustawy o cmentarzach), którymi administruje gmina jak i cmentarzy wyznaniowych, którymi zarządzają kościoły, związki religijne.*”²⁴

IV. Problematyka prawa do grobu jako z jednej strony dobra osobistego, z drugiej zaś prawa o charakterze majątkowym

Wiele kwestii związanych z prawem do grobu jest nieustalonych – prawo to rozpatruje się przede wszystkim w ramach regulacji prawa cywilnego. Brak szczególnych regulacji pociąga za sobą przede wszystkim powszechny brak świadomości, zarówno użytkowników, jak i administratorów cmentarzy, czym jest i do kogo należy tak powszechne prawo. Należy zwrócić uwagę, że prawo to ma z jednej strony

22 Uchwała SN z 29 IX 1978 r., III CZP 56/78, OSNCP 1979, nr 4, poz. 68.

23 Wyrok SA w Warszawie z 11 III 2005 r., I ACa 853/04, nr LEX 179867.

24 *Ibidem*.

charakter dobra osobistego, z drugiej zaś prawa o charakterze majątkowym, a oba te elementy przenikają się wzajemnie. Sąd Najwyższy wielokrotnie podkreślał dwoistość tego prawa. Przykładowo, w wyroku z dnia 14 października 2011 r. Sąd ten stwierdził, iż „w obowiązującym obecnie stanie prawnym nie występuje «prawo do grobu», które mogłoby być rozumiane jako uregulowane przez przepisy prawa cywilnego prawo podmiotowe, obejmujące określoną sferę uprawnień. W rzeczywistości to pojęcie obejmuje różne uprawnienia o całkowicie odmiennym charakterze, a mianowicie mające charakter majątkowy lub niemajątkowy. [...] Posłużenie się takim pojęciem nie pozwala więc na stwierdzenie, że chodzi o jakiś samodzielny i jednolity zakres uprawnień, w związku z czym w każdym poszczególnym wypadku niezbędne jest jednoznaczne określenie, jakie konkretne uprawnienia są objęte tak ogólnie rozumianym prawem do grobu”.²⁵

Majątkowy charakter prawa do grobu, obok charakteru osobistego, wydaje się być nierozdzielnie związany z istotą tego prawa. Uprawnienie do grobu zawiera elementy o charakterze majątkowym, bowiem zakup miejsca na cmentarzu i urządzenie grobu wymaga świadczeń finansowych, niekiedy bardzo znacznych. Ze względu jednak na dominujący charakter dobra osobistego prawo do grobu nie podlega regułom dziedziczenia. Prawo do pochowania w danym grobie przysługuje z reguły określonym osobom, które same grób urządziły lub dla których został on urządzony. Reguły dziedziczenia mogą co najwyżej służyć za posiłkową wskazówkę w wypadkach, gdy miejsca w grobie rodzinnym nie zostały z góry przeznaczone przez osobę, która go urządziła, dla określonych osób bliskich.²⁶

Odnosząc się do majątkowego aspektu prawa do grobu, należy podkreślić, że prawo do grobu nie jest jednak ani prawem własności, ani wieczystego użytkowania grobu. Sąd Najwyższy stwierdzając, że prawo do grobu ma charakter zarówno osobisty, jak i majątkowy, uznał, że nie może być ono traktowane jako prawo własności.²⁷

Grób jest nierozdzielnie związany z terenem cmentarza, a jego odłączenie bez naruszenia jego integralności jest w zasadzie niemożliwe. Z tego względu należy uznać, że grób stanowić będzie część składową nieruchomości – cmentarza, co wynika z art. 47–48 k.c. Prowadzi to do wniosku, że grób stanowiący część składową nieruchomości, nie może być odrębnym przedmiotem własności ani innych praw rzeczowych.

Jeżeli traktować prawo do grobu jako prawo zawierające elementy o charakterze majątkowym – związane z zakupem miejsca na cmentarzu i urządzeniem grobu,

25 Wyrok SN z 11 X 2011 r., III CSK 340/10, nr LEX 1095832.

26 Wyrok SN z 13 II 1979 r., I CR 25/79, nr LEX 2374.

27 Wyrok SN z 7 VI 2001 r., III CKN 406/00, nr LEX 49475; Uchwała SN z 29 IX 1978 r., III CZP 56/78, OSNCP 1979, nr 4, poz. 68.

to prawo to konstytuuje się w momencie podpisania – zwykle odpłatnej – umowy o pochowanie zwłok, która, jak wspomniano wyżej, ma charakter cywilnoprawny. Prawo to nie może być jednak przedmiotem ani spadku, ani podziału majątku wspólnego małżonków. Cechy majątkowe tego prawa mają bowiem jedynie charakter uboczny.

Tylko w jednym przypadku prawo do grobu, w którym nikt nie został jeszcze pochowany, może mieć – jak się przyjmuje w orzecznictwie – charakter wyłącznie majątkowy, a mianowicie wtedy, gdy przysługujące danej osobie uprawnienie do pochowania zwłok wygasło, a nikt inny nie nabył jeszcze w miejsce tej osoby uprawnienia do pochowania zwłok w tym grobie.²⁸ Wówczas prawa tego nie obejmuje ustawowy zakaz zbywalności ani wyłączenia z dziedziczenia.²⁹ Przyjmuje się wprawdzie, iż prawo do grobu murowanego przypomina prawo użytkownika wieczystego, ponadto analogicznie do tego prawa jest ustalane na 99 lat. Okres ten przedłuża się o kolejne 99 lat przy każdym pochówku w tym grobie. Sąd Najwyższy uważa jednak, iż prawo do grobu murowanego w żadnym przypadku nie jest prawem wieczystego użytkownika. Grobowiec ze względu na swoją konstrukcję jest trwale połączony z gruntem, a zatem jest częścią składową gruntu. W przypadku grobów ziemnych prawo to zbliżone jest do dzierżawy i wymaga odnowienia co 20 lat poprzez wniesienie opłaty.

Kolejnym aspektem, przemawiającym za nadaniem prawa do grobu charakteru majątkowego, jest jego skuteczność wobec osób trzecich. Osoby te nie mogą bowiem ingerować w sferę tego prawa, stąd prawo do grobu ma pewne cechy zbliżone do służebności. Sąd Najwyższy w przywoływanej już uchwale z dnia 7 grudnia 1970 r. uznał prawo do grobu za swoiste „*władztwo faktyczne nad grobem, przy czym władztwo to odpowiada treści określonego prawa cywilnego, władztwo to stanowić będzie posiadanie zależne*”.³⁰ O treści tego uprawnienia była już mowa w kontekście genezy prawa do grobu.

Należy jednak wyraźnie podkreślić, iż ocenianie prawa do grobu w kontekście prawa o charakterze majątkowym doznaje swoich ograniczeń. Tytułem przykładu, w przypadku kiedy w grobie spoczywają już zwłoki określonej osoby uprawnionej do pochowania, to na skutek pochówku następuje zdominowanie uprawnień niemajątkowych i w związku z tym dopuszczalność rozporządzenia prawem do grobu wygasa.³¹ Z tą chwilą niemożliwe staje się rozdzielenie uprawnień majątkowych od osobistych i z tego względu prawa majątkowe tracą swoją odrębność w tym sensie, że nie mogą być przedmiotem wyłącznego korzystania i rozporządzania ze strony dotychczasowego ich podmiotu. Znajduje to swoje uzasadnienie w istnieniu praw

28 Uchwała SN z 2 XII 1994 r., III CZP 155/94, OSNC 1995, nr 3, poz. 52.

29 Wyrok SN z 9 XII 2011 r., III CSK 106/11, nr LEX 1165006.

30 Uchwała SN z 7 XII 1970 r., III CZP 75/70, OSNCP 1971, nr 7–8, poz. 127.

31 *Ibidem*.

do grobu przysługujących pozostałym uprawnionym, których źródłem jest fakt powiązań rodzinnych z osobą pochowaną w grobie.³²

Na zakończenie tej części rozważań należy odnieść się do cywilnoprawnej ochrony roszczeń z tytułu prawa do grobu, jako prawa majątkowego *sui generis*. Znajdują one swą podstawę w przepisach ustawy o cmentarzach, które to prawo przewidują i bliżej regulują. O tym, jakie roszczenia mające chronić określone prawo przysługują uprawnionemu, w razie naruszenia tego prawa decyduje – jeżeli ustawa (tak jak np. co do prawa własności – art. 222 i nast. k.c.) kwestii tej nie reguluje w sposób odrębny – treść tego prawa.³³

V. Podsumowanie

Treść prawa do grobu określają zarówno elementy osobiste, jak i majątkowe, które w zależności od konkretnej sytuacji podlegają ochronie według zasad przewidzianych w przepisach o ochronie dóbr osobistych albo na podstawie przepisów dotyczących praw majątkowych. Według orzecznictwa SN z chwilą pochowania w grobie zwłok ludzkich na plan pierwszy wysuwa się aspekt niemajątkowy tego prawa. Elementem osobistym przypada rola decydująca i to niezależnie od tego, jaka jest wartość elementów majątkowych tego prawa i na czym one polegają. Powstają samodzielne i niezależne od siebie prawa każdej osoby bliskiej zmarłego do kultywowania jego pamięci.

Problem z ustaleniem charakteru prawa do grobu polega przede wszystkim na tym, że jako stosunek powstały w wyniku zawarcia umowy zawiera elementy wielu innych stosunków prawnych, jednocześnie nie stanowiąc odrębnej, samodzielnej i wyraźnie nazwanej instytucji prawa. Swoistość stosunku cywilnoprawnego, jakim jest prawo do grobu, polega przede wszystkim na przenikaniu praw majątkowych i osobistych, z których te ostatnie mają zazwyczaj charakter dominujący, co decyduje o bezwzględnym i nietypowym charakterze wynikającego zeń prawa podmiotowego.

Podsumowując uznać można, że całokształt uprawnień wchodzących w skład prawa do grobu, nazwanego przez SN swoistym władztwem faktycznym obejmuje m.in. uprawnienie do użycia grobu w celu pochowania w nim zmarłego, prawo wybudowania i urządzenia grobu, wzniesienia nagrobka, odbywania ceremonii religijnych, kontemplacji czy prawa do stałego odwiedzania grobu i utrzymania go w należytych stanie.

32 Uchwała SN z 29 IX 1978 r., III CZP 56/78, OSNCP 1979, nr 4, poz. 68.

33 Wyrok SN z 4 VI 1982 r., I CR 141/82, nr LEX 2819.

BIBLIOGRAFIA

1. Księżak P., [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna, Pyziak–Szafnicka M. (red.), Warszawa 2009.
2. Radwański Z., Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2007.
3. Szpunar A., Ochrona dóbr osobistych, Warszawa 1979.
4. Szpunar A., Ochrona pamięci osoby zmarłej, Pal. 1984, nr 7–8.
5. Wedeł–Domaradzka A., Śmierć a prawa człowieka, Toruń 2010.
6. Ustawa z dnia 31 stycznia 1959 r., o cmentarzach i chowaniu zmarłych, Dz.U. Nr 11, poz. 62.
7. Rozporządzenie Ministra Gospodarki Komunalnej z dnia 25 sierpnia 1959 r., w sprawie określenia, jakie tereny pod względem sanitarnym są odpowiednie na cmentarze, Dz.U. z 1959 r. Nr 52, poz. 315.
8. Orzeczenie SN z 13 I 1965 r., I CR 464/64, OSNCP 1965, nr 10, poz. 171.
9. Orzeczenie SN z 6 II 2008 r., II CSK 747/04, niepubl.
10. Postanowienie SN z 25 I 2006 r., I CZ 141/05.,
11. Uchwała SN z 7 XII 1970 r., III CZP 75/70, OSNCP 1971, nr 7–8, poz. 127.
12. Uchwała SN – Izba Cywilna z dnia 29 III 1977 r., III CZP 17/77.
13. Uchwała SN z 29 IX 1978 r., III CZP 56/78, OSNCP 1979, nr 4, poz. 68.
14. Uchwała SN z 11 XII 1990 r., III CRN 455/90 – nie publ.
15. Uchwała SN z 2 XII 1994 r., III CZP 155/94, OSNC 1995, nr 3, poz. 52.
16. Wyrok SN z 12 VII 1968 r., I CR 252/68.
17. Wyrok SN z 4 XI 1969 r., II CR 390/69.
18. Wyrok SN z 13 VII 1977 r., I CR 234/77.
19. Wyrok SN z 13 II 1979 r., I CR 25/79 – OSNCP 1979, z. 10, poz. 195.
20. Wyrok SN z 4 VI 1982 r., I CR 141/82, nr LEX 2819.
21. Wyrok SN z 7 VI 2001 r., III CKN 406/00, nr LEX 49475.
22. Wyrok SN z 7 XI 2002 r., II CKN 980/00, OSNC 2004/3/42.
23. Wyrok SN z 3 XII 2010 r., I CSK 66/10.
24. Wyrok SN z 11 X 2011 r., III CSK 340/10, nr LEX 1095832
25. Wyrok SN z 9 XII 2011 r., III CSK 106/11, nr LEX 1165006.
26. Wyrok SA w Warszawie z 11 III 2005r., I ACa 853/04, nr LEX 179867.
27. Wyrok NSA – Ośrodek Zamiejscowy w Katowicach z dnia 19 V 1997 r., SA/Ka 1717/95.

THE RIGHT TO A GRAVE UNDER REGULATIONS OF THE CIVIL LAW

Burying deceased in the ground is today's habit. The necessity to form legal structure was however needed to make such burial. This legal structure is called "the right to a grave". The content of "the right to a grave" includes personal elements and property aspects. Depending on the specific situation, they are protected by the principles laid down in the regulations on the protection of personal rights or the laws concerning property rights. Institution of "the right to a grave" creates doubts in relation to the agreement which forms part of the obligatory establishment of this law. The contract mentioned above contains elements of many other legal relations while not constituting a separate, independent and clearly named legal institutions. The specificity of the civil law relationship as "the right to a grave" lies primarily in the infiltration of personal and property rights, of which the latter are usually dominant, which determine the absolute and the unusual nature of the subjective rights arising from it.

Key words: the right to a grave, the tomb, personal interests.

PRAWO DO PRYWATNOŚCI WE WSPÓŁCZESNYM ŚWIECIE

Prawo do prywatności zajmuje szczególną pozycję we współczesnych katalogach wolności i praw. Zalicza się je do praw człowieka pierwszej generacji. Jest zagwarantowane w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych. W polskim porządku prawnym uregulowane zostało na poziomie konstytucyjnym w art. 47 Konstytucji, który gwarantuje każdemu prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Swoje umocowanie aksjologiczne znajduje w przyrodzonej i niezbywalnej godności każdego człowieka. O ile nie ulega żadnej wątpliwości, że prawo do prywatności przysługuje każdej jednostce, to znaczne problemy powoduje określenie zakresu tego prawa, zwłaszcza we wciąż zmieniającej się rzeczywistości. W sytuacji gdy największe trudności wiążą się z samym ustaleniem obszaru prywatności, kluczowa staje się odpowiedź na pytanie, co właściwie jest przedmiotem ochrony prawa do prywatności. Jak stwierdził bowiem J.B. Young „prywatność jest jak słoń – łatwiej ją rozpoznać, niż opisać.”¹

M. Puwalski zwraca uwagę na fakt, że „intuicyjnie wyczuwamy jakie działania mogą stanowić naruszenie prywatności, lecz nie jest nam łatwo precyzyjnie określić jej zakres.”² Sformułowanie uniwersalnej definicji prawa do prywatności jest trudne ze względu na jego szczególnie pojemny zakres przedmiotowy oraz brak precyzyjnego oddzielenia prywatności od innych prawnie chronionych wartości. To, jak obszerny jest zakres znaczeniowy prawa do prywatności, ilustruje J.C. Innes słowami: „decyzje w sprawie aborcji, konta komputerowe, seks, miłość, listy miłosne, decyzje antykoncepcyjne, ciało, dom, wyciągi bankowe – to jedynie początek listy heterogenicznych rzeczy, które są przedmiotem roszczeń z tytułu „prywatności.”³ Prawo do poszanowania życia prywatnego wiąże się bowiem z dobrami osobistymi czło-

1 J.B. Young, *Privacy*, Chichester 1978, s. 3.

2 M. Puwalski, *Prawo do prywatności osób publicznych*, Toruń 2003, s. 13.

3 J.C. Innes, *Privacy, Intimacy, and Isolation*, New York–Oxford: Oxford University Press 1992, s. 6, [za:] K. Motyka, *Prawo do prywatności i dylematy współczesnej ochrony praw człowieka*, Lublin 2006, s. 139.

wieka, integralnością człowieka, prawem do czci, prawem do własnego wizerunku i głosu, tajemnicą korespondencji, nienaruszalnością mieszkania, prawem do ochrony danych osobowych i danych dotyczących sytuacji majątkowej, sferą intymną, życiem rodzinnym i towarzyskim.

Kategoria prywatności (*privacy*) powstała na gruncie prawa anglosaskiego. Zaczęto o niej szeroko dyskutować w czasach dynamicznego rozwoju gazet i fotografii, pod koniec XIX w. Powszechnie przyjmuje się, że z prawem do prywatności mamy do czynienia od słynnego artykułu pt. *The Right to Privacy* autorstwa dwóch bostońskich prawników Samuela Warrena i Louisa Brandeisa opublikowanego w 1890 r. w „Harvard Law Review”. Uznali oni, że prywatność to prawo do bycia pozostawionym w spokoju (*the right to be let alone*), które chroni nienaruszalną osobowość człowieka.

Analizując piśmiennictwo dotyczące tej problematyki spotykamy dwa główne rodzaje definicji prawa do prywatności: wyliczające zachowania stanowiące naruszenie prawa do prywatności oraz koncentrujące się na określeniu obszarów podlegających ochronie. Niektórzy, napotykać trudności ze sformułowaniem definicji, podejmują próby ustalenia, czym prywatność nie jest.⁴ Niemala jest grupa badaczy opowiadająca się za teorią, że prawo do prywatności jest jedynie pochodną innych praw.⁵ Pojawiają się także głosy krytyczne, które odwołując się do szerokiego, nieokreślonego zakresu prawa do prywatności stwierdzają, że prawo do prywatności „znaczy już tak wiele, że nie znaczy nic.”⁶

Ramy tego opracowania nie pozwalają na dokładną analizę ewolucji sposobów ujmowania prywatności. Konieczne jednak jest przedstawienie różnych sposobów jego rozumienia znanych doktrynie. Szczegółową analizę koncepcji dotyczących prywatności dokonała J. Sieńczyło-Chlabicz, która przedstawia następujący podział:

- 1) prywatność jako prawo do pozostawienia w spokoju;
- 2) prywatność jako ochrona jednostki przed niechcianą ingerencją osób trzecich;
- 3) prywatność jako prawo do kontroli nad ujawnianiem informacji o życiu osobistym;
- 4) prywatność jako prawo do poszanowania tajemnicy prywatnej, tzn. nieujawniania sekretnych informacji o sobie osobom trzecim;

4 Por. L.R. BeVier, What Privacy Is Not, [w:] „Harvard Journal of Law & Public Policy” 12/1989, s. 99.

5 J.J. Thomson, The Right to Privacy, [w:] „Philosophy and Public Affairs” 1975, no. 4, s.308 i n.; R. Posner, The Right to Privacy, [w:] „Georgia Law Review” 1978, no. 12, s. 3; E. Keynes, Liberty, Property, and Privacy. Toward a Jurisprudence of Substantive Due Process, University Park 1996, s. 3, [za:] J. Braciak, Prawo do prywatności, Warszawa 2004, s. 37.

6 Por. K. Motyka, Prawo do prywatności i dylematy współczesnej ochrony praw człowieka, Lublin 2006, s. 138.

5) prywatność jako prawo do poszanowania intymności.⁷

Należy także wspomnieć o koncepcji prywatności jako prawa do swobodnego podejmowania decyzji o wszelkich aspektach naszego życia, określanej mianem *decisional privacy*. Dotyczy ona w szczególności wolności wyboru sposobu życia, kwestii światopoglądowych, decydowania o sposobie wychowywania dzieci i decydowania o swoim ciele i akcentuje kwestie związane z prokreacją, antykoncepcją, aborcją.⁸

Próżno by szukać precyzyjnej definicji pojęcia prywatności w systemach prawnych poszczególnych państw. Również orzecznictwo nie udziela wyczerpującej odpowiedzi na pytanie o zakres prawa do prywatności. Jednakże to dzięki analizie orzecznictwa organów międzynarodowej ochrony praw człowieka ustalić możemy katalog działań stanowiących naruszenie prawa do poszanowania życia prywatnego oraz określić sfery podlegające ochronie. Dzięki bogatemu orzecznictwu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka odnoszemu się do art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, w którym sformułowane zostały ogólne twierdzenia, precyzujące istotę prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, możemy określić, jakie elementy składają się na pojęcie prawa do prywatności. Podkreślić jednak należy, iż sam Trybunał stwierdził, iż pojęcie „życia prywatnego” jest na tyle szerokim terminem, że nie daje się on wyczerpująco zdefiniować,⁹ choć celowa jest jego szeroka interpretacja.¹⁰

Prawo do poszanowania prywatności, mimo że jest wartością powszechnie chronioną, nie podlega jednocześnie ochronie absolutnej. Przesłanki usprawiedliwiające ingerencję w korzystanie z tego prawa przez władzę publiczną określa art. 8 ust. 2 Konwencji, zgodnie z którym „niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób.” Wedle orzecznictwa Trybunału „pojęcie konieczności oznacza, że ingerencja państwa odpowiada pilnej potrzebie społecznej oraz (...) jest proporcjonalna do uzasadnionego prawnie celu, który ma być zrealizowany.”¹¹ Również Trybunał Konstytucyjny Rzeczypospolitej Polskiej w swym orzecznictwie wypowiedział się na temat możliwych ograniczeń prawa do prywatności.¹²

7 J. Sieńczyło-Chłabicz, *Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę. Analiza cywilnoprawna*, Kraków 2006, s. 79.

8 D. Solove, M. Rotenberg, P. Schwartz, *Privacy, Information And Technology*, Aspen Publishers 2006, s. 1.

9 *Aksu v. Turcja*, wyrok Wielkiej Izby z 15 marca 2012 r. w połączonych sprawach nr 4149/04 i 41029/04.

10 *Niemietz v. Niemcy*, wyrok z 16 grudnia 1992 r. w sprawie nr 13710/88.

11 *Haase v. Niemcy*, wyrok z 8 kwietnia 2004 r. w sprawie nr 11057/02.

12 Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20 marca 2006 r. w sprawie K 17/05.

W odróżnieniu od państw dojrzałej demokracji prawo do prywatności nie ma w Polsce wielkich tradycji.¹³ Do czasu uregulowania prawa do ochrony prawnej życia prywatnego na poziomie konstytucyjnym mówiono raczej o poszczególnych sferach prywatności chronionych przez prawo. Z treści art. 47 Konstytucji wynika zakaz takiego działania władzy publicznej, które przyjmowałoby postać nieuzasadnionej ingerencji w sferę stosunków rodzinnych i życia osobistego. W. Skrzydło wskazuje, że prawo określone w art. 47 Konstytucji zabrania ingerencji państwa w ustalony prawnie zakres życia człowieka, zaś w przypadku naruszenia tej sfery nakazuje państwu zapewnić ochronę.¹⁴ Na państwie ciąży zatem obowiązek poszanowania praw i wolności oraz obowiązek ich ochrony. Pierwszy z nich oznacza, że władze publiczne powinny powstrzymać się od wszelkich działań mogących naruszyć gwarantowane prawa. Drugi zaś stanowi powinność podjęcia działań zabezpieczających jednostkę przed naruszeniem przysługujących jej praw przez inne podmioty. Pamiętać jednak należy, że Konstytucja gwarantuje ochronę sfery prywatności jednostki przede wszystkim w wymiarze wertrykalnym, tj. wobec organów władzy publicznej i innych podmiotów publicznych.¹⁵

Ochrona prywatności nakłada się często z innymi dobrami podlegającymi ochronie prawnej.¹⁶ B. Banaszak wskazuje, że art. 47 Konstytucji jest swoistym *lex generalis* dla pozostałych norm konstytucyjnych dotyczących prywatności i regulujących niektóre jej aspekty.¹⁷ Inne prawa i wolności konstytucyjne mieszczące się w sferze prywatności stanowią zatem konkretyzację tego prawa. Prawo do prywatności łączy zatem z innymi konstytucyjnie gwarantowanymi prawami i wolnościami jednostki, tj. z zagwarantowanymi w art. 49 Konstytucji wolnością i ochroną tajemnicy komunikowania się, z przewidzianą w art. 50 Konstytucji nienaruszalnością mieszkania, pomieszczenia lub pojazdu, z wynikającymi z treści art. 52 Konstytucji wolnością poruszania się po terytorium Rzeczypospolitej oraz prawem wyboru miejsca zamieszkania i pobytu, a także z określonym w art. 48 Konstytucji prawem do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami.¹⁸ Ochrona życia prywatnego stanowi także, stosownie do art. 45 ust. 2 Konstytucji, jedną z przesłanek wyłączenia jawności rozprawy.

Prawo do prywatności obejmuje także autonomię informacyjną, czyli prawo do decydowania o ujawnieniu informacji o sobie i do kontroli nad tymi informacjami.

13 Przyjmuje się, że w polskiej literaturze pierwszą próbę sformułowania definicji prawa do prywatności podjął A. Kopff w artykule „Koncepcja praw do intymności i prywatności życia osobistego”. Przez prawo do ochrony życia prywatnego rozumiał on „prawo jednostki do życia swym własnym życiem układanym według własnej woli z ograniczeniem do niezbędnego minimum wszelkiej ingerencji zewnętrznej.” Jako pierwszy w polskiej doktrynie argumentował za objęciem sfery życia prywatnego ochroną z art. 23 i 24 k.c. Jego koncepcja spotkała się z aprobatą przedstawicieli doktryny, jednakże za stanowiskiem tym nie podążyło orzecznictwo.

14 W. Skrzydło, Komentarz do art. 47 Konstytucji RP, LEX.

15 J. Sieńczyło-Chłabicz, Naruszenie prywatności..., *op. cit.*, s. 71.

16 M. Pryciak, Prawo do prywatności, „Studia Erasmiensia Wratislaviensia” 2010, nr 4, s. 216.

17 B. Banaszak, Komentarz do art. 47 Konstytucji RP, LEGALIS

18 Por. J. Braciak, Prawo do prywatności, *op. cit.*, s. 135 i n.

Na poziomie konstytucyjnym kwestie te reguluje art. 51 Konstytucji przewidujący ochronę danych osobowych. Stosownie do treści przepisu art. 51 ust. 2 Konstytucji władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż te, które są niezbędne w demokratycznym państwie prawnym. W kontekście ochrony prawa do prywatności trzeba powiedzieć o szczególnej kategorii danych osobowych, określanych mianem danych wrażliwych. Na gruncie prawa polskiego brak jest definicji legalnej danych wrażliwych, jednakże doktryna wskazuje, że ich katalog został określony w art. 27 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych,¹⁹ zgodnie z którym zabronione jest przetwarzanie danych ujawniających pochodzenie rasowe, etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne, filozoficzne, przynależność wyznaniową, partyjną lub związkową, jak również danych o stanie zdrowia, kodzie genetycznym, nałogach lub życiu seksualnym oraz dotyczących skazań, orzeczeń o ukaraniu i mandatów karnych, a także innych orzeczeń wydanych w postępowaniu sądowym lub administracyjnym.²⁰

Na poziomie ustawodawstwa zwykłego²¹ ochronę prawa do prywatności przewidują przepisy k.c. Kluczową rolę w tym zakresie odegrał wyrok SN z 18 stycznia 1984 r. I CR 400/83, który stwierdza, że „otwarty katalog dóbr osobistych (art. 23 i art. 24 k.c.) obejmuje także dobra osobiste związane ze sferą życia prywatnego, rodzinnego, ze strefą intymności. Ochrona w tym zakresie może odnosić się do wypadków ujawnienia faktów z życia osobistego i rodzinnego, nadużywania uzyskanych informacji, zbierania w drodze prywatnych wywiadów informacji i ocen ze sfery intymności, aby je opublikować lub w inny sposób rozgłaszać.”²²

Skoro nie ulega wątpliwości, że prawo do prywatności uznane zostało za dobro osobiste, należy rozważyć, jakie instrumenty prawne, umożliwiające ochronę prywatności przed nieuprawnioną ingerencją, przysługują jednostce. Ochronę dóbr osobistych można podzielić na ochronę niemajątkową i majątkową. Do tej pierwszej kategorii należeć będzie, stosownie do art. 189 k.p.c., roszczenie o ustalenie, że dane prawo osobiste – w tym przypadku prawo do prywatności – przysługuje konkretnej osobie, a także roszczenia wynikające z art. 24 § 1 k.c., czyli roszczenie prewencyjne oraz roszczenie o usunięcie skutków naruszenia. Ochrona majątkowa będzie zaś obejmowała roszczenia o zadośćuczynienie pieniężne za naruszenie dobra osobistego wynikające z art. 24 § 1 k.c., z art. 445 § 1 k.c. w zw. z art. 444 k.c. oraz z art. 448 k.c. Ponadto zaś osoba, której prawo do prywatności zostało naruszone,

19 Dz.U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926.

20 J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, Ochrona danych osobowych. Komentarz do art. 27, LEX.

21 Przepisy dotyczące prawa do prywatności znalazły się również w innych przepisach rangi ustawowej, m.in. ustawy z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553), ustawy z 26 stycznia 1984 r. prawo prasowe (Dz.U. z 1984 r. Nr 5, poz. 24), ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503), ustawy z 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. z 2002 r. Nr 144, poz. 1204).

22 OSNC 1984/11/195.

będzie mogła domagać się zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany przez nią cel społeczny, bowiem roszczenia wynikające z art. 448 k.c. mają charakter kumulatywny.²³ W przypadku, gdy wskutek naruszenia prawa do prywatności powstała szkoda majątkowa, stosownie do treści przepisu art. 24 § 2 k.c., poszkodowanemu przysługuje także odszkodowanie.

Nie sposób podać wyczerpującej listy działań, które mogą być uznane za naruszenie prawa do prywatności, jak też elementów składających się na to prawo, gdyż ewoluuje ono wraz z rozwojem życia społecznego i zaczyna obejmować coraz to szersze aspekty. Mimo coraz sprawniejszego funkcjonowania systemów ochrony praw człowieka i istnienia rozbudowanych systemów normatywnych, których celem jest ochrona prywatności, paradoksalnie jednostka traci jednocześnie swą prywatność. Zdobycze techniczne współczesnej cywilizacji umożliwiające daleko idącą ingerencję w prywatność powodują, że częstokroć stajemy się nieświadomymi ofiarami działań naruszających naszą prywatność.²⁴

W związku z rozwojem technologicznym obserwujemy pojawienie się nowych zagrożeń prywatności. M. Kutylowski podkreśla, że lawinowy wzrost liczby dostępnych danych oraz coraz niższe koszty dostępu do informacji znacząco utrudniają opanowanie sytuacji pod względem ochrony prywatności.²⁵ Rozwój technicznych środków zbierania, gromadzenia i wyszukiwania informacji o jednostkach rodzi konieczność stworzenia prawnych mechanizmów ochrony ludzkiego prawa do prywatności. W dodatku, w obliczu postępującej informatyzacji życia społecznego, konieczność ta zachodzi na poziomie globalnym, co stanowi istotną barierę w stworzeniu efektywnej regulacji.

Coraz więcej naszych indywidualnych działań społecznych ma miejsce za pośrednictwem Internetu – dzięki dynamicznemu rozwojowi obrotu elektronicznego, coraz większej ilości usług świadczonych drogą elektroniczną, a także rosnącej popularności różnego rodzaju portali społecznościowych. Niekontrolowane przetwarzanie danych przesyłanych przez Internet stwarza zagrożenia, których większość internautów nie jest świadoma. Bez wiedzy i zgody użytkowników sieci gromadzone są dane o odwiedzanych przez nich witrynach czy o lokalizacji ich komputerów.²⁶ Pliki zwane ciasteczkami (*cookies*), zbierające informacje statystyczne o zachowaniach i preferencjach użytkowników sieci, są automatycznie umieszczane na komputerach użytkowników przez odwiedzane przez nich witryny internetowe. Wykorzystywane są w szczególności do umożliwienia identyfikacji użytkownika bez

23 Por. uchwała 7 sędziów SN z 9 września 2008 r. sygn. akt III CZP 31/08 (OSNC 2009/3/36).

24 A. Sakowicz, *Prawnokarne gwarancje prywatności*, Kraków 2006, s. 19.

25 M. Kutylowski, *Nowe perspektywy ochrony prawa do prywatności*, [w:] X-lecie. Księga pamiątkowa z okazji dziesięciolecia Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej i Studenckiego Koła Naukowego – Blok Prawa Komputerowego, Wrocław 2012, s. 138.

26 D. Wieszczycki, *Dane osobowe w Internecie – zagrożenia i ochrona*, [w:] *Polska w drodze do globalnego społeczeństwa informacyjnego*, Warszawa 2002, s. 84.

konieczności wielokrotnego wprowadzania hasła oraz personalizacji witryny na potrzeby konkretnych użytkowników.²⁷ Przepisy ustawy z 3 sierpnia 2004 r. prawo telekomunikacyjne²⁸ zapewniają jedynie częściową ochronę, nakładając obowiązki jedynie na dostawców usług i operatorów.

Za sprawą Internetu wszystko co czynimy za jego pośrednictwem dzieje się wszędzie i natychmiast. Przesłanie informacji z jednego końca świata na drugi zajmuje ułamek sekundy. Jednostka zaś nie zawsze ma możliwość decydowania o tym, jakie dane zostaną upublicznione. Nie mamy bowiem wpływu na to, czy nasza nieruchomości zostanie upubliczniona w mapach satelitarnych dostępnych w Internecie, np. w Google StreetView. Z udogodnień technicznych coraz chętniej korzystają organy władzy publicznej. Dzięki zdjęciom satelitarnym władze niektórych stanów dysponują szczegółowymi informacjami na temat zabudowy terenu i porównują je z danymi zgłoszonymi przez podatników, by skorygować wysokość należnego podatku.²⁹ W Arizonie Departament Zasobów Wodnych wykorzystuje je zaś do poszukiwania osób uprawiających pola bez zezwolenia na meliorację.³⁰

Władza publiczna już gromadzi olbrzymią ilość informacji o nas w różnego rodzaju bazach danych. Urodzenie, zawarcie małżeństwa, rozwód, miejsce zamieszkania, własność nieruchomości i samochodów, uzyskiwane dochody, prowadzenie działalności gospodarczej to tylko przykładowe kategorie, które podlegają rejestracji przez państwo. Również sektor prywatny gromadzi i przetwarza różnego rodzaju dane, głównie w celach marketingowych. Elektroniczne środki płatnicze pozwalają bankom na śledzenie struktury naszych wydatków. Operatorzy systemów telefonii komórkowej dysponują danymi na temat położenia użytkownika oraz danymi billingowymi. Informacje te objęte są tajemnicą telekomunikacyjną, a ich ujawnienie poza przypadkami przewidzianymi w ustawie rodzi odpowiedzialność karną. Dostęp do nich jest jednak w każdej chwili możliwy.

Nie należy zapominać o systemach kamer CCTV (*close circuit television*), które w wielu wypadkach połączone są z systemem identyfikacji biometrycznej, umożliwiającej ustalenie tożsamości osób zarejestrowanych. Najnowocześniejsze systemy monitoringu pozwalają zaś na „przenikanie” przez bariery zdawałoby się nie do pokonania – jak np. ściany.³¹ W dzisiejszym świecie każdy może stać się inwigilatorem. Do tego celu wystarczy bowiem telefon komórkowy wyposażony w cyfrowy aparat i kamerę. Dostęp do specjalistycznych urządzeń rejestrujących obraz

27 A. Suchorzewska, *Ochrona prawna systemów informatycznych wobec zagrożeń cyberterroryzmem*, Warszawa 2012, s. 94.

28 Dz.U. z 2004 r. Nr 171, poz. 1800.

29 S. Garfinkel, *Database Nation. The Death of Privacy in the 21st Century*, O'Reilly Media 2001, s.100 i n., [za:] W. Gogłozą, *Prawo do prywatności w społeczeństwie informacyjnym*, tekst udostępniony na stronie internetowej <http://wgogloza.com/>

30 D. E. Denning, *Wojna informacyjna i bezpieczeństwo informacji*, Warszawa 2002, s. 216.

31 W. Gogłozą, *Prawo do prywatności...*, *op. cit.*, tekst i cytowana tam literatura.

i dźwięk jest powszechnie możliwy dzięki coraz popularniejszym sklepom detektywistycznym, w których ofercie znajdują się minikamery, podsłuchy, lokalizatory GPS³² i inne urządzenia umożliwiające szpiegowanie.

Pytanie, co może się stać z pozyskanymi informacjami lub danymi, gdy dostaną się w niepowołane ręce. Nawet w sytuacji, gdy dane podlegają prawnej ochronie, samo ich istnienie stwarza zagrożenie. W dynamicznie zmieniającej się rzeczywistości zadanie ustawodawcy polega na stworzeniu efektywnych mechanizmów ochrony praw i wolności. Prawo musi reagować na zmieniającą się rzeczywistość i gwarantować ochronę zarówno na płaszczyźnie wertykalnej, jak i horyzontalnej. Uzasadniony jest zatem postulat wprowadzania skutecznych metod ochrony prawnej i technicznej przed agregacją i analizą danych gromadzonych i katalogizowanych w różnego rodzaju bazach danych. Przed prawodawcą stoi zatem wielkie wyzwanie, choć nasuwają się wątpliwości, czy w ogóle możliwe jest uregulowanie tej materii.

BIBLIOGRAFIA

1. Banaszak B., Komentarz do art. 47 Konstytucji RP, LEGALIS
2. Barta J., Fajgielski P., Markiewicz R., Ochrona danych osobowych. Komentarz do art. 27, LEX
3. BeVier L.R., What Privacy Is Not, "Harvard Journal of Law & Public Policy" 1989, no. 12.
4. Denning D.E., Wojna informacyjna i bezpieczeństwo informacji, Warszawa 2002.
5. Garfinkel S., Database Nation. The Death of Privacy in the 21st Century, O'Reilly Media 2001, [za:] Gogłoza W., Prawo do prywatności w społeczeństwie informacyjnym, tekst udostępniony na stronie internetowej <http://wgogloza.com/>
6. Innes J.C., Privacy, Intimacy, and Isolation, New York–Oxford 1992, [za:] Motyka K., Prawo do prywatności i dylematy współczesnej ochrony praw człowieka, Lublin 2006.
7. Keynes E., Liberty, Property, and Privacy. Toward a Jurisprudence of Substantive Due Process, University Park 1996, [za:] Braciak J., Prawo do prywatności, Warszawa 2004.
8. Kutylowski M., Nowe perspektywy ochrony prawa do prywatności, [w:] X-lecie. Księga pamiątkowa z okazji dziesięciolecia Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej i Studenckiego Koła Naukowego – Blok Prawa Komputerowego, Wrocław 2012.
9. Motyka K., Prawo do prywatności i dylematy współczesnej ochrony praw człowieka, Lublin 2006.
10. Posner R., The Right to Privacy, [w:] „Georgia Law Review” 12/1978.
11. Pryciak M., Prawo do prywatności, „Studia Erasmiana Wratislaviensia” 2010, nr 4.
12. Puwalski M., Prawo do prywatności osób publicznych, Toruń 2003.

32 GPS – Global Positioning System – jeden z systemów nawigacji satelitarnej obejmujący swoim zasięgiem całą kulę ziemską.

13. Sakowicz A., *Prawnokarne gwarancje prywatności*, Kraków 2006.
14. Sieńczyło-Chlabicz J., *Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę. Analiza cywilnoprawna*, Kraków 2006.
15. Solove D., Rotenberg M., Schwartz P., *Privacy, Information And Technology*, Aspen Publishers 2006.
16. Suchorzewska A., *Ochrona prawna systemów informatycznych wobec zagrożeń cyberterroryzmem*, Warszawa 2012.
17. Thomson J.J., *The Right to Privacy*, "Philosophy and Public Affairs" 4/1975.
18. Skrzydło W., *Komentarz do art. 47 Konstytucji RP*, LEX
19. Wieszczycki D., *Dane osobowe w Internecie – zagrożenia i ochrona*, [w:] *Polska w drodze do globalnego społeczeństwa informacyjnego*, Warszawa 2002.
20. Young J.B., *Privacy*, Chichester 1978.
21. Ustawa z 26 stycznia 1984 r. prawo prasowe (Dz.U. z 1984 r. Nr 5, poz. 24).
22. Ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503).
23. Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. Nr 88 poz. 553).
24. Ustawa z 18 lica 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. z 2002 r. Nr 144, poz. 1204).
25. Aksu v. Turcja, wyrok Wielkiej Izby z 15 marca 2012 r. w połączonych sprawach nr 4149/04 i 41029/04.
26. Niemietz v. Niemcy, wyrok z 16 grudnia 1992 r. w sprawie nr 13710/88.
27. Haase v. Niemcy, wyrok z 8 kwietnia 2004 r. w sprawie nr 11057/02.
28. Uchwała 7 sędziów SN z 9 września 2008 r. sygn. akt III CZP 31/08 (OSNC 2009/3/36).
29. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20 marca 2006 r. w sprawie K 17/05.

THE RIGHT TO PRIVACY IN THE CONTEMPORARY WORLD

The right to protect privacy is guaranteed in the Constitution of the Republic of Poland as well as the European Convention on Human Rights. The article presents different attempts to define privacy. It discusses the challenges to privacy posed in an age of technological advances. It is vital to estimate to what extent new technologies can be a threat to the private sphere in order to provide effective pieces of legislation that govern the protection of personal data and other aspects of privacy.

Key words: privacy, the right to privacy, personal data protection

HANDEL LUDŹMI W CELU USUNIĘCIA NARZĄDÓW W UJĘCIU PRAWNOMIĘDZYNARODOWYM

Handel ludźmi jest zjawiskiem globalnym; przestępstwem, które występuje niemal w każdym państwie na świecie.¹ Zaliczany do grupy przestępstw określanych mianem *low risk, high profit crimes*, jest też trzecim, po handlu narkotykami i bronią, najbardziej dochodowym typem zorganizowanej przestępczości. Handel ludźmi stanowi też rażące naruszenie praw podstawowych, nieodłącznie związanych z godnością człowieka.²

Niniejsze opracowanie dotyczy handlu ludźmi w celu usunięcia narządów, jednej ze słabiej zbadanych postaci tego przestępstwa. Przedstawione w celu przybliżenia tej tematyki instrumenty prawa międzynarodowego obejmują regulacje z zakresu prawa karnego, prawa medycznego oraz ochrony praw człowieka. Różnorodność omawianych dziedzin prawa wynika z faktu, że ze względu na wielowymiarowy charakter przestępstwa handlu ludźmi w celu usunięcia narządów, jego skuteczne zwalczanie wymaga skoordynowanego podejścia na wielu płaszczyznach.

Punktem wyjścia dla omawianej problematyki jest definicja handlu ludźmi w prawie międzynarodowym. Pierwsza uniwersalna definicja tego zjawiska znalazła się w Protokole o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu handlu ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi uzupełniającym Konwencję o międzynarodowej przestępczości zorganizowanej z 2000 roku (dalej: Protokół z Palermo).³ Stanowi ona kombinację trzech elementów: określonych za pomocą znamion czasownikowych czynności, wskazanych metod oraz celu polegającego na wykorzystaniu ofiary. Zgodnie z Protokołem z Palermo handel ludźmi stanowią czynności polegające na werbowaniu, transporcie, przekazywaniu, przechowywaniu lub przyjmowaniu osób;

1 Szerzej: United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Global report on trafficking in persons*, 2009.

2 Z. Lasocik, *Handel ludźmi, zapobieganie i ściganie*, Warszawa 2006, s. 16.

3 Instrument ten ratyfikowało jak dotąd 150 państw, wobec czego mówienie o jego uniwersalnym charakterze wydaje się uzasadnione. Status ratyfikacji Protokołu z Palermo dostępny w Internecie: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mdsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&lang=en (dostęp: 14 grudnia 2012 r.).

z zastosowaniem metod, takich jak: groźba, użycie siły (lub też z wykorzystaniem innej formy przymusu), uprowadzenie, oszustwo, wprowadzenie w błąd, nadużycie władzy lub wykorzystanie słabości, wręczenie lub przyjęcie płatności lub korzyści dla uzyskania zgody osoby mającej kontrolę nad inną osobą, podjęte w celu wykorzystania, które obejmuje, jako minimum: wykorzystywanie prostytutki innych osób lub inne formy wykorzystania seksualnego, pracę lub usługi o charakterze przymusowym, niewolnictwo lub praktyki podobne do niewolnictwa, zniewolenie, albo usunięcie narządów.^{4,5} Uzupełnieniem definicji jest przepis zobowiązujący państwa–strony do podjęcia odpowiednich działań, koniecznych dla uznania za przestępstwa określonych w niej czynów, jeżeli popełnione zostały umyślnie.⁶

Element pierwszy – wskazane czynności – umożliwia pociągnięcie do odpowiedzialności wszystkich osób świadomie zaangażowanych w każdy z etapów procesu handlu ludźmi. Należy zauważyć, że w odróżnieniu od innych postaci tego przestępstwa, handel ludźmi w celu usunięcia narządów wymaga też zaangażowania specjalistów – lekarzy, pielęgniarek oraz kierowców karettek; niezbędne jest też odpowiednie zaplecze medyczne.⁷

Kluczowym z punktu widzenia skuteczności całej definicji jest jej drugi element. Użycie którejkolwiek z wymienionych metod powoduje bowiem, że ewentualna zgoda ofiary nie ma znaczenia i nie może stanowić okoliczności wyłączającej odpowiedzialność sprawców. Należy też dodać, że element ten jest konieczny tylko wtedy, gdy ofiarą jest osoba powyżej osiemnastego roku życia, natomiast w przypadku przestępstwa handlu dziećmi definicja obejmuje tylko wskazane czynności oraz cel.⁸

Metody działania obrazują też, w jaki sposób dochodzi do tego, że dana osoba pada ofiarą przestępstwa. Jednym z kluczowych pojęć wymienionych w ramach drugiego elementu definicji jest pojęcie „wykorzystania słabości” (*abuse of a position of vulnerability*), które należy rozumieć jako odniesienie do każdej sytuacji, w której dana osoba poddaje się nadużyciu, ponieważ nie posiada realnej i akceptowalnej

4 Protokół o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu handlu ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi, uzupełniający Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 15 listopada 2000 r., Dz.U. y 2005 r. Nr 18, poz. 160, art. 3(a).

5 Taka sama definicja handlu ludźmi przyjęta została w Konwencji Rady Europy z 2005 roku, a niemal identyczna w Dyrektywie 2011/36/UE.

6 Protokół o zapobieganiu..., *op. cit.*, art. 5.

7 Jednym z przykładów tego, jak wiele różnych osób zaangażowanych może być w popełnienie przestępstwa handlu ludźmi w celu usunięcia narządów jest sprawa *Netcare Kwa-Zulu Limited* z RPA z 2010 roku. Zarzuty postawiono wówczas m.in. szpitalowi, pięciu lekarzom, dwóm pracownikom administracyjnym oraz tłumaczowi. Ponadto, co częste w przypadku tego przestępstwa, sprawa ta miała wymiar transnarodowy – ofiary pochodziły z Rumunii i Brazylii, gdzie rekrutowane były przez dalszych członków grupy. Część z nich udało się zatrzymać dzięki współpracy organów ścigania. Szerzej: J. Allain, *Trafficking of persons for the removal of organs and the admission of guilt of a South African hospital*, „Medical Law Review” 2011, No 19: 117–122.

8 Protokół o zapobieganiu..., *op. cit.*, art. 3(c) i (d).

alternatywy.⁹ Podobnie jak w przypadku pozostałych postaci tego przestępstwa, ofiary handlu ludźmi w celu usunięcia narządów bardzo często rekrutowane są spośród najuboższych mieszkańców państw rozwijających się lub borykających z problemami, takimi jak głód czy konflikty wewnętrzne.¹⁰ Przestępcy wykorzystują tragiczne położenie ofiar i kusząc obietnicami korzyści finansowych przekonują do sprzedaży narządów. Często na taki drastyczny krok decydują się jednostki, które nie widzą innej możliwości spłaty zaciągniętego długu lub utrzymania rodziny. Innymi metodami, jakie wymienia się w kontekście omawianej problematyki, jest oszustwo, groźba i wprowadzenie w błąd oraz wręczenie lub przyjęcie płatności lub korzyści dla uzyskania zgody osoby mającej kontrolę nad inną osobą. Metody te mogą też występować kumulatywnie.¹¹

Element trzeci określa cel, w jakim dokonywane jest to przestępstwo. Istotnym jest, że dla wyczerpania znamion przestępstwa handlu ludźmi wystarczający będzie sam zamiar, nie ma natomiast znaczenia czy doszło do wykorzystania ofiary, czy też nie.

Problematyce handlu ludźmi poświęca się w ostatnich latach coraz więcej uwagi. Rośnie też liczba podejmowanych na forum międzynarodowym inicjatyw, mających na celu zwalczanie tego przestępstwa oraz zwiększanie świadomości na jego temat. W 2010 roku w kwestii handlu ludźmi po raz pierwszy wypowiedział się Europejski Trybunał Praw Człowieka – w orzeczeniu w sprawie *Rantsev* Trybunał stwierdził, że handel ludźmi w rozumieniu Protokołu z Palermo stanowi naruszenie Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, bowiem sprzeczny jest „z duchem i celem” zakazującego niewolnictwa, poddaństwa i pracy przymusowej artykułu 4 tego instrumentu.¹²

Należy jednak mieć na uwadze, że nie wszystkie aspekty handlu ludźmi są jednakowo eksponowane; najwięcej uwagi poświęca się problematyce wykorzystania polegającego na wymuszonej prostytucji i pracy przymusowej – dwóm najczęściej występującym obliczom tej zbrodni. Handel ludźmi w celu usunięcia narządów stanowi natomiast jedno ze słabiej zbadanych postaci tego przestępstwa. Niemal wszystkie opracowania dotyczące tego zagadnienia podkreślają, że wiedza na jego temat jest niewystarczająca.¹³

9 W Protokole z Palermo nie ma definicji pojęcia „wykorzystania słabości”, jednak wskazówki dotyczące jego interpretacji znaleźć można w pracach przygotowawczych: UNODC, *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, 2006, s. 347.

10 United Nations Global Initiative to Fight Human Trafficking, *Background paper on human trafficking for the removal of organs and body parts*, 2008, s. 2.

11 Fragment ten stanowi pewne uproszczenie. Tematyka ta jest bardzo rozległa, a metody działań sprawców bywają bardzo zróżnicowane.

12 Wyrok z 7 stycznia 2010 r. w sprawie *Rantsev* przeciwko Rosji i Cyprowi, skarga nr 25965/04.

13 Szerzej: Council of Europe and United Nations (CoE, UN), *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*, 2009, s. 5.

Omawiany temat jest trudny także ze względu na zafalszowany obraz tego zjawiska, jaki prezentowany jest w mediach. Sensacyjne doniesienia przedstawiające historie o pechowych turystach, którzy obudzili się bez nerki lub o masowo porywanych w celu pozyskania narządów dzieciach pojawiają się co jakiś czas w środkach masowego przekazu.¹⁴ Jak wskazują specjaliści z ONZ i Rady Europy, nie udało się jak dotąd potwierdzić żadnej z tego typu opowieści, wiadomo jednak, że *modus operandi* sprawców udokumentowanych przypadków popełnienia tego przestępstwa znacznie odbiega od prezentowanych w mediach sensacji. Powielanie takich nieprawdziwych historii jest nie tylko wprowadzaniem w błąd opinii społecznej, wskazuje się, że działania takie mogą mieć bardzo niekorzystny wpływ na funkcjonowanie systemu altruistycznego dawstwa narządów.¹⁵ Przewodniczący Polskiej Rady Transplantacyjnej, Piotr Kaliciński publikowanie tego typu nie popartych żadnymi oficjalnymi dowodami rewelacji określił wprost jako nóż wbijany w plecy polskiej transplantologii.¹⁶

Jak wynika z prac przygotowawczych, propozycja, aby element trzeciej definicji handlu ludźmi uwzględniał także cel polegający na usunięciu narządów pojawiła się na stosunkowo późnym etapie prac nad Protokołem z Palermo i szybko znalazła wielu przeciwników, którzy podnosili, że wskazane rozwiązanie byłoby sprzeczne z zakresem przedmiotowym przygotowywanego instrumentu.¹⁷

Ostateczna decyzja o uwzględnieniu tej kategorii w definicji przyczyniła się do lepszego rozróżnienia dwóch powiązanych ze sobą, ale mimo wszystko odrębnych prawnie i technicznie zagadnień: handlu ludźmi w celu usunięcia narządów oraz handlu samymi narządami.¹⁸ Choć obecnie nie ma wątpliwości, że zjawiska te różnią się od siebie, to mimo wszystko nadal bywają mylone, zarówno w opinii społecznej, jak i w środowiskach naukowych. Ich podobieństwo zachodzi przede wszystkim na poziomie leżących u ich podstaw przyczyn, z których najważniejszą jest niedostateczna liczba legalnie pozyskiwanych narządów.¹⁹

Transplantologia jako metoda leczenia padła niejako ofiarą własnego sukcesu – jej rozwój począwszy od lat pięćdziesiątych ubiegłego wieku jest imponujący.²⁰ Obecnie dla wielu pacjentów przeszczep jest najbardziej pożądaną terapią i bardzo często też jedyną, dającą możliwość pełnego powrotu do zdrowia. Stan ten spowodował, że współczesne problemy transplantologii na świecie związane są

14 L. Szymowski, Nekrobiznes, dostępny w Internecie: <<http://wiadomosci.onet.pl/kiosk/nerkobiznes,1,3699156,wiadomosc.html>> (dostęp: 14 grudnia 2012 r.).

15 Szerzej: CoE, UN, *op. cit.*, s. 60–61.

16 L. Szymowski, Nekrobiznes, *op. cit.*

17 UNODC, *Travaux Préparatoires...*, *op. cit.*, s. 344.

18 A. Gallagher, *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press 2010, s. 39.

19 CoE, UN, *op. cit.*, s. 55.

20 Szerzej: W. Rowiński, *Prawne i organizacyjne warunki przeszczepu narządów w Polsce*, [w]: Z. Lasocik (red.), *Handel ludźmi, zapobieganie i ściganie*, Warszawa 2006, s. 317 i n.

przede wszystkim z niedostatkiem narządów,²¹ czego skutkiem jest wzrost operacji przeprowadzanych poza oficjalnym systemem, a tym samym wzmożony popyt na nielegalnie pozyskane narządy.

Rozróżnienie obu fenomenów – handlu ludźmi w celu usunięcia narządów i handlu narządami ma zasadnicze znaczenie z punktu widzenia możliwości bardziej efektywnego przeciwdziałania tym praktykom, jak i zapewniania skuteczniejszej ochrony i pomocy ofiarom. Jest ono o tyle utrudnione, ponieważ nie istnieje na gruncie prawa międzynarodowego definicja handlu narządami.²² Mimo tych braków, można jednak bez trudu wskazać, że podstawowa różnica dotyczy obiektu przestępstwa – w przypadku handlu ludźmi są to osoby, w drugim przypadku obiekt stanowią same narządy. Stwierdzenie to ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia praw ofiar.²³ Należy bowiem zaznaczyć, że w przypadku handlu narządami, żywy dawca w celach komercyjnych nie jest osobą pokrzywdzoną, a nawet sam dopuszczać się może naruszenia prawa, gdyż zasadą jest, że narządy ludzkie nie powinny stanowić źródła zysku.²⁴ Natomiast osoba, która padła ofiarą handlu ludźmi w celu usunięcia narządów, jest ofiarą ciężkiego przestępstwa i jako taka potrzebuje wszechstronnej opieki oraz przysługuje jej szereg praw w związku z postępowaniem karnym przeciwko sprawcom.

Wobec powyższego, wydaje się, że szczególne znaczenie powinna mieć właściwa implementacja i stosowanie definicji handlu ludźmi, w ten sposób, aby prowadziły do prawidłowej identyfikacji ofiar tego przestępstwa.²⁵ Należy w tym miejscu raz jeszcze podkreślić, że zgodnie z Protokołem z Palermo zgoda ofiary nie powinna mieć żadnego znaczenia w przypadku, gdy którakolwiek z wskazanych w definicji metod została zastosowana przez sprawcę. Niemniej jednak metody takie jak oszustwo, groźba lub wykorzystanie słabości w celu uzyskania zgody mogą wprowadzać w błąd co do kwalifikacji czynu, dlatego też wskazana jest najwyższa staranność przy analizowaniu poszczególnych przypadków. Istotne w tym zakresie są również działania nakierowane na zwiększanie świadomości (zwłaszcza wśród organów ścigania i sędziów) związanej z przestępstwem handlu ludźmi oraz szerzenie wiedzy na temat sposobów działania sprawców. Każde zaniebdanie

21 Jak wskazują dane Komisji Europejskiej, w samej Europie jest 61 tysięcy osób oczekujących na przeszczep. Każdego dnia umiera około 12 z nich. <http://www.edqm.eu/en/European-day-for-organ-donation-1223.html> (dostęp: 16 grudnia 2012 r.).

22 CoE, UN, *op. cit.*, s.12.

23 *Ibidem*, s. 56.

24 Polska ustawa transplantacyjna przewiduje odpowiedzialność karną m.in. za „rozpowszechnianie ogłoszeń o odpłatnym zbyciu, nabyciu lub o pośredniczeniu w odpłatnym zbyciu lub nabyciu komórki, tkanki lub narządu w celu ich przeszczepienia”. Ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, Dz.U. z 2005 r. Nr 169, poz. 1411, art. 43.

25 Problematyka identyfikacji ofiar jest zagadnieniem o wiele szerszym i dotyczącym wszystkich aspektów handlu ludźmi. W strategii UE w sprawie zwalczania Handlu Ludźmi na pierwszym miejscu wśród wskazanych priorytetów znalazł się punkt dotyczący identyfikacji i ochrony ofiar. Zob. szerzej: The EU Strategy towards the Eradication of Trafficking in Human Beings 2012–2016, s. 6.

w kwestii wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy może sprawić, że ofiary handlu ludźmi pozbawione zostaną należnej im zgodnie ze standardami międzynarodowymi pomocy.

Dopełnieniem powyższych rozważań będzie krótkie omówienie międzynarodowych regulacji związanych transplantologią. Zasada, zgodnie z którą jest zabronione, aby ludzkie ciało lub jego części jako takie, były źródłem korzyści majątkowej jest utrwalona w dorobku prawnym Rady Europy. Sformułowana po raz pierwszy w Rezolucji Komitetu Ministrów z 1978 roku,²⁶ została powtórzona w Konwencji RE o prawach człowieka i biomedycynie,²⁷ a następnie w Protokole dodatkowym dotyczącym transplantacji narządów i tkanek pochodzenia ludzkiego.²⁸

Również ustawodawstwo Unii Europejskiej dotyka problemu transplantacji narządów. Istotnym instrumentem jest tutaj Dyrektywa 2010/45/UE, której przepisy stanowią, że dawstwo narządów powinno mieć charakter dobrowolny i nieodpłatny. Zasada ta nie stoi jednak na przeszkodzie w otrzymaniu przez żywych dawców rekompensaty, pod warunkiem, że jest ona ściśle ograniczona do pokrycia kosztów poniesionych i przychodów utraconych w związku z aktem dawstwa.²⁹

Na poziomie uniwersalnym zakaz czerpania korzyści majątkowych z narządów, tkanek i komórek ludzkich nie znalazł jak dotąd odzwierciedlenia w wiążących normach prawa międzynarodowego, pojawia się natomiast w instrumentach *soft law* Światowej Organizacji Zdrowia. Najistotniejszym dokumentem w tym zakresie są Zasady dotyczące ludzkich komórek, tkanek i transplantacji narządów (*Guiding principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation*) opracowane przez tę organizację w 1991 roku, a uaktualnione w roku 2010.

Instrument ten miał duży wpływ na ustawodawstwa państw oraz na kodeksy etyki zawodowej lekarzy na całym świecie. Najważniejszą – z punktu widzenia omawianego tematu – jest zasada numer pięć, która stanowi, że komórki, tkanki i narządy powinny być przekazywane wyłącznie nieodpłatnie, bez jakiegokolwiek wynagrodzenia pieniężnego lub innego wynagrodzenia o wartości pieniężnej. Ponadto, zabronione powinno być nabywanie lub oferowanie do nabycia komórek, tkanek lub narządów dla celów transplantacji lub ich sprzedaż przez żywe osoby lub przez krewnych osoby zmarłej. W dalszej części instrument ten precyzuje, że wskazane zakazy nie wykluczają zwrotu rozsądnie poniesionych i możliwych do zweryfikowania kosztów poniesionych przez dawcę. Kategoria ta obejmuje m.in.

26 Rezolucja 78 (29) Komitetu Ministrów RE.

27 Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w dziedzinie zastosowania biologii i medycyny z 4 kwietnia 1997 roku, art. 21.

28 Protokół dodatkowy dotyczący transplantacji narządów i tkanek pochodzenia ludzkiego, otwarty do podpisu 24 stycznia 2002 roku, art. 21 i 22.

29 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/45/UE z dnia 7 lipca 2010 r. w sprawie norm jakości i bezpieczeństwa narządów ludzkich przeznaczonych do przeszczepienia, art. 13.

koszty pobrania i przechowywania narządów pobranych od dawcy oraz utracony przez niego dochód.³⁰

Jak podkreśla Światowa Organizacja Zdrowia, zasada zakazująca czerpania korzyści z części ludzkiego ciała jest kluczowa, a jej naruszenie sprzeniewierza się instytucji altruistycznego dawstwa narządów, która stanowić powinna podstawę systemu transplantacji.³¹ Choć jest to pogląd dominujący, to jednak w dyskursie nad przyszłością transplantologii pojawiają się także głosy postulujące wprowadzenie legalizacji sprzedaży własnych narządów. Jak bowiem twierdzą zwolennicy takiego rozwiązania, ograniczyłoby ono przychody działających nielegalnie zorganizowanych grup i przyczyniłoby się do zwiększenia liczby dostępnych dla celów transplantacji narządów.³²

Jedynym państwem, które zdecydowało się na wprowadzenie takiego rozwiązania, jest Iran. Od 1988 roku państwo irańskie może nabywać narządy od osób, które dobrowolnie zgłosiły chęć zostania dawcą. Osoby, które się na to zdecydują, otrzymują w zamian wynagrodzenie, opiekę medyczną i roczne ubezpieczenie zdrowotne.³³ Co istotne, system ten zabrania przeszczepiania narządów własnych obywateli cudzoziemcom, co zapobiegać ma rozwojowi tzw. turystyki transplantacyjnej.

Rozwiązanie to osiągnęło zakładane cele – w ciągu dziesięciu lat podaż narządów wzrosła do tego stopnia, iż Irańczycy nie muszą oczekiwać na przeszczep, wskazuje się też, że pacjenci o wiele szybciej wracają do zdrowia.³⁴ Pod względem skuteczności można więc mówić o sukcesie. Niemniej jednak system ten rodzi bardzo wiele wątpliwości natury etycznej, wobec czego nie wydaje się, aby miał jakiegokolwiek szanse na bardziej powszechne zastosowanie.³⁵

BIBLIOGRAFIA

1. Allain J., Trafficking of persons for the removal of organs and the admission of guilt of a South African hospital, „Medical Law Review” 2011, No 19.
2. Friedman L.A., Payment for living organ donation should be legalised, *BMJ*, 2006.
3. Gallagher A., *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press, 2010.
4. Ghods A.J., Ethical issues and living unrelated donor kidney transplantation, *Iranian journal of kidney diseases*, 2009.

30 WHA Resolution WHA63.22, Guiding principles on human cell, tissue and organ transplantation.

31 CoE, UN, *op. cit.*, s.12.

32 Szerzej: A.L. Friedman, Payment for living organ donation should be legalised, *BMJ* 2006, s. 746–748.

33 CoE, UN, *op. cit.*, s.12.

34 *Ibidem*, s. 31.

35 Szerzej: A.J. Ghods, Ethical issues and living unrelated donor kidney transplantation, „Iranian journal of kidney diseases” 2009, 183–191.

5. Lasocik Z., *Handel ludźmi, zapobieganie i ściganie*, Warszawa 2006.
6. Rowiński W., *Prawne i organizacyjne warunki przeszczepu narządów w Polsce*, [w:] Lasocik Z. (red.), *Handel ludźmi, zapobieganie i ściganie*, Warszawa 2006.
7. Council of Europe and United Nations (CoE, UN), *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*, 2009.
8. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/45/UE z dnia 7 lipca 2010 r. w sprawie norm jakości i bezpieczeństwa narządów ludzkich przeznaczonych do przeszczepienia.
9. Dyrektywa 2011/36/UE.
10. Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w dziedzinie zastosowania biologii i medycyny z 4 kwietnia 1997 roku.
11. Protokół dodatkowy dotyczący transplantacji narządów i tkanek pochodzenia ludzkiego, otwarty do podpisu 24 stycznia 2002 roku.
12. WHA Resolution WHA63.22, *Guiding principles on human cell, tissue and organ transplantation*.
13. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Global report on trafficking in persons*, 2009
14. Ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz.U. z 2005 r. Nr 169, poz. 1411, art. 43).
15. Wyrok z 7 stycznia 2010 r. w sprawie Rantsev przeciwko Rosji i Cyprówi, skarga nr 25965/04

TRAFFICKING IN PERSONS FOR THE PURPOSE OF ORGAN REMOVAL FROM AN INTERNATIONAL LEGAL PERSPECTIVE

The article concerns the issue of trafficking in persons for the purpose of organ removal in international law.

Trafficking in persons is a serious crime and a gross violation of human rights, which affects nearly every country in the world. The most common examples of this heinous offence are trafficking for sexual exploitation and forced labour. Although the definition of trafficking in persons, as set forth in the Palermo Protocol, includes exploitation for the purpose of organ removal, there is still little knowledge of what the phenomenon entails.

A distinction should be made between trafficking in human beings for the purpose of organ removal and organ trafficking. Although these phenomena share the same root causes – organ shortage, the differentiation between them is essential in order to provide an effective criminal justice response and to better protect victims. Considering those issues, it is also worth to analysing international standards concerning organ transplantation, emerging both on the regional and global level.

Key words: Trafficking in persons, human trafficking, organ trafficking, human rights, organized crime, transplantation

STALKING Z PERSPEKTYWY INTERDYSCYPLINARNEJ

I. Wstęp

Etymologia słowa „stalking” związana jest z pojęciem odnoszącym się do żargonu myśliwskiego. „*To stalk*” należy tłumaczyć jako skradanie się, chodzenie, skrywanie się, a są to określenia czynności wykonywanych przez kłusownika, który poluje na zwierzynę.¹ Można odnaleźć w tym pewną analogię do zachowania stalkera, który nęka swoją ofiarę.

W 1989 roku po raz pierwszy użyto słowa „stalker” na określenie sprawcy prześladowania. Media informowały wówczas o przypadkach stalkingu dotyczących gwiazd showbiznesu, m.in. o zamordowaniu aktorki Rebeci Scheaffer przez chorego psychicznie fana. Kilka lat wcześniej ofiarą stalkera stał się John Lennon, który został zastrzelony przez swego „psychofana”.² Sprawcami stalkingu w tamtym okresie byli przede wszystkim chorzy, posiadający pewne zaburzenia psychiczne, fani. Zaczęto wówczas postrzegać stalking jako zapowiedź przemocy, której sprawca może w przyszłości użyć wobec swojej ofiary.³

Aktorka Jodie Foster była przez długi okres ofiarą stalkingu. Jej prześladowcą okazał się John Hinckley. Z powodu odrzucenia przez gwiazdę, mężczyzna dokonał zamachu na prezydenta Ronalda Regana. Przed atakiem wysłał Foster list, w którym napisał: „Będziesz ze mnie dumna. Miliony Amerykanów będą mnie – będą nas kochać”.⁴ Nękanie aktorki rozpoczęło się od emisji filmu, w którym Jodie Foster wcieliła się w rolę prostytutki. Sprawca uroił sobie, iż w przeszłości był z nią związany, z racji czego musiał jej pomóc, by przestała się prostytuować.⁵

1 Wielki słownik polsko-angielski, Oxford 2002, s. 1138.

2 Uzasadnienie projektu ustawy – o zmianie ustawy – Kodeks Karny, druk nr 3553, strona internetowa, <http://ww2.senat.pl/k7/dok/sejm/072/3553.pdf>, dostęp dn. 17.11.2012 r., s. 1.

3 P. Mullen, M. Pathe, R. Purcell, *Stalkers and their victims*, Cambridge University Press 2009, s. 12.

4 B. Hołyst, *Psychologia kryminalistyczna*, Warszawa 2009, s. 736.

5 W. Staszewski, *Stalking. To nie miłość, to prześladowanie*, strona internetowa, http://www.wysokieobcasy.pl/wysokieobcasy/1,96951,6948572,Stalking__To_nie_miłość__to_prześladowanie.html, dostęp dn. 17.11.2012 r.

Poza medialnymi prześladowaniami celebrytów, warto przypomnieć także sprawę morderstwa Miss Polski z 1991 r. – Agnieszki Kotlarskiej, która w 1996 r. zginęła na ulicy z rąk swego prześladowcy. Stalker zamordował swoją ofiarę, kilkakrotnie raniąc ją nożem. Sprawca przez cały okres nękania twierdził, iż jego ofiara była księżniczką, on zaś jej krasnoludkiem.⁶

II. Pojęcie, istota i charakterystyka stalkingu

Zgodnie z definicją kliniczną, stalking należy rozpatrywać w kontekście zespołu powtarzających się i uporczywych zachowań, mających na celu wymuszenie na drugiej osobie niechcianego kontaktu. Zaznaczyć należy, iż stalking nie powinien być definiowany poprzez intencje prześladowcy (stalkera), lecz poprzez skutki, wywoływane przez te zachowania u ofiary.⁷ Natomiast na gruncie psychologii, stalking traktowany jest jako rodzaj uzależnienia, w którym środkiem uzależniającym jest drugi człowiek (ofiara).⁸

J.R. Meloy i S. Gothard definiowali stalking jako niecodzienny i długotrwały zespół zachowań, które naruszają prywatność danej jednostki, a tym samym wzbudzają w niej poczucie lęku oraz wywołują stres. Zgodnie z tym rozumieniem należy przyjąć, iż muszą wystąpić co najmniej dwa incydenty spełniające powyższe warunki.⁹ Jednak w tej definicji pojawia się problem z rozumieniem zwrotu „niecodzienności” zachowań, gdyż jest to aspekt dość subiektywny. Oto przykład: mężczyzna, który codziennie, przez cały okres trwania małżeństwa, dawał swojej żonie kwiaty, może nie zostać uznany za stalkera, jeżeli po rozwodzie będzie nagminnie wysyłać byłej małżonce różnego rodzaju niechciane prezenty.

Stalking można podzielić na trzy rodzaje, uwzględniając stopień zażyłości pomiędzy ofiarą a sprawcą. Pierwszy z nich *After – intimate – relationship – stalking* występuje najczęściej, gdyż sprawca i ofiara dobrze się znają: byli w przeszłości parą, kolegami, sąsiadami, przyjaciółmi. Drugi rodzaj, zwany *Acquaintance – Stalking*, występuje przy mniejszym stopniu zażyłości oraz znajomości. Ofiara i sprawca mogli kiedyś przypadkowo się poznać lub spotkać, lecz nie nawiązali bliższego kontaktu. Trzeci rodzaj, *Stranger – Stalking*, dotyczy najczęściej ludzi sławnych, gdyż w tym przypadku ofiara nigdy nie poznała osobiście sprawcy.¹⁰

6 D. Woźniakowska-Fajst, Prawne możliwości walki ze zjawiskiem stalkingu – czy w prawie polskim potrzebna jest penalizacja prześladowania, „Archiwum Kryminologii” 2009, tom XXXI, s. 174.

7 M. Pathe, *Surviving stalking*, Cambridge 2002, s. 8.

8 W. Woźniak, M. Lattanzi, *Stalking – między przemocą a uzależnieniem*, Konstantynów Łódzki–Kutno 2010, s. 12.

9 P. Mullen, M. Pathe, R. Purcell, *Stalkers...*, *op. cit.*, s. 3.

10 A. Chlebowska, P. Nalewajko, *Stalking – zarys problemu oraz analiza rozwiązań ustawodawcy niemieckiego, austriackiego, polskiego*, „Prokurator” 2010/2011, nr 4(44)/1(45), s. 32.

Podziału stalkingu można dokonać także ze względu na rodzaj czynności, które są podejmowane przez sprawcę. Wówczas za kryterium różniące przyjmuje się zachowania stanowiące naruszenie przestrzeni prywatnej ofiary, z wykorzystaniem środków przekazu i kontaktu, w tym nowoczesnych technik informatycznych i telekomunikacyjnych, jak też podejmowanie działań wobec rodziny ofiary i jej przyjaciół.¹¹ Zachowania stalkera mogą być zarówno bezpośrednie, gdy sprawca samodzielnie nęka swoją ofiarę, jak i pośrednie – przy korzystaniu z pomocy innych osób lub narzędzi, które pozwalają zachować anonimowość.

Typowym zachowaniem stalkera jest śledzenie ofiary i podążanie w miejsca uczęszczane przez nią. Niektórzy sprawcy chcą być w ten sposób zauważeni i rozpoznani, podczas gdy inni wolą pozostać w ukryciu i obserwować ofiarę z daleka. Takie zachowanie często połączone jest z roznoszeniem fałszywych plotek na temat ofiary, by dzięki temu zniszczyć jej reputację.¹² Działanie to ma na celu także doprowadzenie do odwrócenia się od ofiary jej najbliższego otoczenia, sprawca może pokazać wtedy swoją wierność i oddanie.

Sprawca, chcąc wzbudzić u ofiary niepokój, może wysyłać lub zostawiać pod jej domem różnego rodzaju niechciane prezenty. Wyobraźnia stalkera przy wyborze takich przedmiotów jest nieograniczona. Mogą to być zarówno typowe prezenty (takie jak czekoladki, maskotki, książki, biżuteria), jak i rzeczy dziwne, np. słoik z moczem, zamrożony kurczak czy nawet makabryczne podarunki (m.in. zdechłe zwierzęta, klepsydry). Nie tylko same prezenty mogą być niepokojące z perspektywy ofiary, lecz także sposób ich dostarczenia, bowiem sprawca może wysyłać jeden przedmiot dziennie lub dokonywać przesyłek hurtowo.¹³

Zachowania prześladowcy mogą być powiązane z wykorzystaniem technologii, np. uporczywe dzwonienie oraz wysyłanie SMS-ów do ofiary. Nieograniczone możliwości stwarza współcześnie Internet, a wykorzystanie tej formy w celu nękania kogoś uważa się za cyberstalking, czyli stalking w przestrzeni wirtualnej. Wskazuje się tutaj na różne postacie zachowań, a mianowicie: wysyłanie dużej liczby e-maili na konto pocztowe ofiary wbrew jej woli, uniemożliwienie korzystania ze skrzynki pocztowej, a także podszywanie się pod ofiarę na różnego rodzaju czatach, portalach społecznościowych, forach.¹⁴

Sprawcy mogą dokonywać także innych czynności, by uprzykrzyć życie ofierze. Mogą zamawiać różnego rodzaju produkty i usługi w imieniu ofiary. Przykładem może być zamówienie pizzy, ale także wezwanie straży pożarnej, ambulansu na

11 M. Królikowski, Opinia dotycząca zasadności kryminalizacji stalkingu oraz konstrukcji ewentualnego typu czynu zabronionego, <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/opinie-komisji-kodyfikacyjnej-prawa-karnego/>, dostęp dn. 16.11.2012 r., s. 1.

12 M. Pathe, *Surviving stalking*, *op. cit.*, s. 11.

13 *Ibidem*, s. 10.

14 J. Kosińska, Prawnokarna problematyka stalkingu, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 10, s. 34.

adres ofiary. W literaturze amerykańskiej dodatkowo podaje się, iż powszechnym sposobem działania stalkera jest inicjowanie fałszywych czynności prawnych. Dzięki temu sprawcy udaje się sprowadzić do sądu ofiarę w celu kontaktu z nią.¹⁵

III. Motywy i konsekwencje stalkingu

Przyczyn stalkingu należy upatrywać w kontekście jednostkowym oraz w szerszej perspektywie społeczno-kulturowej. Determinantem zachowań prześladowczych są zaburzenia osobowości: graniczne (*borderline*) oraz narcystyczne. Pierwsze z nich wiążą się z nadmiernym strachem przed porzuceniem. Stalkerzy posiadający ten typ zaburzeń mają przekonanie, iż same są ofiarami, choć to one prześladują inne osoby.¹⁶ Uzasadnieniem takiego zachowania sprawcy może być to, iż osoby te posiadają niską samoocenę, a wszelkiego rodzaju odrzucenie przez innych ludzi powoduje u nich poczucie poniżenia. Chcąc zrekompensować sobie to uczucie za wszelką cenę dążą do przejęcia kontroli nad osobą, która ich odrzuciła.¹⁷

Drugim rodzajem zaburzenia dominującego u stalkerów jest narcystyczne zaburzenie osobowości. Osoby takie lubią kontrolować swoje życie, co przekłada się także na życie innych osób, np. partnerów. Wszelkie odrzucenie powoduje stan urojenia, gdyż osoby z narcystycznym zaburzeniem osobowości próbują przełożyć swój świat fantazji na świat rzeczywisty.¹⁸

Jednak nie wszyscy sprawcy stalkingu mają zaburzenia osobowości, nawet jeśli ich zachowania są typowe dla narcyzmu czy osobowości *borderline*. Mogą one bowiem być po prostu wynikiem ukształtowania się nieprawidłowych relacji z matką i ojcem, ale bez rozwinięcia się zaburzeń osobowości. Zjawisko to występuje u osób, które w dzieciństwie nie były otaczane właściwą opieką fizyczną oraz wsparciem emocjonalnym ze strony rodziców. Dziecko przystosowało się w związku z tym do świata, w którym zachowania opiekunów nie są przewidywalne i stabilne. W ten sposób wytworzyło swój własny świat, w którym jedynym celem było odzyskanie uwagi i zainteresowania rodziców. W późniejszym wieku, tym samym celem służyło manipulowanie rodzicami, m.in. poprzez szantaże, groźby i autodestrukcję.¹⁹ Działania sprawców stalkingu mogą wynikać także z sytuacji, w jakiej się znaleźli. Determinująco mogły bowiem zadziałać takie czynniki, jak: samotność, izolacja, a także dorastanie w środowisku patologicznym.²⁰

15 M. Pathe, *Surviving stalking*, *op. cit.*, s. 11.

16 W. Woźniak, M. Lattanzi, *Stalking...*, *op. cit.*, s. 27–28.

17 J. Skarżyńska – Semaglia, *Stalking w Polsce – występowanie i charakterystyka zjawiska*, strona internetowa, <http://psychologia.net.pl/artukul.php?level=415>, dostęp dn. 18.11.2012 r.

18 D. Janus, „Nie mam problemów”, czyli o zaburzeniach osobowości, strona internetowa, <http://www.psychologia.net.pl/artukul.php?level=389>, dostęp dn. 18.11.2012 r.

19 D. Piotrowicz, *Chorobliwa miłość*, „Psychologia w teatrze życia” 2009, nr 1, s. 5.

20 M. Pathe, *Surviving stalking*, *op. cit.*, s. 19.

Z punktu widzenia socjologicznego, występowanie zjawiska stalkingu jest zarówno przyczyną, jak i skutkiem braku zaufania w społeczeństwie. Genezy stalkingu można bowiem upatrywać w konsekwencjach wzmożonej urbanizacji, która zmusiła ludzi do życia wśród nieznajomych. Egzystując w słabej integracji z najbliższym otoczeniem, jednostka staje się bardziej wrażliwa i podejrzliwa w stosunku do innych osób. W takiej sytuacji nieznani sąsiedzi są dużo częściej postrzegani jako potencjalne zagrożenie dla prywatności.²¹

Kolejną socjokulturową przyczynę występowania stalkingu wyjaśnia dość kontrowersyjny pogląd, pojawiający się w literaturze, który wiąże istnienie prześladowania kobiet z ich emancypacją. Zastąpienie dawnego systemu patriarchalnego swobodą decydowania kobiet o sobie mogło wywołać frustrację mężczyzn, którzy – nie mogąc pogodzić się z wyzwoleniem kobiet – chcą nadal mieć kontrolę nad ich życiem. Stąd też pojawiające się zachowania prześladowcze. Zatem emancypacja kobiet, a także ich wzmożona obecność w życiu publicznym, wiąże się z ich większą podatnością na bycie ofiarą niechcianego zalotnika.²²

Na gruncie badań przeprowadzonych pod kierownictwem prof. dr. hab. Andrzeja Siemaszko, odnoszących się m.in. do skutków stalkingu z perspektywy ofiary wskazano, że 70% osób doświadczyło wskutek nękania negatywnych konsekwencji w sferze psychicznej oraz fizycznej. Aż 50% ofiar zmagало się z różnego rodzaju problemami emocjonalnymi lub innymi natury psychicznej. Ponad 30% pokrzywdzonych stwierdziło, iż obawia się wyjścia z domu, a 25% zadeklarowało objawy agresji oraz rozkojarzenia. Niewątpliwie nagromadzenie negatywnych emocji spowodowanych nękaniami przyczynia się do powstania poważnych konsekwencji, które oddziałują na psychikę człowieka. Widać to zwłaszcza w tym, iż co dziewięta ofiara miała myśli lub próby samobójcze. Ponad 40% osób wskazało na zaburzenia łaknienia, a 20% zadeklarowało występowanie innych objawów fizjologicznych. Prawie 20% ofiar musiało ponieść konsekwencje w postaci zmiany pracy lub jej utraty, natomiast 12% pokrzywdzonych było zmuszonych do zmiany miejsca zamieszkania. Na skutek stalkingu wysoki odsetek osób zaczął nadmiernie spożywać używki, a mianowicie 35% ofiar paliło papierosy, 11% spożywało alkohol, a 25% zażywało leki uspokajające lub brało narkotyki.²³

21 P. Mullen, M. Pathe, R. Purcell, *Stalkers...*, *op. cit.*, s. 12–14.

22 *Ibidem*, s. 12–14.

23 B. Gruszczyńska, M. Marczewski, P. Ostaszewski, A. Siemaszko, D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking w Polsce. Rozmiary – Formy – Skutki*, [w:] *Stosowanie prawa. Księga jubileuszowa z okazji XX-lecia Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości*, A. Siemaszko (red.), Warszawa 2011, s. 840–842.

IV. Profil sprawców stalkingu

Uwzględniając różne czynniki uzasadniające występowanie stalkingu, stworzony został katalog profili sprawców stalkingu. Pierwszym z nich jest sylwetka tzw. „odrzuconego” (*rejected*), m.in. przez małżonka, partnera. Jego działania podyktowane są tym, iż druga strona chce zakończyć dany związek. Stalker początkowo próbuje załagodzić sytuację, dążąc do osiągnięcia porozumienia lub wymierzenia tej osobie „nieszkodliwej kary”. W większości przypadków natura związku pomiędzy stalkerem typu *rejected* a ofiarą opierała się na relacjach intymnych. Mógł to jednak być także inny rodzaj związku, w który odrzucony partner zainwestował pokłady emocjonalne. Przykładem może być relacja z bliskim przyjacielem, współpracownikiem, członkiem rodziny, a także związku, takie jak: nauczyciel – uczeń, lekarz – pacjent. Stalker motywowany jest przez żal oraz uczucie niesprawiedliwości i upokorzenia. Niektórzy sprawcy zdają sobie sprawę, iż utracony związek jest niezastąpiony. Wiedzą, że prześladowanie nie zjednoczy ich ponownie ani nie uratuje relacji, ale – w przekonaniu stalkera – utrzyma ich w kontakcie. Sprawcom, którzy nie mogą pogodzić się z rozstaniem, stalking będzie zastępować związek i stworzy złudną nadzieję bliskości. Zazwyczaj „odrzucony” stalkerzy sami siebie uważają za ofiarę, a prześladowanie dokonywane z ich strony tłumaczą jako prowokację. Należy dodać, iż „odrzucony” stosują największe spectrum zachowań składających się na stalking, a determinacja uprzykrzenia życia eks-partnerowi będzie wyrażała się w zachowaniach naruszających prywatność ofiary: śledzenia jej, zbliżania się, wysyłania dużej liczby listów i sms-ów.²⁴

Kolejny profil sprawcy stalkingu nazywany jest „poszukiwaczem intymności” (*intimacy seeker*). Głównym celem tego typu stalkerów jest nawiązanie nowej bliskiej relacji lub podtrzymanie dawnej znajomości, istniejącej kiedyś pomiędzy ofiarą a sprawcą. W dążeniu do swego celu stalkerzy idealizują swoją ofiarę, przypisując jej cechy, które zdaniem sprawcy są najlepsze, choć nie zawsze zgodne z rzeczywistością. Dodatkowo „poszukiwacze intymności” są wytrwali w swoich dążeniach, gdyż nie zniechęca ich negatywna reakcja ofiary. Ten rodzaj stalkerów to często osoby samotne, pozbawione doświadczenia intymności. Zarówno sam akt stalkingu, jak i nadzieja na związek z ofiarą zdają się być swoistym lekiem na ich samotność. Należy zaznaczyć jednak, iż nie wszystkie osoby samotne stają się prześladowcami, a zatem uczucie izolacji odczuwane przez jednostkę nie może być przyczyną objawiania się zachowań związanych ze stalkingiem. Niewątpliwie symptomem tego typu działań jest zaburzenie osobowości: stalker tworzy imaginację związku z osobą, która odrzuca jego starania. Związane jest to z interpretowaniem

24 P. Mullen, M. Pathe, R. Purcell, *Stalkers...*, op. cit, s. 19–21.

przez stalkera negatywnych reakcji ofiary jako reakcji pozytywnych i zachęcających do dalszego działania.²⁵

Erotoman to kolejny przykład profilu stalkera, który jest zbliżony do poprzedniego, pod względem zachowania prezentowanego przez sprawcę. Wynika ono jednak bardziej z choroby psychicznej, np. schizofrenii, pewnego rodzaju manii, a nawet defektów mózgu. Erotoman uważa, że jego miłość do ofiary jest odwzajemniona. Ten rodzaj sprawców wybiera sobie na ofiarę najczęściej osoby atrakcyjne fizycznie i o wyższym statusie społecznym niż on sam. Niektórzy erotomani nie żyją wyobrażeniami czy imaginacją przeżytej relacji intymnej z osobą, ale dopiero jej poszukują, a przykładem tego jest stalker Jodie Foster. Warto dodać, iż ci prześladowcy przejawiają determinację podobną do „odrzuconych”, gdyż związek z ofiarą stanowi cel ich życia. Część z nich będzie zabiegać o uwagę ofiary na przestrzeni kilku, a nawet kilkunastu lat.²⁶ Jednak zdaniem B. Hołysta połączenie erotomanii ze stalkingiem nie jest zasadne, z racji braku w nękanii problemu medycznego. Nie należy bowiem rozpatrywać stalkingu z perspektywy wszelkiego rodzaju zaburzeń mających podłoże psychiczne, gdyż przyczynia się to do braku odpowiedzialności sprawcy za swoje działania, a także zmienia obraz tego prześladowania i nie wyjaśnia istoty rzeczy.²⁷

Następny profil stalkera to „nieudolny adorator” (*incompetent suitor*), będący w rzeczywistości pseudoadoratorem, który zabiega o obiekt uczuć w nieodpowiedni sposób, co w konsekwencji daje efekt przeciwny do zamierzonego. Stalkerzy w tej grupie to często osoby ze słabymi zdolnościami w nawiązywaniu bliskich relacji. Kieruje nimi silne uczucie chęci stworzenia związku z osobą, którą uznali za interesującą, bez względu na jej uczucia. Przeświadczenie, iż dana relacja im się należy, czyni ich niestrudżonymi w dążeniach. Ich preferowany sposób komunikacji to kontakt bezpośredni. Dodatkowo zauważono, iż „nieudolnych adoratorów” można podzielić na dwie grupy: osoby widzące w nękanii cel swego życia, bez względu na powzięte w tym zakresie środki oraz osoby zabiegające o zgodę ofiary na randkę czy intymne spotkanie.²⁸

Kolejna charakterystyka sprawców stalkingu obejmuje tzw. osoby „urazone” (*resentful*). W działaniu tych stalkerów widoczna jest chęć zemsty na ofierze i wzbudzenie u niej maksymalnego strachu. Motywacja sprawcy do wyrządzenia krzywdy ofierze może wybiegać poza ramy nienawiści względem jednostki i odnosić się do nienawiści wobec systemu, korporacji, większej grupy. Nie będzie zatem dziwił fakt, że stalker posiadający tak wielką chęć zemsty nie dostrzega tego, że obarcza winą bezbronne osoby. W rzeczywistości jest bowiem odwrotnie,

25 M. Pathe, *Surviving stalking*, *op. cit.*, s. 22–23.

26 *Ibidem*, s. 23–24.

27 B. Hołyst, *Psychologia...*, *op. cit.*, s. 735.

28 M. Pathe, *Surviving stalking*, *op. cit.*, s. 25.

a mianowicie stalker widzi siebie jako ofiarę. „Urażeni” prześladowcy posługują się najczęściej groźbami, choć rzadko je spełniają – w obawie przed konsekwencjami prawnymi.²⁹

Ostatnią grupę sprawców stalkingu stanowią „drapieżni” stalkerzy (*predatory*), którzy – zgodnie z amerykańskimi badaniami – stanowią 5% wszystkich stalkerów. Pomimo ich stosunkowo małej liczebności, to właśnie ich działania są najczęściej przedstawiane przez media. Motywem nękania są pobudki seksualne, a sam stalking jest sposobem na poczucie przewagi nad ofiarą. Stwierdza się również, iż często nękanie daje stalkerowi satysfakcję seksualną, np. poczucie podniecenia podczas telefonowania do ofiary, a w niektórych wypadkach stalking może mieć charakter zapowiedzi ewentualnej napaści seksualnej. Większość „drapieżnych” stalkerów cierpi na zaburzenia seksualne oraz ma za sobą procesy o napaści seksualne.³⁰

V. Prawnokarna problematyka stalkingu

Na gruncie prawa polskiego, sposobem walki ze stalkingiem od 2011 r. jest art. 190a k.k., którego § 1 brzmi: „Kto przez uporczywe nękanie innej osoby lub osoby jej najbliższej wzbudza u niej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia lub istotnie narusza jej prywatność, podlega karze pozbawienia wolności do 3 lat”.³¹ Został on wprowadzony ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny. M. Filar zauważył, iż taka budowa przepisu wprowadza wiele wątpliwości i nie daje konkretnej odpowiedzi, co tak naprawdę jest penalizowane, gdyż jego zdaniem art. 190a k.k. zawiera wiele niedookreślonych i nieostrych pojęć, które dodatkowo są wyjaśniane przez inne niejasne pojęcia.³² Wskazano również, iż intencją ustawodawcy wprowadzającego art. 190a k.k. było spenalizowanie czynu zabronionego, dającego się określić jedynie za pomocą kategorii ocennych, co powodować będzie konieczność ciągłego odwoływania się do doktryny oraz orzecznictwa. Zarzuca się wobec tego ustawodawcy nieprzestrzeganie normatywnej zasady określoności czynu zabronionego przez ustawę.³³

Jednym ze znamion przestępstwa stalkingu jest „uporczywe nękanie”. Zdaniem ustawodawcy wyrażonym w uzasadnieniu do projektu tej ustawy, takie sformułowanie w pełni oddaje sens postępowania stalkera, gdyż wskazuje na

29 *Ibidem*, s. 26–27.

30 M. Pathe, *Surviving stalking*, *op. cit.*, s. 28.

31 Kodeks karny – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz.U. Nr 88, poz. 553 ze zm.).

32 M. Budyn-Kulik, Kodeks karny. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, wersja online, Lex., pkt 17.

33 J. Długosz, O zasadności kryminalizacji tzw. stalkingu, [w:] *Tożsamość polskiego prawa karnego*, S. Pikulski, M. Romańczuk-Grocka, B. Orłowska-Zielińska (red.), Olsztyn 2011, s. 253.

powtarzalność zachowań, które dręczą ofiarę, przez co ograniczają jej wolność.³⁴ Jednak pojawiały się głosy sprzeciwu przed umieszczeniem przymiotnika „uporczywe”, gdyż samo określenie „nękać” wskazuje na szereg zachowań, a dodatkowe wymagania ustawowe uniemożliwiąc będą stosowanie art. 190a k.k. w praktyce.³⁵ Utrudnione byłoby jednak liczebnikowe wskazanie liczby czynów popełnianych przez stalkera, bowiem sprawca może działać z dużą intensywnością, co uniemożliwia wyodrębnienie jego poszczególnych działań.

Przez „uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia” należy rozumieć: „brak poczucia bezpieczeństwa u pokrzywdzonego, wynikający z wielokrotnych, natarczywych i nawracających zachowań podjętych przez nękającego”.³⁶ M. Mozgawa zauważa, iż to znamię zostanie wypełnione w sytuacji, gdy ofiara nękania zacznie odczuwać lęk i podejmie działania mające na celu jego zminimalizowanie, wskutek zmiany relacji z innymi osobami lub szukania pomocy u lekarza, jak również w przypadku, gdy nie występuje u ofiary stalkingu poczucie zagrożenia, np. z powodu bycia tzw. osobą silną psychicznie.³⁷ Ustawodawca bowiem nie określa, jak bardzo ofiara powinna czuć się zagrożona, gdyż mogą to być zarówno stany zaniepokojenia, jak i przerażenia.³⁸ Wskazywana w tej kwestii konieczność zasięgnięcia opinii „wzorcowego obywatela”, a więc policji i prokuratury – na etapie postępowania przygotowawczego – oraz sądu – na etapie postępowania sądowego – może napotykać wiele trudności. „Wzorcowy obywatel” nie znajduje się w tej samej sytuacji co ofiara, a więc nie może ocenić, czy zachowanie stalkera może budzić poczucie zagrożenia, czy nie. Stąd wnioskować można, iż zanim nie ukształtuje się jednolita linia orzecznicza, większość wpływających do sądu spraw będzie rozstrzygana na korzyść pokrzywdzonego.

Typem podstawowym przestępstwa stalkingu penalizowanym w art. 190a § 2 k.k. jest natomiast podszywanie się pod inną osobę, wykorzystanie jej wizerunku lub innych danych osobowych w celu wyrządzenia jej szkody majątkowej lub osobistej. Zdaniem ustawodawcy konieczne było umieszczenie tego typu negatywnych zachowań w odrębnym paragrafie, ponieważ np. wykorzystanie danych osobowych może być działaniem jednorazowym, w odróżnieniu od wielokrotnego, uporczywego nękania.³⁹ Sprawca stalkingu może wykorzystać cudzy wizerunek lub dane osobowe swojej ofiary, w celu jej prześladowania, co wiąże się z nieuprawnionym korzystaniem z nich. A. Sakowicz zauważa zasadność takiej

34 Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, druk 3553, strona internetowa <http://ww2.senat.pl/k7/dok/sejm/072/3553.pdf>, dostęp dn. 17.11.2012 r., s. 6.

35 M. Mozgawa, Opinia w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, druk sejmowy nr 3553, opinia dostępna na stronie internetowej Sejmu, s. 6.

36 Uzasadnienie..., *op. cit.*, s. 7–8.

37 M. Mozgawa, Opinia..., *op. cit.*, s. 7.

38 M. Budyn–Kulik, Kodeks karny..., *op. cit.*, pkt 28.

39 Uzasadnienie..., *op. cit.*, s. 10.

regulacji na gruncie prawa karnego, gdyż konieczne jest zapewnienie jak najszerzej ochrony wizerunku.⁴⁰ Przed wprowadzeniem art. 190a § 2 k.k. wizerunek podlegał jedynie ochronie na kanwie prawa cywilnego, na podstawie przepisów dotyczących ochrony dóbr osobistych. Dodatkowo art. 81 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych z 4 lutego 1994 r. zapewniał ochronę wizerunku przed bezprawnym jego rozpowszechnianiem.⁴¹

Przestępstwo przywłaszczenia tożsamości zagrożone jest taką samą karą jak przestępstwo z art. 190a § 1 k.k., a mianowicie karze pozbawienia wolności do 3 lat. Natomiast ustawowa różnica w wymiarze kary występuje w przypadku typu kwalifikowanego uregulowanego w art. 190a § 3 k.k., gdyż zagrożenie karą wynosi w tym przypadku od roku do 10 lat pozbawienia wolności. Ustawodawca przewidział takie granice sankcji, jeżeli następstwem czynu określonego w § 1 i § 2 jest targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie. Uzasadnił to tym, iż „granice ustawowego zagrożenia zostały określone na tym poziomie dla zapewnienia pełnej spójności z innymi rozwiązaniami kodeksowymi, w szczególności do sankcji przewidzianej w art. 151 k.k., która za doprowadzenie do targnięcia się na własne życie za pośrednictwem namowy lub udzielenia pomocy przewiduje odpowiedzialność karną w granicach od 3 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności”.⁴²

Należy także wskazać, iż przestępstwa z art. 190a § 1 i § 2 k.k. są ścigane na wniosek pokrzywdzonego. Wynika to z faktu, iż przestępstwa te są czynami godzącymi w sferę wolności i intymności człowieka.⁴³ Natomiast art. 190a § 3 k.k. przewiduje tryb ścigania publicznoskargowy z urzędu, z racji większej wartości przedmiotu ochrony w tym wypadku, a mianowicie zdrowia i życia człowieka.⁴⁴

VI. Podsumowanie

Penalizacja stalkingu i wprowadzenie art. 190a k.k. ma swoich zwolenników i przeciwników. Podnosi się z jednej strony, iż dotychczasowe sposoby karania stalkerów – na podstawie innych przepisów kodeksu karnego i kodeksu wykroczeń – wypełniały swoje zadanie, a dokonana zmiana i wprowadzony art. 190a k.k. stał się jedynie narzędziem do walki z eks-partnerem. Z drugiej strony, art. 190a k.k. może wpływać prewencyjnie na potencjalnych sprawców, którzy dzięki temu powstrzymają się od zachowań prześladowczych. Jednakże nie zawsze sama świadomość karalności czynu spowoduje zmniejszenie liczby popełnianych

40 A. Sakowicz, Opinia prawna o zmianie ustawy – Kodeks karny, [http://orka.sejm.gov.pl/IEKSBAS.nsf/0/C1257806003D0075C1257806003EE8F2/\\$file/i2133-10.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/IEKSBAS.nsf/0/C1257806003D0075C1257806003EE8F2/$file/i2133-10.pdf), dostęp dn. 17.11.2012 r., s. 7.

41 Ustawa z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.).

42 Uzasadnienie..., *op. cit.*, s. 11.

43 *Ibidem*, s. 11.

44 M. Budyn-Kulik, Kodeks karny..., *op. cit.*, pkt 78.

przestępstw, zwłaszcza mając to na uwadze w kontekście stalkingu. Uporczywe nękanie jest bowiem rozumiane jako pewien typ uzależnienia, przy czym tym środkiem uzależniającym jest druga osoba. Tak samo jak alkoholikowi trudno przestać nadużywać alkohol, tak samo stalker może nie obawiać się ewentualnych konsekwencji swojego postępowania. Stąd wniosek, iż konieczne jest wcześniejsze poddanie sprawcy terapii psychologicznej i psychiatrycznej.

BIBLIOGRAFIA

1. Budyn-Kulik M., Kodeks karny. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, wersja online, Lex.
2. Chlebowska A., Nalewajko P., Stalking – zarys problemu oraz analiza rozwiązań ustawodawcy niemieckiego, austriackiego, polskiego, „Prokurator” 2010/2011, nr 4(44)/1(45).
3. Długosz J., O zasadności kryminalizacji tzw. stalkingu, [w:] Tożsamość polskiego prawa karnego, Pikulski S., Romańczuk-Grocka M., Orłowska-Zielińska B. (red.), Olsztyn 2011.
4. Gruszczyńska B., Marczewski M., Ostaszewski P., Siemaszko A., Woźniakowska-Fajst D., Stalking w Polsce. Rozmiary – Formy – Skutki, [w:] Stosowanie prawa. Księga jubileuszowa z okazji XX-lecia Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, Siemaszko A. (red.), Warszawa 2011.
5. Hołyst B., Psychologia kryminalistyczna, Warszawa 2009.
6. Kosińska J., Prawnokarna problematyka stalkingu, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 10.
7. Mullen P., Pathe M., Purcell R., Stalkers and their victims, Cambridge University Press 2009.
8. Pathe M., Surviving stalking, Cambridge 2002.
9. Piotrowicz D., Chorobliwa miłość, „Psychologia w teatrze życia” 2009, nr 1.
10. Wielki słownik polsko-angielski, Oxford 2002.
11. Woźniak W., Lattanzi M., Stalking – między przemocą a uzależnieniem, Konstantynów Łódzki-Kutno 2010.
12. Woźniakowska-Fajst D., Prawne możliwości walki ze zjawiskiem stalkingu – czy w prawie polskim potrzebna jest penalizacja prześladowania, „Archiwum Kryminologii” 2009, tom XXXI.
13. Ustawa z 4 lutego 1994 r. – o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.).
14. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553 ze zm.).

STALKING FROM AN INTERDISCIPLINARY PERSPECTIVE

Stalking is interdisciplinary phenomenon, and therefore in order to fully understand it, one needs to be equipped with psychological, sociological and criminological background knowledge.

Stalking differs from other crimes in that it usually involves different forms of psychological harassment: threats, following, monitoring, destroying the victim's possessions as well as resorting to the harassment of people close to the victim. Stalkers can make use of different equipment such as cameras, computers, mobile phones, GPS devices and also more specific devices enabling them to hack into someone's computer and gain access to private data. The presented variety of behaviours that stalking usually involves makes it difficult to assess it applying a standard case-based approach. There is also great difficulty in foreseeing all the possible actions the culprit may resort to.

The approach to the phenomenon of stalking has changed. As a result, no longer is a pushy suitor and his advances towards an admired woman treated nor seen as merely a reason for feeling flattered. The right to privacy gives us the freedom of deciding what we want to do and also in principal guarantees that others cannot invade our personal space. Hence, stalking to any degree should not be accepted by the society and law.

Key words: threat, stalker, victim, harassment

STRES ZAWODOWY NARASTAJĄCYM ZJAWISKIEM W MIEJSCU PRACY

„Każdy ma prawo do szczęścia,
Ale nie każdy ma szczęście do prawa”
Werner Heisenberg¹

I. Wstęp

Prawo stoi na straży porządku publicznego, w tym zawodowego. Teoretycznie jest to prawda, ale często zdarza się, że prawo nie do końca jest przestrzegane w wielu dziedzinach życia. Odbija się to bardzo niekorzystnie na relacjach międzyludzkich, co pociąga za sobą daleko idące konsekwencje zdrowotne. Nie ma osoby, która w swoim życiu nie doświadczyłaby działania stresu, czy to w pracy, czy w życiu osobistym. Jak stwierdził Jan Paweł II: *praca ludzka stanowi klucz i to chyba najistotniejszy klucz do całej kwestii społecznej*.² Każdy z nas w odmienny sposób reaguje i przeżywa sytuacje stresogenne. Także próg odporności w tej kwestii jest zróżnicowany. Tempo współczesnego świata jest czynnikiem sprzyjającym występowaniu szeregu nieprzewidzianych sytuacji mogących wywołać dyskomfort psychiczny w postaci lęku, niepokoju, a nawet paniki.³ Ciągły rozwój cywilizacyjny, technologiczny i społeczny powoduje, że zmieniają się miejsca i warunki pracy.⁴

1 Werner Heisenberg (1901–1976) – niemiecki fizyk, teoretyk i filozof nauki, twórca mechaniki kwantowej.

2 Jan Paweł II, *Laborem exercens*, Poznań 1981, n. 3.

3 Życie ludzkie nacechowane jest nieustanną troską o sprawy osobiste czy zawodowe. Wiąże się z tym faktem pewnego rodzaju niebezpieczeństwo w różnych płaszczyznach. Człowiek świadomie dokonuje pewnych ryzykownych wyborów. Żyjemy, jak określił znany socjolog P. Sztompka: w świecie wyprodukowanego ryzyka, które jest ceną postępu cywilizacyjnego i technicznego. P. Sztompka, *Socjologia. Analiza społeczeństwa*, Kraków 2007, s. 576.

4 Por. Dyrektywa 89/391/EWG – dyrektywa ramowa dotycząca bezpieczeństwa i ochrony zdrowia w miejscu pracy z dnia 12 czerwca 1989 r. w sprawie wprowadzenia środków w celu poprawy bezpieczeństwa i ochrony zdrowia pracowników w miejscu pracy. Przyjęta w 1989 r. europejska dyrektywa ramowa dotycząca bezpieczeństwa i ochrony zdrowia w miejscu pracy (dyrektywa 89/391/EWG) była znaczącym krokiem w dążeniu do podniesienia poziomu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia w miejscu pracy. Gwarantuje wprowadzenie w całej Europie minimalnych wymogów w zakresie bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, które państwa członkowskie mogą utrzymać lub w odniesieniu do których mogą wprowadzić bardziej rygorystyczne środki.

Stres w równym stopniu dotyczy pracowników i pracodawców. Człowiek w pracy przeżywa różne napięcia emocjonalne, które wywołują zarówno zwiększoną chęć do jej wykonania, jak i spadek zainteresowania jej procesem i rezultatami.⁵ Te różne napięcia, pozytywne i negatywne, wywołują u człowieka stres. Prognozy wskazują, że rola właściwych psychospołecznych warunków pracy w kształtowaniu bezpiecznego i zdrowego miejsca pracy w przyszłości będzie rosła.⁶

II. Próba zdefiniowania pojęcia stresu

Stres wywołany przez pracę jest poważnym problemem społecznym. Odbija się na funkcjonowaniu całej firmy oraz przekłada się w znacznym stopniu na życie osobiste. Przemęczony i zestresowany pracownik jest bardziej podatny na choroby, zwiększa się ryzyko wypadków przy pracy. Następuje również obniżenie wydajności pracy. Źródła stresu mogą mieć podłoże zarówno fizyczne, jak i psychospołeczne. Zatem, by rozpocząć omawianie występowania stresu w miejscu pracy, należy podjąć próbę zdefiniowania tego zjawiska. Stres jest nieodłącznym elementem życia człowieka: towarzyszy każdemu z nas przez całe życie – od niemowlęstwa aż do późnej starości. Czasem odczuwamy go jako stan męczący i dezorganizujący nasze działania, zaś w innych sytuacjach jedynie jako czynnik pobudzający nas do aktywności. Czym właściwie jest stres?

Otóż stres jest określanym w psychologii jako dynamiczna *relacja adaptacyjna* pomiędzy możliwościami jednostki a wymogami sytuacji (stresorem), charakteryzująca się brakiem równowagi. Odnosi się on do relacji między człowiekiem i jego otoczeniem. Jeśli człowiek uważa, że jego otoczenie nie jest dla niego korzystne lub w jakimś stopniu zagraża (realnie lub potencjalnie) jemu samemu lub jego dobrostanowi, stan ten określa się mianem stresu. Inaczej mówiąc, powodem stresu jest zakłócenie równowagi między wymaganiami, jakie człowiek stawia otoczeniu, a możliwościami ich spełnienia. Jeśli w otoczeniu – społecznym, ekonomicznym, zawodowym, ekologicznym czy jeszcze innym – nie ma możliwości spełnienia oczekiwań, to dana osoba czuje się zagrożona w realizacji swoich pragnień, ambicji czy potrzeb życiowych. Przy czym przeświadczenie o tym, czy dana sytuacja jest stresowa czy nie, zależy od indywidualnego poczucia danego człowieka.⁷ Dwie różne osoby będące w tej samej sytuacji mogą w inny sposób odczuwać stres,

5 Por. <http://osha.europa.eu/topics/stress> z dnia 22.11.2012. Stres jest drugim najczęściej odnotowywanym problemem zdrowotnym związanym z pracą zawodową. Niemal co czwarty pracownik w UE odczuwa skutki stresu. Z badań wynika, że 50–60% wszystkich traconych dni roboczych ma związek ze stresem. Jest prawdopodobne, że wzrosnie liczba osób uskarżających się na stres w pracy. Tamże.

6 Por. M. Gólcz, *Stres w pracy, Poradnik dla pracodawcy*, Warszawa 2007, s. 34.

7 S. Bonino, A. Lo Coco, F. Tani, *Empatia processi di condivisione delle emozioni*, Firenze 1998, s. 9–10; A. Rosati, G. Magro, *Stress e burnout*, Roma 1999, s. 43.

zależy to bowiem od tego, jak konkretna jednostka ocenia wielkość zagrożenia swojego dobrostanu i jak to zagrożenie toleruje.

Podejmowanie zachowań zaradczych jest próbą przywrócenia równowagi. W terminologii medycznej, stres jest zaburzeniem homeostazy spowodowanym czynnikiem fizycznym lub psychologicznym. Czynniki powodującymi stres mogą być czynniki umysłowe, fizjologiczne, anatomiczne lub fizyczne. Stres jest naturalną, nieuniknioną częścią naszego życia. Hans Selye podkreśla, że stres jest normalną reakcją biologiczną każdego organizmu – normalnym fizjologicznym zjawiskiem związanym z procesami życia. Brak reakcji stresowej oznacza śmierć organizmu. Stres towarzyszy każdemu z nas. Jest naturalną reakcją na codzienne wyzwania i życiowe zmiany – nie tylko negatywne, ale i pozytywne. Zjawisko to Selye nazywał mianem niewydolności tzw. syndromu ogólnej adaptacji i opisał je w pierwszej swojej książce na temat stresu, zatytułowanej *The Stress of Life*. Selye twierdził, że wszystkie czynniki, na które jesteśmy wystawieni, powodują swoiste działanie oraz nieswoisty wzrost potrzeby spełnienia funkcji przystosowawczych i powrotu do stanu normalnego. Selye dzielił stres na dwa rodzaje: dystres – przykry, powodujący uszkodzenia oraz eustres – mobilizujący pozytywnie do działania.⁸ Stresujący jest zarówno egzamin na studia, jak i obrona pracy dyplomowej, ale również pierwszy dzień w pracy oraz jej utrata. Jednym ze sposobów na udane życie jest umiejętność radzenia sobie ze stresem. To nie sam stres jest niebezpieczny dla człowieka, ale to jak na niego reagujemy.⁹ Bardzo często stres jest wywoływany poprzez negatywne myślenie.¹⁰ Jeśli interpretujemy nową sytuację myśląc: *na pewno sobie nie poradzę*, wtedy istnieje znacznie mniejsza szansa na efektywne zadziałanie, niż gdy postrzegamy nową sytuację jako taką, z którą można sobie poradzić.¹¹

Istnieje kilka definicji stresu, które można ująć w trzy podstawowe kategorie:

- stres jako bodziec – przykry, przeszkadzający i odrywający od aktywności: ta kategoria próbuje opisać różnorodne, nieprzyjemne sytuacje wywołujące

8 Por. H. Selye (tłum. J. Guzek, R. Rembiesa), *Stres życia*, Warszawa 1963, s. 168. Przyczyny pewnych chorób są swoiste. Mogą nimi być pewne czynniki działające bezpośrednio, jak drobnoustroje, trucizny lub jakiegokolwiek czynniki fizyczne. Znacznie większa liczba chorób nie jest wywołana jakimś szczególnym czynnikiem – powstają one w wyniku reakcji organizmu na szczególne sytuacje życiowe. Por. Tamże.

9 Według Dr H. Selye oddziaływanie wielu bodźców odczuwamy jako przyjemne (ekscytujące) albo jako nieprzyjemne, ale nieprzekraczające pewnej granicy. Zjawisko to nazywamy *eustresem*. Eustres jest potrzebny – pobudzając nas wzmacnia nasze reakcje, podnosi próg naszej reaktywności. Umożliwia skuteczne działanie. Każdy z nas potrzebuje niezbędnego poziomu stymulacji, by móc sprostać wyzwaniom i reagować odpowiednio do sytuacji, w jakiej się znajduje. Negatywny jest dopiero taki strumień bodźców, który przekracza pewną granicę naszej indywidualnej wytrzymałości. Zjawisko to nosi nazwę *dystresu*.

10 Por. S. Briers (tłum. K. Zimnoch), *Pokonaj depresję, stres i lęk. Czyli terapia poznawczo-behawioralna w praktyce*, Warszawa 2011, s. 31–32. Autor zaznacza: jak wiele myśli odpowiedzialnych za niechciane emocje przychodzi człowiekowi do głowy bez jego woli. Myśli te określone są mianem NAT (Negative Automatic Thoughts) – czyli automatycznych myśli negatywnych. Por. Tamże.

11 Por. M. Beisert, *Przejawy, mechanizmy i przyczyny wypalenia się pielęgniarak*, [w:] *Wypalenie zawodowe, Przyczyny i zapobieganie*, H. Sęk (red.), Warszawa 2007, s. 185–186.

stres, np. hałas w miejscu pracy, przykre wydarzenie wydalenia z pracy lub choroba,

- stres jako reakcja na przykry bodziec ze środowiska zewnętrznego: ta kategoria próbuje opisać reakcje, które pojawiają się w ciele i umyśle człowieka w odpowiedzi na nieprzyjemne sytuacje, np. gorsze wykonanie zadania,
- stres jako dynamiczna relacja pomiędzy człowiekiem a otoczeniem – która może być oceniana przez jednostkę albo jako wymagająca określonego wysiłku adaptacyjnego, albo przekraczająca możliwości jej sprostania.¹²

Czynniki stresogenne mogą być:

- zewnętrzne – presja środowiska, przytłaczająca ilość zajęć, zmiana szkoły lub mieszkania, złe warunki pracy, monotonia pracy,
- wewnętrzne (tkwiące w jednostce) – nierealistyczne oczekiwania, brak poczucia sprawowania kontroli, przynależności, kwalifikacji, przesady, kompleksy, nieodpowiednie nawyki.¹³

Stres w pracy jest powszechnie uznawany za wynik relacji pomiędzy wymaganiami środowiska a możliwościami i potrzebami pracownika.¹⁴ Skutki stresu (szczególnie długotrwałego) nie są obojętne dla zatrudnionych. Dlatego należy dołożyć wszelkich starań, aby zniwelować jego niekorzystne następstwa.

III. Konsekwencje stresu

Stres jest jednym z wielu potencjalnych wyznaczników zdrowia. Nie jest on zjawiskiem nowym, a towarzyszy człowiekowi od początku jego życia. Często określa się go jako pewien psychiczny stan człowieka, będący pochodną reakcji na uwarunkowania środowiskowe.¹⁵ Stres związany z pracą jest poważnym problemem na całym świecie, w tym także w Europie. Ogromny postęp techniki w ostatnich dziesięcioleciach, oprócz osiągnięć wzbogacających sferę życia człowieka przyniósł także nowe zagrożenia i uciążliwości. Jakże trafnie określił ten fakt Jan Paweł II mówiąc: *człowiek dzisiejszy zdaje się być stale zagrożony przez to, co jest jego*

12 Por. Ch. Maslach, M. Leiter (tłum. M. Dąbrowska–Guzowska), *Prawda o wypaleniu zawodowym. Co robić ze stresem w organizacji*, Warszawa 2011, s. 42–43.

13 Por. Ch. Maslach, M. Leiter (tłum. K. Braksal), *Pokonać wypalenie zawodowe. Sześć strategii poprawienia relacji z pracą*, Warszawa 2010, s. 28; J. Terelak, *Psychologia stresu*, Bydgoszcz 2001, s. 461.

14 Por. R. Lazarus, *Psychological stress in the workplace*, „Journal of Social Behavior and Personality” 1991, No 6, s. 7, M. Hartley (tłum. P. Żak), *Stres w pracy*, Kielce 2005, s. 135–136. Objawy wypalenia zawodowego pojawiają się i narastają powoli, przez długi okres czasu. Mogą obejmować sferę psychiczną i/lub fizyczną, a tym samym wpływać na zachowanie w pracy i w środowisku rodzinnym. Por. Tamże.

15 Por. J. Łodzińska, *Stres zawodowy narastającym zjawiskiem społecznym*, *Seminare. Poszukiwania naukowe*, t. 28 (2010), s. 135.

własnym wytworem.¹⁶ Obok klasycznych szkodliwości fizycznych czy chemicznych w firmach występują także zagrożenia psychofizyczne i biologiczne. Z tego m.in. względu problematyka bezpieczeństwa i ochrony zdrowia w środowisku pracy nabiera szczególnego znaczenia. Praca, jeśli jest źródłem zadowolenia, wiąże się z poczuciem kompetencji i satysfakcji, może być czynnikiem podbudowującym psychiczną i fizyczną kondycję człowieka. W szczególnych przypadkach może stać się jednak źródłem apatii, beznadziejności, niezadowolenia z życia, może powodować poczucie niekompetencji czy niedostosowania. W ostatnich latach znacznie wzrosło zainteresowanie problematyką związaną z bezpieczeństwem pracy ze szczególnym zwróceniem uwagi na choroby zawodowe oraz wypadki przy pracy. Jest to przede wszystkim wynik narastających konsekwencji wymagań stawianych pracownikom w miejscu pracy. Przedstawiciele nauk medycznych, socjologii i psychologii oraz specjaliści od zarządzania biją na alarm. Badania przeprowadzone w krajach Unii Europejskiej wskazują, że 30% badanych pracowników obserwuje u siebie destrukcyjny wpływ aktywności zawodowej na kondycję psychofizyczną.¹⁷ Z danych Europejskiej Fundacji na rzecz Poprawy Warunków Życia i Pracy wynika, że stres związany z pracą znalazł się na drugim miejscu – zaraz po bólach pleców wśród problemów, na które uskarżają się pracownicy. Odczuwa go około 28% pracowników obojga płci we wszystkich sektorach i na różnych szczeblach zarządzania. Co ważne, stres jest przyczyną ponad 1/4 absencji chorobowych trwających ponad dwa tygodnie. Komisja Europejska wskazuje, że stres związany z pracą należy traktować jako zestaw emocjonalnych, kognitywnych, behawioralnych i psychologicznych reakcji na niechętnie i szkodliwe aspekty środowiska pracy, organizacji pracy i otoczenia pracy. Stres jest wywołany przez złe dopasowanie pomiędzy pracownikami a ich pracą, konflikty powstałe poprzez realizowanie innych ról w pracy i życiu osobistym oraz sytuacje, w których pracownicy nie mają właściwego stopnia kontroli nad swoim życiem zawodowym lub osobistym (rys. 1).

16 Wypowiedź Jana Pawła II na spotkaniu z profesorami w Papieskiej Akademii Nauk w 1979 r.

17 N. Ogińska-Bulik, Stres zawodowy w zawodach usług społecznych, Źródła – Konsekwencje – Zapobieganie, Warszawa 2006, s. 7. Co roku na świecie rozpoznaje się od 60 do 150 milionów nowych przypadków chorób związanych z pracą zawodową. Tamże.

Rys. 1 Czynniki mogące wywołać stres u pracowników



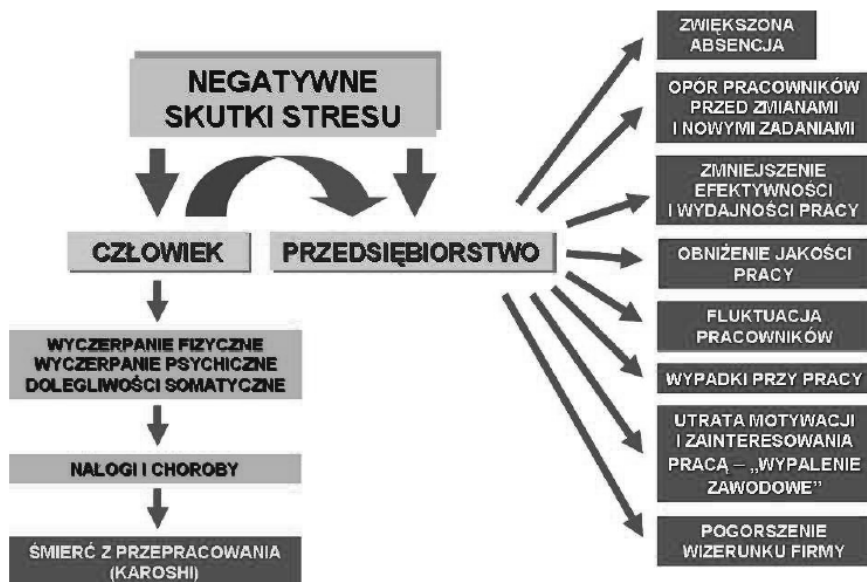
Źródło: http://www.gdansk.oip.pl/pliki/stres_w_%20pracy_arttykul_032007.pdf z dnia 27.11.2012.¹⁸

Wszystkie wskazane powyżej czynniki mogą wywoływać stan przewlekłego zmęczenia psychofizycznego, które z czasem może prowadzić do poważnych konsekwencji w stanie zdrowia pracowników, narażonych na takie zmęczenie, a w efekcie końcowym do różnych chorób (zawodowych i tzw. cywilizacyjnych).¹⁹ Należy podkreślić, że stres jest jednym z najtrudniejszych czynników do kontroli, ze względu na niemożność obiektywnego określenia dopuszczalnych wskaźników narażenia na zagrożenia psychospołeczne w środowisku pracy, tak jak to ma miejsce w odniesieniu do czynników fizycznych czy chemicznych. Co więcej, zgodnie z wiedzą medyczną, stres działa na organizm człowieka niespecyficznie, tzn. powoduje uszkodzenia tych części organizmu, które są u danego człowieka najsłabsze (czyli ten sam stres może u jednej osoby doprowadzić np. do rozstroju w układzie trawienia, a u innej osoby do zaburzeń pracy serca czy nerwobólów). Reakcja stresowa nie jest chorobą. Jest odpowiedzią organizmu na zbyt wygórowane wymagania otoczenia, w tym w pracy. Gdy reakcja stresowa pojawia się często, może jednak prowadzić do różnego rodzaju dolegliwości (rys. 2).

18 H. Batarowski, Czy warto zainteresować się problemem w pracy?, Gdańsk 2007, s. 9.

19 Por. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 czerwca 2009 r. w sprawie chorób zawodowych (Dz.U. z 2009 r. Nr 105, poz. 869 z późn. zm.).

Rys. 2. Negatywne skutki stresu



Źródło: http://www.gdansk.oiop.pl/pliki/stres_w_%20pracy_arttykul_032007.pdf z dnia 27.11.2012.²⁰

Skutki stresu mogą być różnorodne. Polegają one na zmianach nastroju i zachowania, pogorszeniu kontaktów z innymi osobami, niewywiązywaniu się z obowiązków oraz wielorakich reakcjach fizjologicznych organizmu, takich jak: wzrost ciśnienia krwi, przyspieszone lub nieregularne bicie serca, napięcie mięśni, ból głowy, karku, ramion itp.²¹ Układ nerwowy działa sprawnie, jeżeli nie zostanie naruszona jego równowaga. W przeciwnym razie mogą wystąpić choroby o różnym nasileniu i objawach. W następstwie nadmiernego obciążenia układu nerwowego nie tylko pogarsza się samopoczucie, lecz zmniejsza się także zdolność do pracy, a co za tym idzie, istnieje realne niebezpieczeństwo występowania wypadków. Mogą pojawić się także różnego rodzaju konflikty z otoczeniem zarówno w pracy, jak i w stosunkach domowych czy towarzyskich.²² Należy wziąć pod uwagę fakt, iż również w wyniku długotrwałego oddziaływania stresu może dojść do zjawiska tzn. *wypalenia zawodowego*.²³ Poważne zmiany w stanie zdrowia nie pojawiają się od razu. Są efektem wielu różnych, często wygórowanych, a występujących jednocześnie i po-

20 *Ibidem*, s. 3.

21 Por. B. Surdykowska, Stres związany z pracą, www.monitorpracy.pl z dnia 25.11.2012 r.

22 Por. A. Dzikowski, Krótki kurs higieny i bezpieczeństwa pracy, Warszawa 1971, s. 57.

23 *Wypalenie zawodowe* jest przedłużającą się reakcją stresową na chronicznie występujące stresory zawodowe. Komponentami tej reakcji jest wyczerpanie emocjonalne, deprecjonowanie innych, cynizm oraz utrata wiary we własne możliwości. C. Maslach, W.B. Schaufeli, M.P. Leiter, Job burnout, „Annual Review of Psychology” 2001, No 52 (2001), s. 397–399; J. Łodzińska, Komu grozi wypalenie zawodowe?, „Firma bez barier” 2009, nr 08, s. 8–9.

wtarzających się wymagań w pracy. Stan ciągłego napięcia z czasem prowadzi do wyczerpania fizycznego i psychicznego każdego człowieka.²⁴ Dlatego w dobrze pojętym interesie pracodawców oraz samych pracowników niezbędny jest odpowiedni dobór kadry, opracowywanie zakresów czynności zgodnych nie tylko z kwalifikacjami, ale także z indywidualnymi predyspozycjami i umiejętnościami podwładnych (nie każdy może być np. strażakiem, policjantem czy lekarzem) oraz szereg innych działań, które zostaną omówione w dalszej części artykułu.²⁵

IV. Optymalny dobór zawodowy

Nie sposób pominąć tak ważnej kwestii, jaką jest zwrócenie uwagi na cechy osobowości oraz sprawność psychofizyczną przyszłego pracownika. Dobór zawodowy jest jednym z elementów optymalizacji warunków pracy. Polega on na wyborze najlepszego, z punktu widzenia cech i predyspozycji, człowieka do wykonywania określonego zawodu. Kompetentny dobór zawodowy musi opierać się, z jednej strony, na aktualnych informacjach o wymaganiach, jakie stawiają poszczególne zawody, z drugiej zaś strony na metodach i narzędziach umożliwiających pomiar i ocenę poziomu cech i sprawności człowieka, niezbędnych do poprawnego i bezpiecznego wykonywania określonych prac i zawodów. Wszystkie te zabiegi mają służyć minimalizacji stresu zawodowego, gdyż kiedy przełożeni stawiają wymagania dostosowane do fizycznych oraz intelektualnych możliwości zatrudnionych, wtedy tacy pracownicy będą w stanie wykonać postawione przed nimi zadania. Każdy więc pracownik powinien przejść starannie zorganizowany proces przygotowania do bezpiecznego wykonywania pracy. Jak podkreśla R. Studenski, w procesie tym należy wyróżnić:

- dobór do pracy i adaptację zawodową,
- szkolenie,
- motywowanie,
- redukcję stresu zawodowego.²⁶

Nowo zatrudniony nie od razu po przekroczeniu zakładu jest samodzielnie i efektywnie pracującym członkiem załogi. Pierwsze tygodnie lub miesiące są okresem, w którym kształtują się nawyki zawodowe oraz postawy wobec firmy, przeło-

24 Por. J. Terelak, *Stres zawodowy. Charakterystyka psychologiczna wybranych zawodów stresowych*, Warszawa 2007, s. 283, M. Gólczyk, *Stres w pracy, Poradnik dla pracodawcy*, *op. cit.*, s. 6–7.

25 Por. J. Łodzińska, *Stres zawodowy narastającym zjawiskiem społecznym*, *op. cit.*, s. 134, L. Sandrin (tłum. M. Dutkiewicz-Litwiniuk), *Jak się nie wypalić pomagając innym. Sposoby przezwyciężania zespołu wypalenia zawodowego*, Kielce 2006, s. 90.

26 Por. R. Studenski, *Organizacja bezpiecznej pracy w przedsiębiorstwie*, Gliwice 1996, s. 162.

zonych, współpracowników oraz obowiązujących zasad bezpieczeństwa.²⁷ Wynika z tego, jak bardzo ważne są początki w pracy, ponieważ pracownik, jakie nawyki i przyzwyczajenia *wypracuje* na wstępie, tak dalej potoczą się jego losy w pracy. Reasumując, dobre nawyki będą powielane przez dalsze lata pracy, ale także i te złe. Jasno wynika, iż stres towarzyszy pracownikom szczególnie od pierwszych dni w pracy, ale również przez lata następne. Będzie on tym mniejszy, im pracownik lepiej pozna swoje zadania, obowiązki, którym swobodnie będzie mógł sprostać. Odpowiedni dobór zawodowy to także jedna z metod przeciwdziałania stresowi. Jest bowiem sprawdzoną i skuteczną metodą zmniejszania napięcia zawodowego zarówno w relacji pracodawca–pracownik oraz pracownik–pracownik.

Najczęstsze przyczyny chronicznego stresu w pracy to:

- przeciążenie pracą (np. gdy pracy jest zbyt dużo, zadania przekraczają możliwości, a ich wykonaniu należy poświęcać nadgodziny itd.),
- niedociążenie pracą (np. gdy praca jest zbyt monotonna, zadania proste i nieodpowiadające wykształceniu i aspiracjom itd.),
- niejednoznaczność roli (np. obowiązki pracownika nie są właściwie określone),
- konflikt roli (np. wzajemnie wykluczające się polecenia przełożonego),
- brak kontroli pracownika nad jego pracą (np. odgórnie ustalany rytm pracy, przerwy wywołują poczucie bycia jedynie *trybikiem w maszynie*),
- brak wsparcia ze strony przełożonych i współpracowników,
- złe warunki pracy (np. hałas, brak przestrzeni, zanieczyszczenie).²⁸

Stres powodowany przez pracę, jak zaznacza M. Gólcz, wpływa na funkcjonowanie całego zakładu pracy. Pracownicy oraz kadra zarządzająca doświadczający nadmiernego stresu są często wyczerpani fizycznie i psychicznie. Z tychże powodów obniża się efektywność i wydajność pracy, częściej popełniają niezamierzone błędy, są mniej chętni do wykonywania zadań, częściej korzystają ze zwolnień lekarskich lub biorą dni wolne, niejednokrotnie omijają przepisy i zasady związane z bezpieczeństwem czy polecenia służbowe, nierzadko ulegają wypadkom w pracy,²⁹ tracą zainteresowanie pracą, są mniej zaangażowani w wykonywanie codziennych obowiązków, natomiast w skrajnych przypadkach rezygnują i odchodzą z pracy.³⁰ Dalej jak stwierdza autor, chroniczny i rosnący stres w pracy jest przyczyną

27 Por. *ibidem*, s. 165.

28 N. Ogińska-Bulik, M. Kaflik-Pieróg, *Stres zawodowy w służbach ratowniczych*, Łódź 2009, s. 44–45.

29 Por. Ustawa z dnia 30 października 2002 r. o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych (Dz.U. z 2009 r. Nr 167, poz. 1322 z późn. zm.).

30 Por. M. Gólcz, *Stres w pracy, Poradnik dla pracodawcy, op. cit.*, s. 8–9.

strat i powodem eskalacji kosztów funkcjonowania przedsiębiorstwa, np.: wskutek błędnych decyzji zarządu firmy, obniżenia jakości i wydajności pracy zatrudnionych, niezrealizowanych zleceń, utraconych klientów.³¹ Wysokie są też koszty wypadków przy pracy, uszkodzonego w ich następstwie sprzętu oraz zastępstw pracowników przebywających na zwolnieniach lekarskich. Kolejne wydatki przedsiębiorstwa to koszty odpraw, kolejnego naboru, szkoleń i przygotowywania zawodowego nowych pracowników lub kadry kierowniczej.

V. Działania prewencyjne wobec zjawiska stresu

Przyjmuje się, że stres jest jedną z głównych i najbardziej powszechnych uciążliwości związanych z miejscem pracy. Powodem ograniczania stresu w pracy i niwelowania jego negatywnych skutków są nie tylko jednostkowe koszty ponoszone przez pracowników, dotyczące funkcjonowania psychologicznego, społecznego czy somatycznego. Motywacją podejmowania działań interwencyjnych wynika często z bezpośrednich finansowych kosztów stresu w pracy, z wywołanych przez stres zaburzeń w funkcjonowaniu organizacji lub, coraz częściej, z regulacji prawnych, nakładających na pracodawców obowiązek ograniczania efektów stresu związanego z pracą. Unia Europejska wykazuje bardzo dużą aktywność w przeciwdziałaniu samemu stresowi oraz jego skutkom.³² Promowane są kampanie na rzecz poprawy warunków pracy. Stres związany z pracą jest poważnym problemem nie tylko w pracy zawodowej, ale również na całym świecie, w tym także w Europie. Europejska Fundacja na rzecz Poprawy Warunków Życia i Pracy podaje, że stres związany z pracą i czynniki wpływające z jego odczucia najczęściej wpływają na kobiety, bo one najbardziej narażone są na te czynniki. Nadal trwają ciągłe analizy związane ze zjawiskiem narastającego stresu w związku z pracą. Poddaje się analizie tematykę europejskiego autonomicznego porozumienia, które ma zostać wdrożone do porządków państw członkowskich. Jest więc w dalszym ciągu najpoważniejszym problemem zawodowym w Unii Europejskiej.³³ Według najnowszych donie-

31 Por. *ibidem*.

32 Por. www.ciop.pl z dnia 25.11.2012 r. Przeprowadzane kampanie włączają pracodawców, pracowników, specjalistów bhp, służby prewencyjne, decydentów oraz inne grupy zawodowe i społeczne w działania profilaktyczne. Warto przypomnieć w tym miejscu o dotychczas zorganizowanych akcjach. W 2002 r. działania Na rzecz oceny ryzyka zawodowego, 2003 r. – Substancje niebezpieczne. Ostrożnie, w 2004 r. – Budować bezpiecznie, 2005 r. – Stop hałasowi, 2006 r. – Młodzi pracownicy – bezpieczny start oraz w 2007 r. kampania zakrojona na szeroką skalę, ze szczególnym uwzględnieniem czynności wykonywanych przez pracowników medycznych Mniej dźwięgaj.

33 Odpowiednie przepisy UE to wspomniana wcześniej Dyrektywa ramowa 89/391/EWG z dnia 12 czerwca 1989 r. w sprawie wprowadzenia środków w celu poprawy bezpieczeństwa i zdrowia pracowników w miejscu pracy znacząca, iż: pracodawcy mają obowiązek zagwarantowania bezpieczeństwa i zdrowia pracowników we wszystkich aspektach związanych z wykonywaniem obowiązków służbowych. Dyrektywa ta i związane z nią przepisy, które są konieczne na poziomie państw członkowskich, zdecydowanie plasują stres związany z pracą w obszarze prawnym bezpieczeństwa i higieny pracy. Przepisy jednoznacznie wymagają, aby do tego problemu podchodzić w równie logiczny i systematyczny sposób jak do pozostałych kwestii zdrowia i bezpieczeństwa, stosując model zarządzania ryzykiem i kładąc szczególny nacisk na działania zapobiegawcze. Dyrektywy ramowe

sień Państwowej Inspekcji Pracy stres jest jednym z najpoważniejszych problemów pracownika w miejscu pracy. Obecny postęp cywilizacji i rozwijająca się technika w świecie prowadzi do coraz większych wysiłków psychofizycznych i psychospołecznych ze strony osób pracujących zawodowo, aby zapobiec w dalszym ciągu narastającemu zjawiskowi stresu. Wiąże się to ze skutkiem podejmowania coraz to nowych wyzwań z zakresu prawa pracy na rzecz pracobiorców. Istotnym elementem są nie tylko poprawne kontakty interpersonalne, ale także wsparcie społeczne. Zdrowie zdeterminowane jest nie tylko czynnikami biologicznymi, również społecznymi oraz psychologicznymi. W badaniach empirycznych wykryto związek poziomu śmiertelności z sieciami społecznymi, wykazując korzystny wpływ czynników społecznych na długowieczność.³⁴ Nadmierny stres w miejscu pracy jest pośrednią przyczyną kłopotów finansowych i organizacyjnych pracodawcy. Kłopoty te mogą przekładać się zarówno na wizerunek, jak i pozycję firmy na rynku.³⁵ Tak więc koszty zdrowotne i psychologiczne pracowników, ale także koszty ekonomiczne skłaniają do poszukiwania skutecznych sposobów przeciwdziałania stresowi oraz ograniczenia tego zjawiska. Warunkiem takich działań jest możliwość diagnozowania stresu w miejscu pracy.³⁶ Kwestią najistotniejszą jest poznanie źródeł stresu i ich eliminacja bądź minimalizacja. Dlatego kadra kierownicza powinna podejmować różne działania antystresowe, różne środki zaradcze. Istnieje wiele sposobów pokonywania stresu. Jeżeli stres dotyczy jednostki działania naprawcze powinny być skierowane właśnie na nią, w celu:

- modyfikacji spostrzegania stresującego charakteru pracy przez osoby o wzmoczonej podatności na stres,
- restrukturyzacji środowiska pracy w kierunku lepszego dopasowania tego środowiska do możliwości i potrzeb jednostki,
- wzmocnienia ogólnej odporności pracowników na stres poprzez kreowanie właściwego stylu życia.³⁷

Warto wskazać czynniki, które mogą zapobiegać pojawieniu się stresu w pracy, tj. gdy:

- wymagania pracy (fizyczne oraz psychiczne) są zgodne z możliwościami pracownika,

90/270/EWG z dnia 29 maja 1990 r. w sprawie minimalnych wymagań w dziedzinie bezpieczeństwa i ochrony zdrowia przy pracy z urządzeniami wyposażonymi w monitory ekranowe (piąta dyrektywa szczegółowa w rozumieniu art. 16 ust. 1 dyrektywy 87/391/EWG).

34 N. Knoll, R. Schwarzer, *Prawdziwych przyjaciół... Wsparcie społeczne, stres, choroba i śmierć*, [w:] *Wsparcie społeczne, stres i zdrowie*, H. Sęk, R. Cieśluk (red.), Warszawa 2011, s. 26. Psychologia zdrowia poszukuje mechanizmów odpowiedzialnych za takie zjawiska. Ważne rozróżnienie pojęciowe dotyczy integracji społecznej i wsparcia społecznego.

35 Por. *ibidem*.

36 Por. A. Łuczak, D. Żołnierczyk-Zreda, *Praca a stres*, „Bezpieczeństwo Pracy” 2002, nr 10, s. 2–5.

37 Por. *ibidem*.

- praca jest sensowna, dostarcza właściwej stymulacji oraz daje pracownikowi szansę wykorzystania jego umiejętności,
- role zawodowe (obowiązki, zakres kompetencji) są jasno określone,
- pracownik ma szansę udziału w decyzjach i działaniach organizacyjnych związanych z jego pracą,
- sposób komunikacji w pracy jest klarowny, pracownik ma dostęp do informacji na temat rozwoju jego dalszej kariery,
- pracownik ma możliwość udziału w interakcjach społecznych.³⁸

Stres pracowniczy może być bardzo groźnym zjawiskiem niszczącym nie tylko wzajemną nić porozumienia między ludźmi, ale i ich zaangażowanie, sprawne działanie w przedsiębiorstwie, a więc także ograniczającym sprawność i efektywność jego funkcjonowania. W dobrze pojętym interesie pracodawców jest stworzenie optymalnych i bezpiecznych warunków pracy dla swoich pracobiorców.

VI. Zakończenie

Naturalnym dążeniem każdego człowieka jest życie w spokoju, bez obaw i lęku. Każdy chce egzystować, ciesząc się dobrym samopoczuciem. Koszty zdrowotne i psychologiczne pracowników, ale także koszty gospodarcze, skłaniają do poszukiwania skutecznych metod zapobiegających stresowi wraz z ograniczeniem tego zjawiska.³⁹ Stres i sposób, w jaki wpływa on na ludzi w pracy stał się ostatnio przedmiotem wielu dyskusji. Zagadnienia związane ze zjawiskiem stresu jako reakcji alarmowej na różnego rodzaju sytuacje osobiste i zawodowe są wciąż aktualne. Zapobiegnie stresowi w pracy bądź likwidowanie jego skutków wymaga wysiłku zarówno ze strony pracodawców, jak i zatrudnionych. Działania prewencyjne w stosunku do stresu nie są jednorazowe, jest to wysiłek ustawiczny. Tak jak życie toczy się każdego dnia, niosąc w darze wiele niespodzianek, tak praca nad sobą, swoimi reakcjami musi trwać. Choć droga do zapanowania nad sytuacjami stresowymi może wydawać się długa i trudna, warto podjąć ten wysiłek, gdyż w dłuższym czasie nasza efektywność zawodowa wzrośnie. Przewyciężanie zaś stresu przysporzy wiele korzyści nie tylko pracownikom (w postaci poprawy zdrowia fizycznego i psychicznego, zwiększonej zdolności do rozwiązywania problemów, większej satysfakcji z powierzonych obowiązków itp.), ale także przedsiębiorstwom. Należy podkreślić fakt, iż temat z pewnością nie został wyczerpany. Dyskusje związane ze stresem i walką z nim są wciąż toczony. Szuka się nowych rozwiązań, aby niwe-

38 D. Żołnierczyk, Jak przeciwdziałać negatywnym skutkom stresu w pracy?, „Bezpieczeństwo Pracy” 2004, nr 6, s. 10–11.

39 A. Łuczak, D. Żołnierczyk–Zreda, Praca a stres, *op. cit.*, s. 2–3.

lować skutki działań czynników stresogennych. Dlatego tak istotne jest dbanie zarówno o komfort psychiczny, jak i fizyczny pracowników, ze szczególnym uwzględnieniem w tym procesie kobiet ciężarnych oraz matek karmiących.⁴⁰ Przyjmuje się, że stres jest jedną z głównych i najbardziej powszechnych uciążliwości związanych z miejscem pracy. Powodem ograniczania stresu w pracy i niwelowania jego negatywnych skutków są nie tylko jednostkowe koszty ponoszone przez pracowników, dotyczące funkcjonowania psychologicznego, społecznego czy somatycznego. Motywacją podejmowania działań interwencyjnych wynika często z bezpośrednich finansowych kosztów stresu w pracy, z wywołanych przez stres zaburzeń w funkcjonowaniu organizacji lub, coraz częściej, z regulacji prawnych, nakładających na pracodawców obowiązek ograniczania efektów stresu związanego z pracą.⁴¹ Działania prewencyjne, antystresowe są z pewnością inwestycją we własną korporację. Zdrowy, spełniony i usatysfakcjonowany pracownik będzie niewątpliwie najlepszą *marką* firmy.

BIBLIOGRAFIA

1. Batarowski H., Czy warto zainteresować się problemem w pracy?, Gdańsk 2007.
2. Beisert M., Przejawy, mechanizmy i przyczyny wypalenia się pielęgniarek, [w:] Wypalenie zawodowe, Przyczyny i zapobieganie, Sęk H. (red.), Warszawa 2007.
3. Bonino S., Lo Coco A., Tani F., Empatiaprocessi di condivisonedelleemozioni, Firenze 1998.
4. Briers S. (tłum. K. Zimnoch), Pokonaj depresję, stres i lęk. Czyli terapia poznawczo-behawioralna w praktyce, Warszawa 2011.
5. Dzikowski A., Krótki kurs higieny i bezpieczeństwa pracy, Warszawa 1971.
6. Gólcz M., Stres w pracy, Poradnik dla pracodawcy, Warszawa 2007.
7. Hartley M. (tłum. P. Żak), Stres w pracy, Kielce 2005.
8. Jan Paweł II, Laboremexercens, Poznań 1981.
9. Knoll N., Schwarzer R., Prawdziwych przyjaciół... Wsparcie społeczne, stres, choroba i śmierć, [w:] Wsparcie społeczne, stres i zdrowie, Sęk H., Cieśluk R. (red.), Warszawa 2011.

40 Por. Dyrektywa Rady 92/85/EWG z dnia 19 października 1992 r. z w sprawie wprowadzenia środków służących wspieraniu poprawy w miejscu pracy bezpieczeństwa i zdrowia pracownic w ciąży, pracownic, które niedawno rodziły i pracownic karmiących piersią (dziesiąta dyrektywa szczegółowa w rozumieniu art. 16 ust. 1 dyrektywy 89/391/EWG: w obu tych dokumentach, dotyczących minimalnych standardów bezpieczeństwa i higieny pracy, odpowiednio, dla pracowników zatrudnionych przy obsłudze urządzeń wyposażonych w monitory i dla kobiet ciężarnych, zawarte są konkretne odniesienia mówiące o potrzebie uwzględnienia czynników stanowiących obciążenie psychiczne.

41 Poruszaną kwestię reguluje Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (Dz.U. 1997 Nr 129, poz. 844 z późn. zm.). Pracodawca zobowiązany jest do oceny ryzyka zawodowego na wszystkich stanowiskach pracy oraz do okresowej aktualizacji tego ryzyka, J. Łodzińska, Znaczenie szkoleń z zakresu bezpieczeństwa i higieny pracy w redukcji ryzyka zawodowego środowiska medycznego. Studium na przykładzie pracowników medycznych szpitali regionu łomżyńskiego, Łomża 2008, s. 16–18.

10. Lazarus R., Psychological stress in the workplace, „Journal of Social Behavior and Personality” 1991, No 6.
11. Łodzińska J., Komu grozi wypalenie zawodowe?, „Firma bez barier” 2009, nr 08.
12. Łodzińska J., Stres zawodowy narastającym zjawiskiem społecznym, *Seminare. Poszukiwania naukowe*, t. 28 (2010).
13. Łodzińska J., Znaczenie szkoleń z zakresu bezpieczeństwa i higieny pracy w redukcji ryzyka zawodowego środowiska medycznego. Studium na przykładzie pracowników medycznych szpitali regionu łomżyńskiego, Łomża 2008.
14. Łuczak A., Żołnierczyk–Zreda D., Praca a stres, „Bezpieczeństwo Pracy” 2002, nr 10.
15. Maslach C., Schaufeli W.B., Leiter M.P., Job burnout, „Annual Review of Psychology” 2001, No 52.
16. Maslach Ch., Leiter M. (tłum. K. Braksal), Pokonać wypalenie zawodowe. Sześć strategii poprawienia relacji z pracą, Warszawa 2010.
17. Maslach Ch., Leiter M. (tłum. M. Dąbrowska-Guzowska), Prawda o wypaleniu zawodowym. Co robić ze stresem w organizacji, Warszawa 2011.
18. Ogińska–Bulik N., Kaflik–Pieróg M., Stres zawodowy w służbach ratowniczych, Łódź 2009.
19. Ogińska–Bulik N., Stres zawodowy w zawodach usług społecznych, Źródła–Konsekwencje–Zapobieganie, Warszawa 2006.
20. Rossati A., Magro G., Stress e burnout, Roma 1999.
21. Sandrin L. (tłum. M. Dutkiewicz–Litwiniuk), Jak się nie wypalić pomagając innym. Sposoby przewycięzania zespołu wypalenia zawodowego, Kielce 2006.
22. Selye H. (tłum. J. Guzek, R. Rembiesa), Stres życia, Warszawa 1963.
23. Studenski R., Organizacja bezpiecznej pracy w przedsiębiorstwie, Gliwice 1996.
24. Sztompka P., Socjologia. Analiza społeczeństwa, Kraków 2007.
25. Terelak J., Psychologia stresu, Bydgoszcz 2001.
26. Terelak J., Stres zawodowy. Charakterystyka psychologiczna wybranych zawodów stresowych, Warszawa 2007.
27. Żołnierczyk D., Jak przeciwdziałać negatywnym skutkom stresu w pracy?, „Bezpieczeństwo Pracy” 2004, nr 6.
28. Dyrektywa 89/391/EWG z dnia 12 czerwca 1989 r. w sprawie wprowadzenia środków w celu poprawy bezpieczeństwa i ochrony zdrowia pracowników w miejscu pracy.
29. Dyrektywa 90/270/EWG z dnia 29 maja 1990 r. w sprawie minimalnych wymagań w dziedzinie bezpieczeństwa i ochrony zdrowia przy pracy z urządzeniami wyposażonymi w monitory ekranowe.
30. Dyrektywa Rady 92/85/EWG z dnia 19 października 1992 r. z w sprawie wprowadzenia środków służących wspieraniu poprawy w miejscu pracy bezpieczeństwa i zdrowia pracownic w ciąży, pracownic, które niedawno rodziły, i pracownic karmiących piersią.
31. Ustawa z dnia 30 października 2002 r. o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych (Dz.U. z 2009 r. Nr 167, poz. 1322 z późn. zm.).

Stres zawodowy narastającym zjawiskiem w miejscu pracy

32. Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (Dz.U. z 1997 r. Nr 129, poz. 844 z późn. zm.).
33. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 czerwca 2009 r. w sprawie chorób zawodowych (Dz.U. z 2009 r. Nr 105, poz. 869 z późn. zm.).

WORK STRESS: A GROWING PHENOMENON IN THE WORKPLACE

Life in general passes among various situations and personalities in a constant rush. One has no influence over many actions that take place. This uncertainty causes frustration as well as nervous tension in several aspects. However, in a positive way, being under stress is one's regular response to the physical, mental and emotional sphere. There is no way to avoid stress, so people have to get used to living with it and learn how to defend themselves against its destructive influence. You can prepare to do it effectively enough to make the stress as inconsiderable as possible. What is more, there are many ways of solving difficult problems so as to overcome stress, and not become its victim. Preventive actions are a good investment to any corporation. Healthy and satisfied staff will be best mark of firm quality.

Key words: stress, labour law, optimal working conditions

RZECZNIK PRAW PODATNIKA – CZY ROZWIĄŻE PROBLEMY POLSKIEGO PODATNIKA?

I. Wprowadzenie

Od kilku lat pojawiają się propozycje powołania rzecznika praw podatników. W trakcie trwania VI kadencji Sejmu z takim pomysłem wystąpił poseł Platformy Obywatelskiej Michał Jaros,¹ jednak odpowiednia inicjatywa ustawodawcza nie została zgłoszona. Idea powróciła w czasie następnej kadencji – z projektem ustawy o Rzeczniku Praw Podatnika² (dalej jako RPP), przygotowanym przez ekspertów Fundacji Republikańskiej, wystąpiła grupa posłów klubu parlamentarnego Prawo i Sprawiedliwość.

Za projektem w pierwszym czytaniu głosowały wszystkie kluby parlamentarne w Sejmie, ze swoim poparciem wystąpiły także niektóre organizacje pracodawców i przedsiębiorców, jak np. BCC, KIG, PKPP Lewiatan.

Powstaje jednak pytanie, czy RPP będzie w stanie sprostać rzeczywistym problemom polskich podatników?

II. Problemy polskich podatników

Problemy polskich podatników od dawna mocno eksponowane są tak w pracach przedstawicieli polskiej doktryny prawa podatkowego,³ jak i w mediach specjalistycznych. Klasyfikować można je na różne sposoby, jednak nie jest celem

1 Interpelacja z dnia 9 lipca 2010 r. nr 16946 w sprawie powołania urzędu rzecznika praw podatnika.

2 Druk sejmowy nr 669 z dnia 21 czerwca 2012 r.

3 Por. np. A. Mariański, W. Nykiel, Potrzeba zmian prawa podatkowego – reforma a bieżące udoskonalenia, „Przeгляд Podatkowy” 2008, nr 5, s. 8–10; A. Bartosiewicz, R. Kubacki, Podatki dochodowe – kierunek reform, „Przeгляд Podatkowy” 2009, nr 8, s. 17–20; C. Kosikowski, Propozycja reformy polskiego systemu podatkowego (kierunki i metody), „Państwo i Prawo” 2003, nr 2, s. 3–12, czy też szereg publikacji R. Mastalskiego, w tym m.in. Kierunki reformy polskiego prawa podatkowego, „Przeгляд Podatkowy” 1999, nr 26, s. 3–6.

niniejszego artykułu sporządzenie wyczerpującej listy przeciwności, z jakimi zmierzyć się musi polski podatnik. Dlatego też ze wszystkich problemów wyodrębnione zostaną te o charakterze ustrojowym, które można ująć w czterech punktach:

- 1) liczba aktów prawnych dotyczących prawa podatkowego,
- 2) rozmiary każdego z nich oraz związane z tym inne naruszenia zasad przyzwoitej legislacji,
- 3) rozbudowana kontrola skarbowa,
- 4) wysokość podatków.

Ad. 1) Jest rzeczą oczywistą, że prawo, z którego treścią nie jest w stanie zapoznać się przeciętny adresat, nie będzie prawidłowo funkcjonowało. Obecnie prawo podatkowe to kilkanaście ustaw oraz kilkadziesiąt aktów podustawowych, a także wykładnia przepisów dokonywana przez ministra finansów oraz inne upoważnione podmioty na podstawie art. 14 i n. Ordynacji podatkowej. Ten element funkcjonowania prawa podatkowego wielokrotnie był krytykowany przez TK⁴ jako swoiste prawo powielaczowe. Na ryzyko związane z interpretacjami prawa podatkowego uwagę zwracał R. Hauser już w 1998 r., wskazując, iż RPO będzie w swej praktyce często z taką „wykładnią resortową” miał do czynienia.⁵

Ad. 2) Poważnym wyzwaniem dla podatnika jest nie tylko liczba aktów prawnych dotyczących tej sfery życia społecznego, ale także objętość każdego z nich. Sama ustawa o podatku od towarów i usług w chwili uchwalania zawierała 176 artykułów, nie licząc załączników. Obecnie jest ona jeszcze bardziej rozbudowana – pierwotny art. 28 został uchylony, jednak w jego miejsce wprowadzono piętnaście nowych (art. 28a–28o).

TK stoi na stanowisku, iż przepisy prawa muszą być sformułowane w sposób poprawny, precyzyjny i jasny, co powinno przejawiać się w konkretności nakładanych obowiązków i przyznawanych praw tak, by ich treść była oczywista i pozwalała na ich wyegzekwowanie.⁶ Nadto Trybunał stwierdził, że dziedziną, w której nakaz określoności wymaga szczególnego zaakcentowania jest dziedzina prawa daninowego.⁷

4 Wyrok z dnia 11 maja 2004 r., sygn. K 4/03, w którym Trybunał stwierdził, iż „Ewolucja podejścia ustawodawcy doprowadziła więc w istocie do przekształcenia instytucji służącej niewiążącemu wyjaśnianiu (także w indywidualnych przypadkach) problemów prawa podatkowego w abstrakcyjną wykładnię przepisów oddziałującą swoją mocą nie tylko na organy podatkowe i organy kontroli skarbowej, ale również na sferę praw i obowiązków samych podatników.”

5 R. Hauser, [w:] Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich. Materiały, nr 36, Warszawa 1998, s. 57–60.

6 Por. np. orzeczeniu z dnia 21 marca 2001 r., sygn. K 24/00.

7 Por. np. orzeczenie z dnia 13 lutego 2001 r., sygn. K 19/99.

Reguła ta w praktyce dotyczącej aktów prawa podatkowego nie jest przestrzegana. W ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych⁸:

- art. 21 ust. 1 zawiera 120 punktów,
- artykułów numer 22 jest piętnaście – od art. 22 do art. 22o,
- sam art. 22 zawiera ustępy od 1 do 1h.

Zagadnienie to jest tylko jednym z przejawów szerszego problemu – braku przestrzegania zasad przyzwoitej legislacji na gruncie prawa podatkowego.⁹

Po pierwsze podstawową zasadą techniki prawodawczej jest, by w sytuacji, gdy zmiany wprowadzane w ustawie miałyby być liczne albo miałyby naruszać konstrukcję lub spójność ustawy albo gdy ustawa była już uprzednio wielokrotnie nowelizowana, winno opracować się projekt nowej ustawy.¹⁰ Nie zmienia to jednak faktu, że np. ustawa o podatku od towarów i usług nowelizowana w samym tylko roku 2011 była pięciokrotnie (z czego w ramach jednej noweli całkowicie pomięto wymóg odpowiednio *vacatio legis* – ustawa została ogłoszona w Dzienniku Ustaw w dniu 28 marca, a weszła w życie w dniu 1 kwietnia).

Po drugie podstawową zasadę dotyczącą legislacji prawa podatkowego zawiera art. 217 Konstytucji, który pozwala stwierdzić, iż w dziedzinie opodatkowania obowiązuje zasada regulowania wszystkich zasadniczych dla daniny elementów w aktach prawnych rangi ustawowej. W doktrynie wskazuje się, iż przepis ten wyraża zasadę zupełnej wyłączności ustawy w sprawach podatkowych.¹¹

Nakładanie podatków jest niewątpliwie kluczowym elementem kształtowania polityki państwa. Wprawdzie ustawodawca posiada daleko idącą swobodę w tym zakresie, jednak tym bardziej zobowiązany jest do przestrzegania konstytucyjnych zasad tworzenia prawa podatkowego,¹² np. podziału regulowanej materii pomiędzy ustawą a rozporządzeniem.

Art. 217 wyłącznością ustawy objął m.in. określenie zasad przyznawania ulg i umorzeń oraz kategorii podmiotów zwolnionych od podatków. Jednakże na mocy art. 41 ust. 16 ustawy o podatku od towarów i usług minister finansów posiada uprawnienie do obniżania w drodze rozporządzenia stawek podatku dla dostaw niektórych towarów i świadczeń niektórych usług dla części tych dostaw lub części świadczenia usług oraz do określania warunków stosowania obniżonych stawek

8 Tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 361.

9 Por. m.in. J. Kulicki, Zasady przyzwoitej legislacji w procesie stanowienia prawa podatkowego, Analizy BAS, 2010, nr 4.

10 Tak stanowi § 84 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów „Zasady techniki prawodawczej” (Dz.U. z 2002 r. Nr 100, poz. 908).

11 Por. w szczególności C. Kosikowski, Finanse publiczne w świetle Konstytucji RP oraz orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (na tle porównawczym), Warszawa 2004, s. 204 i n.

12 H. Litwińczuk, P. Karwat, Prawo podatkowe przedsiębiorców. Tom I, Warszawa 2008, s. 59 i n.

uwzględniających specyfikę obrotu. *De facto* więc minister finansów ma możliwość stanowienia stawek podatku.

Ad. 3) Problemy podatników wiążą się także ze stosowaniem prawa podatkowego, czego najlepszym przykładem jest ustawa o kontroli skarbowej.

Zakres kontroli skarbowej (art. 2) jest tak szeroki, iż w istocie każda działalność, która przynosi jakikolwiek dochód może zostać objęta kontrolą. Nadto kontrola przeprowadzana jest wówczas, gdy wynika to z planu kontroli Urzędu Kontroli Skarbowej, a nie z prawdziwej potrzeby uzasadnionej podejrzeniem popełnienia wykroczenia lub przestępstwa skarbowego.

Każdy podatnik traktowany jest więc jako potencjalny przestępca. Na błędne uregulowanie wskazują tytuły artykułów, opisujących kontrolę skarbową – „Policja skarbowa czy służba bezpieczeństwa” (R. Gwiazdowski)¹³ bądź „Kontrola skarbową, czyli łamanie procedury kołem” (D. Szubielska).¹⁴

Ad. 4) Być może najistotniejsze wyzwanie stanowi wysokość podatków. Jest rzeczą oczywistą, iż prawo daninowe nie może zakłócać działania gospodarki. Przewodawca stoi jednak przed dylematem, które dobro powinno mieć priorytet – czy dobro publiczne (np. w postaci równowagi budżetowej), czy też dobro indywidualne każdego podatnika. Przykład „klina podatkowego”, który od lat wskazywany jest na jedną z głównych wad polskiej gospodarki i który również od lat jest nierozwiązany, pokazuje, iż dla ustawodawcy fiskalizm pozostaje priorytetem. A przecież rozwój gospodarczy nie jest możliwy przy zbyt wysokich podatkach.¹⁵

III. Instytucja rzecznika praw podatnika na świecie

Tak przedstawiają się główne problemy polskich podatników, a jak ma wyglądać instytucja, która w założeniu ma odpowiedzieć na te wyzwania?

Obecnie na świecie istnieje tendencja do tworzenia coraz bardziej wyspecjalizowanych urzędów rzecznikowskich. Można wskazać kilka grup instytucji wytworzonych w praktyce różnych państw, których zadania stały się zapewne inspiracją dla autorów projektu ustawy o RPP.¹⁶

W pierwszej z nich powoływany jest Rzecznik Praw Podatników. W Kanadzie *The Taxpayers' Ombudsman* działa od 2007 roku i jest niezależnym od instytucji po-

13 Nr 5/2003, s. 10–13.

14 Nr 10/2003, s. 3–7.

15 Szerzej na ten temat R. Mastalski, Prawo podatkowe a gospodarka, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, z. 3, s. 5 i n. oraz A. Gomułowicz, Ochrona wolności i praw ekonomicznych a granice opodatkowania – zasady i kontrowersje, *Ruch...*, *op. cit.*, s. 19 i n.

16 Szerzej na ten temat na stronie promującej powołanie RPP: www.rzecznikpodatnikow.pl

datkowych urzędem, który odpowiada za nadzór nad przestrzeganiem określonych praw podatnika wyszczególnionych w ustawie o prawach podatnika (*Taxpayer Bill of Rights*).¹⁷

W drugiej grupie rzecznik ogólny ma zastępcę zajmującego się podatkami. Australijski *The Commonwealth Ombudsman* od 1995 r. posiada wydzieloną komórkę organizacyjną zajmującą się kwestiami podatkowymi (której przewodniczy *Special Tax Adviser*).

Trzecia kategoria państw to te kraje, które powołują rzeczników regionalnych. Niektóre hiszpańskie prowincje lub miasta wytworzyły lokalne organy chroniące prawa podatnika. Jednym z nich jest urząd Rzecznika Podatnika w Madrycie (*Defensor de Contribuyente*). Rzecznik Podatnika przyjmuje skargi i uwagi, które dotyczą m.in.: opóźnień w działaniu organów, godzin urzędowania, traktowania klientów, przepływu informacji itd. Następnie Rzecznik może formułować propozycje rozwiązań skarg zgłaszanych przez podatników.

W innych państwach powstają niezależne instytucje mediacyjno-rozstrzygające. W Austrii od 2003 roku funkcjonuje Niezależny Senat Finansowy, który rozstrzyga spory podatkowe. Jest to dwuinstancyjny trybunał odwoławczy w zakresie podatków, ceł i kar finansowych.

Są również takie kraje, w których stosowana jest kombinacja powyższych rozwiązań. Przykładowo we Włoszech rzecznicy regionalni zajmują się sprawami podatkowymi, a ponadto istnieje sieć niezależnych gwarantów praw podatnika przy administracji skarbowej (*Garante del Contribuente*), powołanych na mocy ustawy o prawach podatnika z 27 lipca 2000 r. Są to autonomiczne organy kolegialne ulokowane przy regionalnych izbach skarbowych, których zadaniem jest weryfikacja nieprawidłowości w postępowaniach podatkowych zgłoszone przez samych podatników.

W pracach nad regulacją dotyczącą rzecznika praw podatnika należy brać pod uwagę nie tylko rozwiązania stosowane w innych państwach, ale także tzw. „zasady paryskie”, które zostały przyjęte przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w formie rezolucji.¹⁸ Zasady dotyczą statusu i funkcjonowania krajowych instytucji powołanych do ochrony i promocji praw człowieka. Zostały one ujęte w formę ogólnych zaleceń, które mają mieć zastosowanie do różnego typu krajowych instytucji zajmujących się ochroną praw człowieka. Wśród nich wskazano, iż:

- 1) urząd ma być ustanowiony w konstytucji lub ustawie, z wyznaczeniem jego ustroju oraz zakresu działania,

17 www.oto-boc.gc.ca/menu-eng.html, stan na dzień 9 grudnia 2012 r.

18 Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ 48/134 z dnia 20 grudnia 1993 r.

- 2) w zakresie zadań organu muszą mieścić się pewne minimalne kompetencje (np. możliwość przedstawienia raportów na temat sytuacji ochrony praw),
- 3) prawo ma określić sposób powołania organu, z zapewnieniem reprezentacji społeczeństwa,
- 4) ma zostać zapewniona niezależność od rządu (np. poprzez ustanowienie odpowiednich zasad finansowania),
- 5) organ ma mieć swobodę wykonywania swoich zadań i kompetencji.

IV. Rzecznik Praw Podatnika w projekcie ustawy

Wskazanymi zasadami powinien kierować się polski ustawodawca powołując RPP. W treści projektu należy szukać więc odpowiedzi na pytanie, czy zasady paryskie zostały zachowane.

Zadania RPP określono w art. 3 projektu ustawy. Ma on stać na straży praw podatników (ust. 1 zd. 1) i w tym celu współpracować z RPO (ust. 2). W tym zakresie bada, czy skutek działania lub zaniechania organów skarbowych nie nastąpiło naruszenie prawa, a także zasad współżycia i sprawiedliwości społecznej (ust. 3).

W codziennej pracy RPP podejmuje czynności (i) na wniosek podatnika, (ii) na wniosek RPO lub też (iii) z własnej inicjatywy (art. 10 projektu ustawy). Po zapoznaniu się z każdym skierowanym do niego wnioskiem RPP może: (i) podjąć sprawę, (ii) poprzestać na wskazaniu podatnikowi przysługujących mu środków działania, (iii) przekazać sprawę według właściwości lub (iv) nie podjąć sprawy (art. 12 ust. 1 projektu ustawy).

Obowiązek podjęcia sprawy następuje w sytuacji, gdy poweźmie on uzasadnioną wątpliwość co do legalności działania organów skarbowych, w tym w szczególności, jeśli istnieje uzasadnione podejrzenie wystąpienia:

- 1) błędów, omyłek lub przeoczeń organów skarbowych,
- 2) naruszenia przepisów prawa materialnego lub postępowania przez organy skarbowe,
- 3) nieuzasadnionej zwłoki przy podejmowaniu czynności przez organy skarbowe,
- 4) niewyczerpującej lub wprowadzającej w błąd informacji udzielonej w dowolnej formie przez organy skarbowe,
- 5) zachowania personelu organów skarbowych, naruszających zasadę zaufania obywatela do organów państwa (art. 12 ust. 2).

Jeżeli RPP sprawę podejmie, może m.in. samodzielnie prowadzić postępowanie wyjaśniające (wówczas do jego kompetencji należy np. zbadanie, nawet bez uprzedzenia, każdej sprawy na miejscu oraz żądanie złożenia wyjaśnień, przedstawienia akt każdej sprawy dotyczącej praw podatnika, prowadzonej przez organy skarbowe).

Już po zbadaniu sprawy RPP może m.in.:

- 1) wyjaśnić wnioskodawcy, że nie stwierdził naruszenia praw podatnika,
- 2) skierować wystąpienie do organu, w którego działalności stwierdził naruszenie praw podatnika,
- 3) zwrócić się do organu nadrzędnego nad organem skarbowym, o którym mowa w pkt 2, z wnioskiem o zastosowanie środków przewidzianych w przepisach prawa,
- 4) zwrócić się o wszczęcie postępowania administracyjnego, wnosić skargi do sądu administracyjnego, a także uczestniczyć w tych postępowaniach – na prawach przysługujących prokuratorowi,
- 5) wnieść skargę kasacyjną od prawomocnego orzeczenia, na zasadach i w trybie określonych w odrębnych przepisach.

Ważnym uprawnieniem RPP mają być coroczne informacje dla Sejmu i Senatu o swojej działalności oraz o stanie przestrzegania praw podatnika, w których mają być przekazywane wnioski oraz rekomendacje dotyczące działań, które należy podjąć w celu zapewnienia przestrzegania praw podatnika.

V. Rzecznik Praw Podatnika – ocena projektu

Takie uregulowania stanowią niemal słowo w słowo powtórzenie rozwiązań znanych z ustawy o Rzeczniku Praw Obywatelskich.¹⁹ Czy więc ombudsman o kompetencji ogólnej²⁰ nie jest w stanie zapewnić podatnikom wystarczającej ochrony?

RPO został przez ustrojodawcę wyposażony we właściwość ogólną w zakresie przestrzegania wolności oraz praw człowieka i obywatela. Bez znaczenia jest więc, do jakiej kategorii – grupy praw osobistych, politycznych czy też ekonomicznych, socjalnych i kulturalnych – zaliczymy dane prawo, bowiem „zakres uprawnień Rzecznika [Praw Obywatelskich] obejmuje wszelkie naruszenia praw i wolności obywateli we wszystkich sferach życia społecznego”.²¹ Tak szerokie uregulowanie

19 Tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. Nr 14, poz. 147.

20 Dla jasności wyводу w dalszej części artykułu pisząc o Rzeczniku Praw Obywatelskich będę używał sformułowania „ombudsman” lub RPO, określenie „Rzecznik” pozostawiając dla RPP.

21 S. Sagan, Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 2003, s. 224.

przedmiotowego zakresu uprawnień ombudsmana nie stoi jednak na przeszkodzie powoływania rzeczników specjalnych (zwanych również sektorowymi lub branżowymi), których celem jest kontrola przestrzegania poszczególnych kategorii praw lub praw przysługujących określonym grupom ludzi.²² Praktyka taka jest już znana polskiemu ustawodawcy, który powołał do życia takie instytucje, jak Rzecznik Praw Ubezpieczonych,²³ czy też Rzecznik Praw Pacjenta.²⁴ Od lat głoszone są również postulaty powołania dalszych rzeczników specjalnych, np. rzecznika ochrony praw kobiet, jak też rzecznika praw mniejszości narodowych.

Koncepcja rzeczników branżowych wywołuje w doktrynie prawa konstytucyjnego spore kontrowersje. Zwolennicy tego typu rozwiązań za główny argument podają zwiększenie efektywności działania w sferze ochrony praw i wolności.²⁵ Przeciwnicy wskazują, iż rzecznicy branżowi w istocie osłabiają pozycję ustrojową ombudsmana, a zadania, które się im poleca skuteczniej mogą wykonywać wyspecjalizowane rzeczowo zespoły w Biurze Rzecznika Praw Obywatelskich.²⁶ Nadto powołanie rzeczników specjalnych powodować ma nieuzasadniony wzrost wydatków budżetowych. Przeciwnikami tworzenia tego typu organów są również osoby piastujące urząd ombudsmana. A. Zoll w artykule „Czy wielość jest korzystna?”²⁷ stawia pytanie, czy praw obywateli strzec lepiej będzie jeden urząd rzecznika praw obywatelskich, czy też wiele tego typu organów. Konkluzja autora jest jasna: „Nie zawsze wielość podmiotów mających dbać o przestrzeganie praw człowieka lepiej to gwarantuje. W polskich realiach nie należy mnożyć biurokratycznych bytów, lecz koncentrować się na problemach do załatwienia”.

Powstaje więc pytanie, czy RPO wystarczająco „koncentruje się na problemach” polskich podatników.

22 Por. W. Sokolewicz, wstęp do „Rzecznik Praw Obywatelskich”, [w:] Konstytucja RP. Komentarz, L. Garlicki (red.), s. 7.

23 Powołany do życia w 1995 r. na mocy art. 90b–90d dodanych do ustawy z dnia 28 lipca 1990 r. o działalności ubezpieczeniowej (tekst jedn. Dz. U. z 1996 r. Nr 11, poz. 62). Obecnie funkcjonuje na podstawie ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o nadzorze ubezpieczeniowym i emerytalnym oraz Rzeczniku Ubezpieczonych (Dz.U. z 2003 r. Nr 124, poz. 1153).

24 Powołany od życia na mocy ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 159).

25 W. Nowicka podnosząc kwestię konieczności powołania rzecznika ochrony praw kobiet wskazała, iż „powinno rozważyć się taką koncepcją ze względu na skuteczność działania. (...) stworzenie takiego urzędu, który by zajmował się pewną grupą, mogłoby zwiększyć jego funkcję edukacyjną, dzięki czemu obywatele i obywatelki mogliby z tych praw korzystać i nie byłyby to prawa wyłącznie na papierze”, [w:] Biuletyn RPO. Materiały, nr 36, Warszawa 1998, s. 93. W odniesieniu do rzecznika praw podatników na słuszność powołania takiego organu wskazał F. Serrano: „(...) speciality, agility, swiftness, efficacy, sensitivity, reduction of tax litigation and difficulty inherent to taxation make it necessary to create a specific Tax Ombudsman”, F. Serrano, The Role of the Tax Ombudsman in Taxpayer Protection, [w:] Protection of Taxpayer's Rights. European, International and Domestic Tax Law Perspective, W. Nykiel, M. Sęk (red.), Warszawa 2009, s. 138.

26 J. Świątkiewicz, Rzecznik Praw Obywatelskich w polskim systemie prawnym, Warszawa 2001, s. 153. Autor sugeruje nawet, że „(...) chwytliwe tworzenie nowych bytów ma wychodzić naprzeciw oczekiwaniom nieorientowanych kręgów społeczeństwa”.

27 Rzeczpospolita z dnia 09 października 2001 r., s. C2.

Problematyka prawa daninowego od początku funkcjonowania polskiego ombudsmána znajdowała się w kręgu jego zainteresowania – już w pierwszych rocznych sprawozdaniach znajdowały się odniesienia do spraw podatkowych.²⁸ Praktyka ta kontynuowana jest do dnia dzisiejszego.

Realizacja konstytucyjnych oraz ustawowych zadań przez RPO możliwa jest dzięki wsparciu Biura Rzecznika, którego struktura zbudowana jest w oparciu o wyspecjalizowane jednostki organizacyjne. Jedną z nich jest Zespół Praw Administracyjnego i Gospodarczego. Do zakresu działania Zespołu należą również zagadnienia danin publicznych.²⁹

Z powyższych uregulowań wynika, iż ombudsman ma odpowiednie instrumenty do reagowania w wypadku naruszania praw podatników. Czy są one skutecznie wykorzystywane?

Skargi z zakresu prawa podatkowego stanowią niespełna 1% spraw wpływających do RPO – w roku 2011 liczba tego typu wniosków wyniosła 295. Działań nie podjęto jedynie w wypadku 14 z nich, w pozostałej części zostało wszczęte postępowanie wyjaśniające. W 66% przypadków zgłaszane przez podatników zastrzeżenia nie znalazły potwierdzenia, z kolei 16 spraw zakończyło się rozstrzygnięciem oczekiwany przez wnioskodawcę.³⁰

Podjęmowane są również działania o charakterze generalnym, które mają pozytywnie wpłynąć na pozycję podatnika wobec organów podatkowych. W ostatnim czasie RPO złożył do TK wnioski w sprawie zbadania zgodności art. 14o § 1 Ordynacji podatkowej (przepis ten wprowadza tzw. milczącą interpretację) z Konstytucją.³¹

Z powyższych informacji wynika, iż ombudsman podejmuje również działania na rzecz ochrony podatników, jednak dla zwolenników powołania RPP są to działania dalece niewystarczające.³² Z jednej bowiem strony sprawy podatkowe stano-

28 Przykładowo w „Sprawozdaniu Rzecznika Praw Obywatelskich za okres 1 XII 1988 – 31 XI 1989” Rzecznik podniósł sprawy związane z nierównościami oraz nieprawidłowościami w systemie podatkowym i związane z wymiarem podatków.

29 § 11 ust. 1 pkt 2 Regulaminu organizacyjnego Biura Rzecznika Praw Obywatelskich (Załącznik do Zarządzenia Nr 33/2011 RPO z dnia 12 października 2011 r.).

30 Dane za „RPO jest aktywny w sprawach podatkowych”, Dziennik Gazeta Prawna, nr 211 z dnia 30 października 2012 r., dostęp: www.edgp.gazetaprawna.pl, stan na dzień 9 grudnia 2012 r.

31 Wniosek RPO z 20 listopada 2012 r., RPO–716418–12–V/ST. Przepis w obecnym brzmieniu przewiduje, iż w razie niewydania interpretacji indywidualnej w przewidzianym terminie (tj. 3 miesiące od dnia otrzymania wniosku) uznaje się, że w dniu następującym po dniu, w którym upłynął termin wydania interpretacji, została wydana interpretacja stwierdzająca prawidłowość stanowiska wnioskodawcy w pełnym zakresie. Jednakże ustawa nie przewiduje, w jakim terminie interpretacja indywidualna powinna zostać sporządzona na piśmie przez organ podatkowy i doręczona podatnikowi. W rezultacie, działając w zaufaniu do instytucji milczącej interpretacji, podatnik może nie wiedzieć, że w jego sprawie została sporządzona, lecz jeszcze nie została mu doręczona, interpretacja indywidualna pozbawiająca go ochrony przewidzianej przepisami. Tym samym art. 14o § 1 Ordynacji podatkowej nie zapewnia podatnikom bezpieczeństwa prawnego.

32 Por. A. Miarkowski, Rzecznik Praw Podatnika w Sejmie, dostęp: <http://www.cafr.pl/2012/12/2262/>, stan na dzień: 9 grudnia 2012 r.

wią znikomy ułamek spraw podejmowanych przez RPO, a z drugiej strony nawet sprawy podjęte mają w przeważającej części wynik negatywny. Pierwszy argument kierowany być powinien do samych podatników, którzy nie zawsze korzystają ze swych uprawnień do zwracania się z wnioskami. Drugi z kolei wynika z niezrozumienia specyfiki działania ombudsmans, który nie może zmienić decyzji administracyjnej, a zaskarżenie ich do sądu administracyjnego ograniczone jest przepisami formalnymi, dotyczącymi np. terminów (często podatnik zwraca się o pomoc już po upływie tego typu terminów).

Skoro ombudsman ma środki ochrony praw podatnika, to ustanowienie rzecznika zajmującego się tylko tym wycinkiem otaczającej nas rzeczywistości będzie miało sens, jeżeli w wyniku tego poprawi się sytuacja w tym właśnie aspekcie. Czy tak się może stać?

Jak projektodawca widzi funkcję RPP? W uzasadnieniu projektu czytamy: „Dzięki ustawie wzmocniona zostaje pozycja podatnika względem organów podatkowych”. Powołano nawet przykład R. Kluski oraz spółki JTT pisząc, iż „Rzecznik włączony w te postępowania na wczesnym etapie prawdopodobnie uchroniłby tych podatników od bankructwa”. Autorzy projektu nie wskazali jednak, za pomocą jakich działań takie efekty miałyby być osiągnięte. Ustawa nie przewiduje bowiem, przewidywać zresztą nie może, że Rzecznik będzie mógł wydawać organom podatkowym wiążące ich decyzje.

Ponadto „działania rzecznika na etapie legislacji podatkowej uchroniłyby Skarb Państwa od konieczności zwracania nielegalnie pobranych podatków”. Pytanie jednak o to, kogo posłuchają posłowie rządzącej większości – ministra finansów czy RPP – jest pytaniem czysto retorycznym.

Rzecznik „w wyniku monitoringu prawa podatkowego oraz jego stosowania przez organy podatkowe będzie identyfikował obiektywnie niejasne, budzące wątpliwości przepisy bądź praktykę organów podatkowych i będzie działał na rzecz poprawy lub wyeliminowania niejasnych przepisów z systemu”. Taki monitoring prowadzony jest od lat – przez doktrynę prawa podatkowego (R. Mastalski, R. Zelwiański) oraz *think tank* (Centrum im. A. Smitha). Ich głos nie jest słyszany, choć nie sposób odmówić wskazanym podmiotom autorytetu. Do legislatury docierają więc informacje o wadliwych przepisach – RPP będzie jedynie powtarzał znane tezy.

Pomimo krytycznej oceny samej koncepcji powołania kolejnego urzędu, nie da się ukryć, że niektóre rozwiązania są słuszne. Lecz zamiast tworzyć nowy urząd, czy nie lepiej włączyć RPP w ramy organizacyjne RPO jako np. obligatoryjnego zastępcę?

Nadto należy podkreślić, iż niezbędna jest fundamentalna zmiana polityki państwa. W chwili obecnej trudno odnaleźć jedną myśl przewodnią w dziedzinie prawa podatkowego, stąd nie można mówić o polskim „systemie podatkowym”, gdyż ten charakteryzować powinien się spistością, której na razie brak.

BIBLIOGRAFIA

1. Bartosiewicz A., Kubacki R., Podatki dochodowe – kierunek reform, „Przegląd Podatkowy” 2009, nr 8.
2. Hauser R, [w:] Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich. Materiały, nr 36, Warszawa 1998.
3. Kosikowski C., Finanse publiczne w świetle Konstytucji RP oraz orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (na tle porównawczym), Warszawa 2004.
4. Kosikowski C., Propozycja reformy polskiego systemu podatkowego (kierunki i metody), „Państwo i Prawo” 2003, nr 2.
5. Kulicki J., Zasady przyzwoitej legislacji w procesie stanowienia prawa podatkowego, „Analizy BAS” 2010, nr 4.
6. Litwińczuk H., Karwat P., Prawo podatkowe przedsiębiorców. Tom I, Warszawa 2008.
7. Mariański A., Nykiel W., Potrzeba zmian prawa podatkowego – reforma a bieżące udoskonalenia, „Przegląd Podatkowy” 2008, nr 5.
8. Mastalski R., Prawo podatkowe a gospodarka, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, z. 3.
9. Mastalski R., Kierunki reformy polskiego prawa podatkowego, „Przegląd Podatkowy” 1999, nr 26.
10. Sagan S., Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 2003.
11. Serrano F., The Role of the Tax Ombudsman in Taxpayer Protection, [w:] Protection of Taxpayer’s Rights. European, International and Domestic Tax Law Perspective, Nykiel W., Sęk M. (red.), Warszawa 2009.
12. Świątkiewicz J., Rzecznik Praw Obywatelskich w polskim systemie prawnym, Warszawa 2001
13. Rzeczpospolita z dnia 09 października 2001 r.
14. Ustawa z dnia 28 lipca 1990 r. o działalności ubezpieczeniowej (tekst jedn. Dz.U. z 1996 r. Nr 11, poz. 62). Ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o nadzorze ubezpieczeniowym i emerytalnym oraz Rzeczniku Ubezpieczonych (Dz.U. z 2003 r. Nr 124, poz. 1153).
15. Ustawa z dnia 06 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (tekst. jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 159).
16. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów „Zasady techniki prawodawczej” (Dz.U. z 2002 r. Nr 100, poz. 908).
17. Regulamin organizacyjny Biura Rzecznika Praw Obywatelskich (Załącznik do Zarządzenia Nr 33/2011 RPO z dnia 12 października 2011 r.).
18. Wyrok TK z dnia 11 maja 2004 r., sygn. K 4/03.

IS THERE A NEED FOR THE POLISH TAX OMBUDSMAN?

The subject matter of the paper is an analysis a Tax Ombudsman bill. The basic role of the Ombudsman is to protect taxpayer's rights against violations, abuses of power and unfair decisions. The article shows the functions of the Tax Ombudsman and his legal characteristics. Furthermore, the paper describes the activity of the General Ombudsman in the field of taxpayer's rights protection.

Key words: taxpayer's right protection, Tax Ombudsman, infringement of the taxpayer

UŁATWIENIA W ZAKŁADANIU SPÓŁKI Z OGRANICZONĄ ODPO- WIEDZIALNOŚCIĄ PO 1 STYCZNIA 2012 R. – SPÓŁKA Z O.O. A WZORZEC UMOWY SPÓŁKI Z O.O.

Po dziesięciu miesiącach obowiązywania nowelizacji kodeksu spółek handlowych¹ należy zastanowić się nad rzeczywistym wpływem zmian przepisów na zachowania potencjalnych przedsiębiorców. Dodatkowo należy stwierdzić, iż problem wzorca umowy spółki z o.o. wyniknął stosunkowo niedawno, dlatego też należy podjąć szerszą dyskusję na ten temat. Niniejszy artykuł jest niejako twierdzącą odpowiedzią na próby podjęcia doktrynalnego dialogu dotyczącego wzorca umowy spółki z o.o. z nielicznie dotychczas przytaczanymi argumentami.²

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest sklasyfikowana w k.s.h. obok spółki akcyjnej jako kapitałowa spółka handlowa. Istotą utworzenia tej spółki jest dążenie do realizacji określonego w umowie celu. Art. 151 § 1 k.s.h. wskazuje na jego bezwzględną przesłankę, którą jest dopuszczalność prawna. Dalsza część tego przepisu określa również zastrzeżenie dotyczące możliwych wyłączeń określonych w pozostałych ustawach. Przykładem wyłączenia formy prawnej spółki z o.o. jest towarzystwo funduszy inwestycyjnych. Art. 2 ustawy o funduszach inwestycyjnych wskazuje, że można je utworzyć tylko w formie spółki akcyjnej.³ Wracając do spółki z o.o. należy za A. Kidybą wskazać, że cel spółki z o.o. może mieć charakter zarobkowy, gospodarczy, lecz niezarobkowy (*not for profit*) lub niegospodarczy (*non profit*).⁴ Do elementów definiujących spółkę z o.o. należą: wyłączenie odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki i ustanowienie zobowiązania tylko do świadczeń określonych w umowie spółki. Występuje niemożność zawiązania spółki

1 Ustawa z dnia 1 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw. (Dz.U. z 2011 r. Nr 92, poz. 531).

2 M. Leśniak, Spółka z o.o. zakładana za pomocą wzorca umowy – nowelizacja kodeksu spółek handlowych, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011, nr 11, s. 35 – 42.

3 Dz.U. z 2004 r. Nr 146, poz. 1546 ze zm.

4 A. Kidyba, Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz, Warszawa 2002, s. 7–9.

z o.o. wyłącznie przez inną jednoosobową spółkę z o.o. Spółka posiada kapitał zakładowy, który powinien wynosić co najmniej 5 000 zł. Jest on podzielny na udziały. Udziały mogą przedstawiać równą albo nierówną wartość nominalną, aczkolwiek nie może być ona niższa niż 50 zł. Objęcie udziału następuje po zapłaceniu jego ceny nominalnej. Znamiennym jest zakaz obejmowania udziałów poniżej ich wartości nominalnej. Występuje możliwość obejmowania udziałów za cenę wyższą od ich wartości nominalnej, jednak w tym przypadku cała nadwyżka jest przelewana do kapitału zapasowego spółki – tzw. aigo.

Kodeks spółek handlowych w art. 163 określa enumeratywne wymagania, które należy spełnić, aby mogła powstać spółka z o.o. Należą do nich: umowa spółki; wkłady na pokrycie kapitału zakładowego dokonywane przez wspólników – należy zaznaczyć, iż kapitał zakładowy musi być pokryty w całości, natomiast w przypadku obejmowania udziałów za cenę wyższą od wartości nominalnej wspólnicy muszą wnieść nadwyżkę. Do powstania spółki z o.o. wymagane jest powołanie organów spółki. Obligatoryjnie – zarząd spółki, fakultatywnie organy kontrolne, tj. rada nadzorcza lub komisja rewizyjna. Jest to uzależnione od zapisów ustawy lub umowy spółki. Ostatnim elementem w powstaniu spółki jest wpis do właściwego rejestru. Ma on charakter konstytutywny, tzn., że spółka z o.o. powstaje z chwilą zarejestrowania.

Katalog przesłanek powstania spółki z o.o. został 1 stycznia 2012 r. poszerzony o możliwość zawarcia umowy spółki przy wykorzystaniu tzw. wzorca umowy spółki z o.o. W tym przypadku sposób wnoszenia wkładów ulega modyfikacji w przypadku zawiązywania spółki z o.o. za pomocą wzorca umowy spółki z o.o., mianowicie pokrycie kapitału zakładowego następuje w ustawowo oznaczonym terminie nie dłuższym niż siedem dni od dnia wpisu spółki do rejestru. Przy zastosowaniu wzorca umowy spółki z o.o. nie można dokonać pokrycia kapitału zakładowego wkładami niepieniężnymi. Wynika to *a contrario* z brzmienia zdania pierwszego przepisu art. 158 § 1(1) k.s.h. Wprowadzonych zmian dokonała ustawa z dnia 1 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw.⁵ Dodano art. 157(1) k.s.h. składający się z czterech paragrafów. Mianowicie zamieszczono definicję wzorca umowy, która mówi, że wzorcem umowy spółki z o.o. jest wzorzec udostępniony w systemie teleinformatycznym. Jest to forma fakultatywna, zależna od woli zawiązujących spółkę. Jednakże podlega pewnym warunkom wymaganym do prawidłowego jej zawarcia. Są nimi: wypełnienie formularza umowy zawartego w systemie teleinformatycznym⁶ oraz opatrzenia umowy pod-

5 Dz.U. z 2011 r. Nr 92, poz. 531.

6 System teleinformatyczny jest wg art. 3 pkt 3 ustawy z dnia 17.02.2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. Nr 64, poz. 565 ze zm.) to zespół współpracujących ze sobą urządzeń informatycznych i oprogramowania zapewniający przetwarzanie, przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych przez sieci telekomunikacyjne za pomocą właściwego dla danego rodzaju sieci telekomunikacyjnego urządzenia końcowego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 lipca 2004 r.– Prawo

pisem elektronicznym.⁷ Zawarcie umowy następuje po wprowadzeniu do sytemu wszystkich koniecznych danych i z chwilą opatrzenia ich podpisem elektronicznym. Jest to relewantna zmiana względem klasycznej formy umowy spółki z o.o., mianowicie formy aktu notarialnego. Istota zmiany dotyczy wyłączenia instytucji notariusza z procesu powstawania spółki z o.o. zawiązywanej z wykorzystaniem wzorca umowy. W dotychczas pojawiających się publikacjach zmiana ta nie cieszyła się akceptacją.⁸ Podnoszono argumenty dotyczące występowania zasady udziału notariusza przy tworzeniu spółek kapitałowych. Zgodnie z tą zasadą notariusz powinien uczestniczyć w procesie zawiązywania spółek z o.o. oraz spółek akcyjnych. Dlatego też pozwolę sobie na wyrażenie odmiennego zdania w wyżej przytaczanej kwestii. Nie wydaje się, aby przepisy dotyczące formy aktu notarialnego umowy spółki z o.o. – art. 157 § 2 k.s.h. oraz formy aktu notarialnego statutu spółki akcyjnej – art. 301 § 2 k.s.h. wyrażały szczególną zasadę występującą w prawie spółek. Jeśli taka by występowała, to oznaczałaby szczególną wyjątkowość określonych uregulowań oraz ich unikalność. Forma aktu notarialnego jest wymogiem typowo normatywnym, którego naruszenie jest sankcjonowane nieważnością umowy spółki.⁹ Należy wskazać, że ta forma czynności prawnych występuje nie tylko przy tworzeniu spółek kapitałowych, ale jest widoczna przy niektórych osobowych spółkach handlowych, mianowicie przy umowie spółki komandytowej – art.106 k.s.h. oraz przy statucie spółki komandytowo-akcyjnej – art.131 k.s.h. W związku z tym, nie wydaje się odpowiednim wyróżnianie w materii formy spółek kapitałowych „zasady” występowania aktu notarialnego, czy udziału notariusza. Dlatego też nie odnosi się wrażenia, aby stworzona zupełnie nowa regulacja dotycząca zawiązywania umowy spółki z o.o. z wykorzystaniem wzorca umowy (tj. z wyłączeniem formy aktu notarialnego) była niemożliwa do wprowadzenia. Podnoszony został również argument mówiący, że ominięcie udziału notariusza nie wpłynie pozytywnie na sytuację wspólników – założycieli oraz na ochronę interesów wierzycieli spółki.¹⁰ W tym przypadku również autor pozwoli sobie na poddanie w wątpliwość przytaczanego

telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800, z późn. zm.). Natomiast rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 grudnia 2011 r. w sprawie określenia wzorca umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością udostępnionego w systemie teleinformatycznym (Dz.U. z 2011 r. Nr 299, poz. 1774) w § 1.2 dodaje, że wskazany w rozporządzeniu system teleinformatyczny jest systemem przeznaczonym do obsługi zawiązania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, której umowę zawiera się przy wykorzystaniu wzorca umowy.

7 Podpisem elektronicznym jest wg § 2.6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 29 grudnia 2011 r. w sprawie trybu zakładania konta w systemie teleinformatycznym, sposobu korzystania z systemu teleinformatycznego i podejmowania w nim czynności związanych z zawiązaniem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przy wykorzystaniu wzorca umowy oraz wymagań dotyczących podpisu elektronicznego (Dz.U. z 2011 r. Nr 297, poz. 1762) rozumie się przez to podpis elektroniczny, o którym mowa w art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz.U. Nr 130, poz. 1450, z późn. zm.), złożony w systemie teleinformatycznym. Tzn. podpisem elektronicznym są dane w postaci elektronicznej, które wraz z innymi danymi, do których zostały dołączone lub z którymi są logicznie powiązane, służą do identyfikacji osoby składającej podpis elektroniczny

8 M. Leśniak, Spółka z o.o. zakładana za pomocą wzorca umowy..., *op. cit.*, s. 36.

9 Art. 73 §2 k.c. Jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej inną formę szczególną, czynność dokonana bez zachowania tej formy jest nieważna (...).

10 M. Leśniak, Spółka z o.o. zakładana za pomocą wzorca umowy..., *op. cit.*, s. 36–37.

powyżej twierdzenia. Ochrona interesów wierzycieli spółki jest zagwarantowana, wszak wszelkie dane dotyczące spółki wierzyciele uzyskują w odpisie Krajowego Rejestru Sądowego. Regulacje wprowadzające wzorzec umowy do k.s.h. dokonały nowelizacji m.in. postępowania rejestrowego, o której będzie napisane poniżej, dlatego też nie należy mieć obaw o to, iż ominięcie instytucji notariusza w postępowaniu rejestrowym niesie za sobą rozwiązania błędne z natury rzeczy. Autor uważa, że jest to jak najbardziej racjonalne, ponieważ kwestię weryfikacji wspólników – założycieli rozstrzygnie sąd rejestrowy. Jeśli uzna, iż występują poważne wątpliwości, to wezwie do usunięcia braków, a w przypadku ich nieusunięcia odmówi rejestracji spółki. Należy odnieść się do kolejnego argumentu podnoszonego w doktrynie, który neguje sens zakładania spółki bez udziału instytucji notariusza. Mianowicie negatywnie oceniono występującą w innych systemach prawnych m.in. w Wielkiej Brytanii możliwość zakładania spółek przez sieć Internet, bez potrzeby wychodzenia z domu. Posłużono się argumentem, że występują inne realia społeczno-gospodarcze, co minimalizuje prawdopodobieństwo podania w zgłoszeniu nieprawdziwych danych. Jednakże taki argument nie wydaje się zasadny, z racji tego, że zarówno w Polsce, jak i w Wielkiej Brytanii występuje model gospodarki wolnorynkowej opartej na społeczeństwie składającym się z obywateli mających równe prawa m.in. w życiu społecznym, w szczególności w przestrzeni gospodarczej. Powoływanie się na okoliczności wskazujące na okazjonalność lub jednorazowość zawierania spółki, które mają zwiększyć prawdopodobieństwo popełnienia przez wspólników – założycieli błędów przy wypełnianiu wzorca umowy nie są przekonujące. Ryzyko związane z podaniem danych niezgodnych z prawdą jest związane z samym pomysłem zakładania spółek bez potrzeby wychodzenia z domu, co ma na celu przyśpieszenie i ułatwienie procesu zakładania oraz prowadzenia działalności gospodarczej. Wszelkie kwestie budzące wątpliwości należą do kognicji sądu rejestrowego. Dlatego też stawiając na szali przyśpieszenie procedury zakładania spółek oraz ryzyko podania nieprawdziwych danych w systemie teleinformatycznym uważam, że należy położyć nacisk na działania przyśpieszające.

Należy zaznaczyć, że ustawodawca przewidział możliwość zmiany umowy spółki z o.o. zawiązanej przy wykorzystaniu wzorca umowy po jej zarejestrowaniu. Jednakże nie przewidział do tego szczególnych rozwiązań proceduralnych. Dlatego też w tym przypadku zastosowanie mają przepisy art. 255–265 k.s.h. wskazujące m.in. obowiązek zachowania formy uchwały wspólników w przedmiocie zmiany umowy oraz dokonanie wpisu do rejestru. Występuje również ustawowy obowiązek zgłoszenia przez zarząd zmiany umowy spółki do sądu rejestrowego.

Nowelizacja k.s.h. zawiera generalne upoważnienie Ministra Sprawiedliwości do wydania rozporządzenia w zakresie określenia wzorca umowy. Mowa o rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 grudnia 2011 r. w sprawie określenia wzorca umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością udostępnionego w syste-

mie teleinformatycznym.¹¹ Określając szczegółowe przepisy wykonawcze Minister ma na uwadze konieczność kształtowania ułatwień w procesie zakładania spółek, zapewnienie sprawności postępowania przy ich zakładaniu oraz zapewnienie sprawności postępowania sądowego w przedmiocie ich rejestracji, jak również konieczność zapewnienia bezpieczeństwa i pewności obrotu gospodarczego. Kształt wzorca umowy jest określony w powyższym rozporządzeniu składającym się z 13 paragrafów oraz w złączniku do tego rozporządzenia. Natomiast sam wzorzec umowy spółki z o.o. jest *stricte* określony w załączniku. Spółka z o.o. zawiązywana z wykorzystaniem wzorca umowy nie musi być tworzona przez kilku współników – założycieli. Zaznaczono, iż występuje możliwość zawiązania spółki z o.o. przez jedną osobę. W tym przypadku wzorzec ten jest wykorzystywany jako wzorzec aktu założycielskiego spółki jednoosobowej. System teleinformatyczny zawiera wzorzec umowy, który umożliwia zakładającym spółkę określenie treści poszczególnych postanowień umowy w zależności od własnej woli, poprzez wskazanie poszczególnych postanowień umowy w granicach wskazanych rozporządzeniem. Faktyczne wypełnienie wzorca umowy polega na uzupełnieniu wolnych miejsc oraz wyborze i zaznaczeniu poszczególnych wariantów postanowień.

Dokonując charakterystyki wzorca umowy spółki z o.o. udostępnionego w systemie teleinformatycznym należy wyszczególnić oraz skomentować w nim zawarte unormowania. Na początku należy wskazać datę, określającą dzień, miesiąc oraz rok, w której umowa spółki z o.o. jest zawierana. Następnie w paragrafie pierwszym następuje określenie osób, które stały się oraz które oświadczają, że na podstawie niniejszej umowy zawiązują spółkę z o.o. Identyfikacja współników oraz osób powołanych w skład organów spółki następuje na podstawie firmy osoby fizycznej oraz numeru PESEL, natomiast w przypadku osób prawnych lub jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej następuje na podstawie firmy bądź nazwy oraz numeru KRS. Jednakże, jeżeli osoby fizyczne nie posiadają numeru PESEL, to do ich identyfikacji służy numer paszportu, wraz ze wskazaniem kraju jego wystawienia, jak również wraz ze wskazaniem miejsca zamieszkania i adresu. Natomiast jeżeli osoby prawne lub jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej nie są zarejestrowane w KRS, to podmioty te identyfikują określone numery we właściwym rejestrze, wraz z określeniem organu prowadzącego rejestr. Należy wskazać kraj, siedzibę oraz adres rejestru zagranicznego, który zawiera dane określonego podmiotu gospodarczego. Należy zaznaczyć, że wzorzec umowy spółki z o.o. nie obliguje do zawarcia umowy z określoną liczbą współników ani powołania wskazanej liczby członków organu. Paragraf 5 tego rozporządzenia mówi o przypadkowości wskazanej we wzorcu liczby oraz o nieograniczonym jej charakterze. Kolejno w paragrafie drugim umowy spółki należy wskazać firmę spół-

11 Dz.U. z 2011 r. Nr 299, poz. 1774.

ki z o.o. Występuje dowolność w obraniu firmy, jednak oczywista jest konieczność zastosowania regulacji dotyczącej prawa firmowego określonej w art. 43(1)–43(10) k.c.¹² oraz art. 160 k.s.h. W umowie należy podać siedzibę spółki. W tym przypadku obowiązuje również regulacja art. 41 k.c. wskazującą na miejscowość, w której siedzibę ma organ zarządzający osobą prawną, z zastrzeżeniem, że ustawa ani oparty na ustawie statut nie stanowi inaczej. Regulacja występująca w rozporządzeniu¹³ uszczegóławia, iż siedzibą będzie zawsze miejscowość na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z danymi z krajowego urzędowego podziału terytorialnego kraju TERYT.¹⁴ Kolejno w paragrafie czwartym umowy spółki należy określić przedmiot działalności. Przedmiot działalności spółki musi być tożsamy z systemem PKD określonym w systemie teleinformatycznym. Następny paragraf jest obszarem obejmującym wskazanie wysokości kapitału zakładowego, ilości oraz wartości nominalnej udziałów. W paragrafie szóstym umowy spółki należy wyszczególnić, ile udziałów i w jakiej łącznej wartości nominalnej obejmuje każdy ze współników. Wszelkie liczby wskazane we wzorcu umowy dotyczące udziałów, wartość kapitału zakładowego, wartość udziałów czy okresu kadencji członków organów należy podawać liczbami arabskimi oraz zapisami słownymi.

Paragraf siódmy umowy wskazuje, że spółka z o.o. zawiązywana z wykorzystaniem wzorca umowy jest zawiązywana na czas nieoznaczony. Jest to istotne ograniczenie możliwości kształtowania umowy spółki z o.o. zawieranej z wykorzystaniem wzorca umowy względem umowy spółki z o.o. zawieranej w formie aktu notarialnego.¹⁵ W paragrafie ósmym umowy należy określić kwestie dotyczące podzielnosci udziałów. Występują dwa warianty. Wariant A określa, że udziały w spółce są równe i niepodzielne, a każdy współnik może posiadać więcej niż jeden udział. Na każdy udział przypada jeden głos. Z kolei wariant B różni się możliwością umorzenia udziału za zgodą współnika w drodze nabycia udziału przez spółkę. W kolejnym paragrafie umowy występuje obligatoryjny charakter pokrycia udziałów wkładami pieniężnymi. Następnie występuje możliwość wyboru jednego z czterech wariantów określających zbywanie oraz zastawienie udziałów. Wariant A wskazuje na obligatoryjność uzyskania zgody spółki za zbycie oraz zastawienie udziałów. Wariant B wskazuje, że nie występuje wymóg uzyskania na te czynności zgody spółki. Wariant C natomiast określa, że zbycie oraz zastawienie udziału wymaga zgody spółki. Zastawnik i użytkownik mogą wykonywać prawo głosu z udziału, na którym usta-

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

13 §6, Dz.U. z 2011 r. Nr 299, poz. 1774.

14 Krajowy Rejestr Urzędowy Podziału Terytorialnego Kraju obejmuje systemy identyfikatorów i nazw jednostek podziału terytorialnego, nazw miejscowości, rejonów statystycznych i obwodów spisowych, identyfikacji adresowej ulic, nieruchomości, budynków i mieszkań. Ustawa z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej (Dz.U. z 1995 r. Nr 88, poz. 439 z późn. zm.), Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 15 grudnia 1998 r. w sprawie szczegółowych zasad prowadzenia, stosowania i udostępniania krajowego rejestru urzędowego podziału terytorialnego kraju oraz związanych z tym obowiązków organów administracji rządowej i jednostek samorządu terytorialnego (Dz.U. z 1998 r. Nr 157, poz. 1031 z późn. zm.).

15 Art. 157 § 2 k.s.h.

nowiono zastaw lub użytkowanie, jeżeli przewiduje to czynność prawna ustanawiająca ograniczone prawo rzeczowe oraz gdy w księdze udziałów dokonano wzmianki o jego ustanowieniu i o upoważnieniu do wykonywania prawa głosu. Z kolei wybranie wariantu D oznacza, że zbycie oraz zastawienie udziału nie wymaga zgody spółki. Natomiast zastawnik i użytkownik mogą wykonywać prawo głosu z udziału, na którym ustanowiono zastaw lub użytkowanie, jeżeli przewiduje to czynność prawna ustanawiająca ograniczone prawo rzeczowe oraz gdy w księdze udziałów dokonano wzmianki o jego ustanowieniu i o upoważnieniu do wykonywania prawa głosu. W jedenastym paragrafie umowy występuje alternatywa wariantów określających kapitały rezerwowe i zapasowe oraz zaliczki na poczet dywidendy. Wariant A – spółka może tworzyć kapitały rezerwowe i zapasowe. Wariant B – spółka może tworzyć kapitały rezerwowe i zapasowe. Zarząd może wypłacić zaliczkę na poczet przewidywanej dywidendy za rok obrotowy, jeżeli zaistnieją warunki wymagane przepisami prawa, a w szczególności jeżeli spółka posiada wystarczające środki na wypłatę. W kolejnym paragrafie należy uregulować kwestie dotyczącą organów spółki. W tym miejscu występują trzy opcje. Wariant A określa, że w skład organów spółki wchodzi zarząd, jak również zgromadzenie wspólników. Wariant B mówi o zarządzie, radzie nadzorczej oraz zgromadzeniu wspólników. Wariant C wyszczególnia również zarząd, radę nadzorczą, zgromadzenie wspólników. Określa, że wspólnikowi nie przysługuje prawo indywidualnej kontroli, chyba że rada nadzorcza nie została ustanowiona lub jeżeli liczba jej członków jest niższa niż wymagana umową. W paragrafie trzynastym rozstrzygane są kwestie liczby członków poszczególnych organów, ich kadencji oraz mandatu. Mianowicie zarząd składa się z jednego lub więcej członków powoływanych i odwoływanych uchwałą wspólników. Uchwała może określać funkcje poszczególnych członków zarządu. Kadencja członka zarządu nie jest określona z góry i wynosi liczbę lat wskazanych przez założycieli spółki. Kadencja członków organów spółki nie jest regulowana maksymalnym okresem powołania do tych organów, jednak najkrótszym okresem jest jeden rok. Wygaśnięcie mandatu członka zarządu następuje z chwilą upływu kadencji, odwołania ze składu zarządu, śmierci albo rezygnacji. W przypadku ustanowienia rady nadzorczej również liczba jej członków nie jest z góry określona. Wspólnicy uchwałą dokonują powołania i odwołania członków rady nadzorczej. Określenie kadencji członka rady nadzorczej należy do wspólników zawierających umowę spółki. W katalogu obejmującym przesłanki wygaśnięcia mandatu członka rady nadzorczej znajdują się: chwila upływu kadencji, odwołania ze składu rady, śmierć albo rezygnacja. W paragrafie czternastym umowy występuje alternatywa w doborze wariantów dotyczących reprezentacji spółki. W wariantcie A, w przypadku zarządu jednoosobowego oświadczenia w imieniu spółki składa członek zarządu. W przypadku zarządu składającego się z dwóch lub większej liczby osób do składania oświadczeń w imieniu spółki jest wymagane współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem. W wariantcie B każdy z członków

zarządu posiada upoważnienie do składania oświadczeń w imieniu spółki. W paragrafie piętnastym należy wskazać kogo wspólnicy powołują w skład pierwszych organów (zarządu lub rady nadzorczej) wraz z określeniem funkcji. Używając terminologii prawnogospodarczej w organach spółki występują „prezes zarządu” oraz „członek zarządu”, „przewodniczący rady nadzorczej”, „zastępca przewodniczącego rady nadzorczej” oraz „członek rady nadzorczej”. Rada nadzorcza jest organem fakultatywnym o charakterze kontrolnym. Dlatego też minimalny skład rady nadzorczej wynosi 3 osoby. Jednak organ ten musi występować w spółkach posiadających kapitał zakładowy przewyższający 500 tys. zł oraz gdy wspólników jest więcej niż 25. Paragraf szesnasty mówi o uzyskaniu uchwały wspólników na rozporządzenie prawem lub zaciągnięcie zobowiązania do świadczenia o wartości dwukrotnie przewyższającej wysokość kapitału zakładowego. W wariantcie A występuje obowiązek uzyskania uchwały, natomiast przy wyborze wariantu B takiego obowiązku nie ma. W ostatnim siedemnastym paragrafie umowy spółki z o.o. określone jest, że rok kalendarzowy jest rokiem obrotowym. Natomiast pierwszy rok obrotowy kończy się w dniu 31 grudnia roku wskazanego przez wspólników podczas sporządzania umowy. Wymogiem jest wskazanie daty końcowej pierwszego roku obrotowego zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy o rachunkowości.¹⁶ Rozporządzenie natomiast zaznacza, że data ta musi wystąpić w przeciągu 18 miesięcy od dnia zawązania spółki.

Techniczne kwestie dotyczące zakładania spółki w systemie teleinformatycznym określa rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 29 grudnia 2011 r. w sprawie trybu zakładania konta w systemie teleinformatycznym, sposobu korzystania z systemu teleinformatycznego i podejmowania w nim czynności związanych z zawiązaniem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przy wykorzystaniu wzorca umowy oraz wymagań dotyczących podpisu elektronicznego.¹⁷ Zawiera ono regulacje dotyczące ministerialnej strony w sieci Internet, która służy zakładaniu spółki.¹⁸ Wskazuje obowiązek założenia konta w systemie w celu rozpoczęcia procedury zakładania spółki.

Wracając do ustawy z dnia 1 kwietnia 2011 r. wprowadza ona do art. 158 k.s.h. paragrafy 1(1) oraz 1(2), które dotyczą wkładów na kapitał zakładowy. Powyżej wspomniano już o wyłącznie pieniężnym charakterze wkładów przy zawiązaniu umowy spółki z o.o. z wykorzystaniem wzorca umowy. Aczkolwiek taki warunek nie występuje przy podwyższaniu kapitału zakładowego po wpisie do rejestru spółki. Mianowicie w takim przypadku wkłady mogą przybrać formę pieniężną lub

16 Dz.U. z 2009 r. Nr 152, poz. 1223, z późn. zm.

17 Dz.U. z 2011 r. Nr 297, poz. 1762.

18 <https://ems.ms.gov.pl/> z dnia 28 października 2012 r., witryna internetowa Ministerstwa Sprawiedliwości.

formę niepieniężną.¹⁹ W art. 167 k.s.h. dopisano paragrafy 4 i 5, które określają dokumenty będące załącznikami niezbędnymi do zgłoszenia spółki z o.o. związanej z wykorzystaniem wzorca umowy do sądu. Wyłączono stosowanie przepisów paragrafów 1–3, a wprowadzono obowiązek załączenia dokumentów sporządzonych na formularzach wygenerowanych w systemie teleinformatycznym. Dokumentem tym jest przede wszystkim umowa spółki z o.o. Do zgłoszenia wymagana jest również lista wspólników z podaniem nazwiska i imienia lub firmy oraz liczby i wartości nominalnej udziałów każdego z nich. Należy obligatoryjnie dołączyć oświadczenie wszystkich członków zarządu o wniesieniu w całości wkładów na pokrycie kapitału zakładowego przez wspólników. Wszystkie wyszczególnione dokumenty muszą zostać opatrzone podpisem elektronicznym. Podpis ten obejmuje podanie nazwy użytkownika i hasła albo danych niezbędnych do posłużenia się bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.²⁰ Na zarządzie spółki z o.o. związanej z wykorzystaniem wzorca umowy ciąży ustawowy obowiązek złożenia wobec sądu rejestrowego wzorów podpisów członków zarządu albo ich notarialnego poświadczenia, jak również obowiązek złożenia oświadczenia, że wkłady na pokrycie kapitału zakładowego zostały przez wszystkich wspólników w całości wniesione, w przypadku niezłożenia takiego oświadczenia przy zgłoszeniu spółki. Ustawa w obu tych przypadkach przewiduje termin siedmiu dni od dnia wpisu spółki do rejestru na wniesienie tych dokumentów do sądu. Z kolei w kwestii dotyczącej oznaczenia pism spółki art. 206 § 1 pkt 4 k.s.h. otrzymał nowe brzmienie. Wszystkie pisma i zamówienia handlowe składane przez spółkę w formie papierowej i elektronicznej, a także informacje na stronach internetowych spółki powinny zawierać poza firmą spółki, jej siedzibą, adresem, oznaczeniem sądu rejestrowego, numerem identyfikacji podatkowej (NIP), również wysokość kapitału zakładowego, a dla spółki, której umowę zawarto przy wykorzystaniu wzorca umowy, do czasu pokrycia kapitału zakładowego, także informację, że wymagane wkłady na kapitał zakładowy nie zostały wniesione.

Jednocześnie wraz z k.s.h. zostały znowelizowane inne ustawy zawierające regulacje dotyczące procedury cywilnej, Krajowego Rejestru Sądowego oraz kosztów sądowych. W ustawie Kodeks postępowania cywilnego²¹ dodano regulacje dostosowujące procedurę cywilną do podpisu elektronicznego niezbędnego przy zawieraniu spółki z o.o. z wykorzystaniem wzorca umowy. Dodatkowo § 4 i 5 art. 694(3) k.p.c. wskazują, że doręczenia orzeczeń i pism sądowych składanych do KRS dokonywane będą osobom składającym wniosek za pośrednictwem systemu teleinformatycznego obsługującego postępowanie rejestrowe. Natomiast doręczenie będzie

19 Szerzej na temat wkładów niepieniężnych: A. Malarewicz–Jakubów, *Nieruchomość jako wkład do spółki kapitałowej*, [w:] *Z zagadnień prawa rolnego, cywilnego i samorządu terytorialnego*. Księga jubileuszowa profesora Stanisława Prutisa, J. Bieluk, A. Malarewicz–Jakubów, A. Doliwa (red.), Białystok 2012, s. 557–569.

20 § 5 Rozporządzenia MS, Dz.U. z 2011 r. Nr 297, poz. 1762.

21 Dz.U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.

następować z datą wskazaną w elektronicznym potwierdzeniu odbioru korespondencji. Jeżeli takie potwierdzenie nie wystąpi, to doręczenie będzie uznane za skuteczne z upływem 14 dni od daty umieszczenia korespondencji w systemie. W ustawie z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym²² również dostosowano postępowanie rejestrowe do kwestii wniosku o wpis do Rejestru spółki utworzonej z wykorzystaniem wzorca umowy. Wskazano m.in, że nieopłacenie wniosku złożonego drogą elektroniczną nie wywołuje skutków wniesienia pisma do sądu. Ponadto wniosek o przyjęcie dokumentu zawierającego wzory podpisów członków zarządu uwierzytelnione notarialnie albo złożone przed sędzią lub upoważnionym pracownikiem sądu nie podlegają opłacie sądowej. Został określony termin, w którym sąd rejestrowy musi rozpoznać wniosek o wpis spółki z o.o. zawiązanej z wykorzystaniem wzorca umowy. Jest to termin jednego dnia od daty jego wpływu do sądu rejestrowego. W przypadku wezwania przez sąd do usunięcia przeszkody do dokonania wpisu, termin do rozpoznania wniosku o wpis wynosi 7 dni od usunięcia przeszkody przez wnioskodawcę. Natomiast termin ten wynosi jeden miesiąc w przypadku zaistnienia konieczności wysłuchania uczestników postępowania albo przeprowadzenia rozprawy. W ustawie o kosztach sądowych w sprawach cywilnych²³ w art. 104a wyłączono stosowanie przepisów art. 96 ust. 1 pkt 10, art. 100–103, art. 104 ust. 2 oraz art. 105 w przypadkach złożenia wniosku do KRS spółki z o.o. zawiązaną z wykorzystaniem wzorca umowy oraz w elektronicznym postępowaniu upominawczym. Oznacza to, że nie można żądać zwolnienia od kosztów sądowych.

Forma prawna spółki z o.o. należy do najczęściej zawiązywanych na przełomie pierwszego półrocza bieżącego roku – 9944. Dokonując porównania, w tym samym okresie zawiązano 213 spółek akcyjnych, 87 spółek partnerskich, 354 spółki jawne, 1075 spółek komandytowych oraz 521 spółek komandytowo-akcyjnych. Zgodnie ze stanem na 30.06.2012 r. dotychczas zostały zawiązane 278 494 spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.²⁴ Natomiast przez dziesięć miesięcy obowiązywania fakultatywnego sposobu zakładania spółki z o.o., tj. z wykorzystaniem wzorca umowy spółki z o.o., dokonano wpisu do rejestru 2675 spółek zawiązywanych z wykorzystaniem wzorca umowy.²⁵ Liczba ta może świadczyć o dużej popularności tego sposobu zawiązywania spółki z o.o.

Dokonując oceny ustawy z dnia 1 kwietnia 2011 r. należy powiedzieć, iż wprowadzone zmiany wychodzą naprzeciw zmieniającej się rzeczywistości techniczno-gospodarczej. Dobrą jest sytuacja, kiedy prawo dorównuje blisko dwudziestoletnim oczekiwaniom dotyczącym ułatwień w zakładaniu działalności gospodarczej,

22 Dz.U. z 2007 r. Nr 168, poz. 1186 z późn. zm.

23 Dz.U. z 2010 r. Nr 90, poz. 594 z późn. zm.

24 Zmiany strukturalne grup podmiotów gospodarki narodowej w rejestrze REGON, I półrocze 2012 r., GUS, Warszawa 2012, s. 127.

25 Dane uzyskane z Ministerstwa Sprawiedliwości, Departament Informatyzacji i Rejestrów Sądowych.

w szczególności w zawiązywaniu spółek. Należy jednoznacznie opowiedzieć się za pozytywnym postrzeganiem wyłączenia instytucji notariusza z procesu zawiązywania spółki z o.o., ponieważ zawiązywanie spółki z o.o. z wykorzystaniem wzorca umowy spółki z o.o. jest modelem fakultatywnym względem dotychczasowej, klasycznej regulacji. Wykorzystanie wzorca umowy spółki z o.o. jest dodatkową opcją, a nie jedyną. Osoby chcące skorzystać z porady prawnej notariusza będą ciągle wybierały dotychczasowy sposób zawiązywania spółki. Natomiast osoby, które będą chciały dokonać tego w sposób szybszy, a jednocześnie równorzędny prawnie skorzystają z trybu S–24. Postulowanie wprowadzenia instytucji notariusza w postępowaniu S–24 nie wydaje się potrzebne. Oczywistym jest, że w niedalekiej przyszłości ustawodawca zgodnie ze postulatami doktryny²⁶ będzie czynił dalsze kroki mające na celu przyśpieszenie procesu oraz zwiększanie ułatwień w zakładaniu spółek oraz ochronie prawnej obrotu gospodarczego. Dokonując ogólnej oceny niedawno wprowadzonych do systemu prawnego rozwiązań, należy stwierdzić, że są dobrym początkiem.

BIBLIOGRAFIA

1. Kidyba A., Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz, Warszawa 2002.
2. Leśniak M., Spółka z o.o. zakładana za pomocą wzorca umowy – nowelizacja kodeksu spółek handlowych, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011, nr 11.
3. Małarewicz–Jakubów A., Nieruchomość jako wkład do spółki kapitałowej, [w:] Z zagadnień prawa rolnego, cywilnego i samorządu terytorialnego. Księga jubileuszowa profesora Stanisława Prutisa, Bieluk J., Małarewicz–Jakubów A., Doliwa A. (red.), Białystok 2012.
4. Ustawa z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej (Dz.U. z 1995 r. Nr 88, poz. 439 z późn. zm.).
5. Ustawa z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz.U. Nr 130, poz. 1450, z późn. zm.).
6. Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800, z późn. zm.).
7. Ustawa z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. Nr 64, poz. 565 ze zm.)
8. Ustawa z dnia 1 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw. (Dz.U. z 2011 r. Nr 92, poz. 531).
9. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 15 grudnia 1998 r. w sprawie szczegółowych zasad prowadzenia, stosowania i udostępniania krajowego rejestru urzędowego podziału terytorialnego kraju oraz związanych z tym obowiązków organów administracji rządowej i jednostek samorządu terytorialnego (Dz.U. z 1998 r. Nr 157, poz. 1031 z późn. zm.).

26 Szerzej na temat postulatów zastosowania wzorców umów w odniesieniu do spółek osobowych zob. M. Leśniak, Internetowe wzorce umów handlowych spółek osobowych – konieczność czasów społeczeństwa informatycznego, „Przegląd Prawa Handlowego” 2012, nr 09, s. 41–44.

10. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 grudnia 2011 r. w sprawie określenia wzorca umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością udostępnionego w systemie teleinformatycznym (Dz.U. z 2011 r. Nr 299, poz. 1774).
11. Rozporządzenie ministra sprawiedliwości z dnia 29 grudnia 2011 r. w sprawie trybu zakładania konta w systemie teleinformatycznym, sposobu korzystania z systemu teleinformatycznego i podejmowania w nim czynności związanych z zawianiem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przy wykorzystaniu wzorca umowy oraz wymagań dotyczących podpisu elektronicznego (Dz.U. z 2011 r. Nr 297, poz. 1762).

STREAMLINING PROCEDURES WHILE SETTING UP A LIMITED LIABILITY COMPANY AFTER 1 JANUARY 2012 – A LIMITED LIABILITY COMPANY AND ITS STANDARD SAMPLE FORM

The Article refers to the issue of setting up a limited liability company, and in particular its standard sample form. The main axis is the Act dated 1 April, 2011 Amending The Commercial Companies' Code Act and some other Acts. (Journal of Laws, 2011, No. 92, item 531) . Newly introduced regulations provide a standard sample form whereby a limited liability company may be quickly set up, represent a relevant subject on precipitating the operations of economic activity as well as streamlining the organizational and legal procedures that lead to establishing a limited liability company. So far, certain elements of a standard sample form for a limited liability company have been characterized and some changes during establishing a new company have been shown. Within a standard sample form, some changes on financial contribution and indispensable documentation to register a new company will be discussed. The raised issues are just the initial voices in the discussion over the changes that have already been implemented. There is a heated debate over the role of a notary public during registry proceedings. Not only do changes that introduce a standard sample form regulate commercial law, but they also significantly affect civil proceedings, court–costs matters and the National Court Registry. The above–mentioned issue seems to be crucial in effectively performing the process of setting up limited liability companies and handling judicial proceedings while registering them. Issues which refer to facilitating setting up limited liability companies are postulates that have been raised in the doctrine and in particular in economies for almost two decades. For those reasons, the regulation which helps to secure economic stability and seems to be the first step towards fulfilling the expectations of science and practice cannot go unnoticed.

Key words: Limited liability company, A standard sample form of a limited liability company, A notary public in company registry process, Commercial law, Capital companies; Setting up a company/establishing a company

KONSULTACJE SPOŁECZNE I REFERENDUM JAKO FORMY PARTYCYPACJI SPOŁECZNEJ W SPRAWOWANIU WŁADZY SAMORZĄDOWEJ

I. Zagadnienia wstępne

Konstytucja RP ma znaczenie jako generalna podstawa do tworzenia ustaw zawierających przepisy określające tematykę i formy dialogu społecznego. Jednakże ogólność sformułowań ujętych w Konstytucji ogranicza bezpośredniość stosowania jej przepisów do dialogu społecznego podczas procesu legislacyjnego i dyskusji społecznej nad oceną skutków regulacji. Art. 4 ust. 2 Konstytucji formułując zasadę suwerenności Narodu, stanowi, że władzę Naród sprawuje przez swoich przedstawicieli lub bezpośrednio decyduje w swoich sprawach oraz jest twórcą prawa i organów państwowych, legitymizując ich działalność. Także Europejska Karta Samorządu Terytorialnego (dalej EKST)¹ zawiera postanowienia nakładające na sygnatariuszy tego dokumentu obowiązek konsultowania ze wspólnotami lokalnymi o tyle, o ile jest to możliwe, we właściwym czasie i w odpowiednim trybie, wszelkich spraw związanych z procesem planowania i podejmowania decyzji bezpośrednio dotyczących tych wspólnot. Warty uwagi jest fakt, że EKST w pierwszej kolejności wymienia bezpośrednie formy realizacji prawa obywateli do decydowania o sprawach publicznych. Polski ustawodawca uregulował te zagadnienia odwrotnie, ustanawiając w art. 11 ust. 1 u.s.g., iż mieszkańcy gminy podejmują rozstrzygnięcia w głosowaniu powszechnym lub za pośrednictwem organów gminy.

W państwach demokratycznych prawo obywateli do kierowania i zarządzania sprawami publicznymi stanowi jedną z podstawowych zasad ustrojowych. Prawo do uczestnictwa w kierowaniu sprawami publicznymi jest istotnym elementem syste-

1 Dz.U. z 1994 r., Nr 124 poz. 607.

mu praw człowieka². Należy ono do kategorii wolności i praw politycznych. Prawo to zostało również *expressis verbis* wskazane w Międzynarodowym Pakiecie Praw Obywatelskich i Politycznych (art. 25)³. Istotą tradycyjnie pojmowanych praw człowieka jest to, że przysługują one jednostce niezależnie od aktów prawa pozytywnego; prawo pozytywne ich nie ustanawia, powinno natomiast je uznawać⁴. W literaturze spotkać można poglądy kwalifikujące wspólnotę mieszkańców jako organ administracji publicznej, jednak M. Kasiński nie podziela tych poglądów. Stoi on na stanowisku, iż *de lege lata* nie ma możliwości ani potrzeby uznania wspólnoty mieszkańców jako osobnego organu samorządowego w sensie prawnym⁵. Według autora wspólnota jest pierwotnym podmiotem samorządu, realizującym swoją władzę uczestnicząc np. w referendum. W doktrynie zachodniej, w szczególności francuskiej i amerykańskiej, na określenie prawa do uczestniczenia w życiu publicznym *sensu largo* częstokroć używa się terminu „prawo do partycypacji”⁶. Zgodnie z definicją, jaką posługuje się Instytut Spraw Publicznych, partycypacja to bezpośrednie i pośrednie, sformalizowane i niesformalizowane, indywidualne i zbiorowe uczestnictwo obywateli w podejmowaniu i wykonywaniu decyzji dotyczących dobra wspólnego⁷. Partycypacja społeczna zakłada uczestnictwo mieszkańców w projektowaniu i podejmowaniu rozstrzygnięć mających wpływ na funkcjonowanie tej społeczności właściwie pod każdym względem: społecznym, ekonomicznym, gospodarczym, kulturowym, zdrowotnym czy środowiskowym, a tym samym zaangażowanie jednostki w proces decyzyjny, który może mieć charakter rozstrzygający jak referendum lub opiniujący jak konsultacje. Punktem wyjścia dla rozważań partycypacji społecznej jako formy sprawowania władzy jest postulat utworzenia partycypacyjnego modelu administracji publicznej. W modelu tym akcentuje się nie tyle aspekt efektywności ekonomicznej działania administracji, co raczej aspekt demokratyzacji – udziału w działaniu administracji zarówno jego bezpośrednich wykonawców (urzędników niższej rangi), jak i potencjalnych adresatów i beneficjentów działania administracji publicznej⁸.

Konsultacje społeczne⁹ służą urzeczywistnianiu wizji społeczeństwa obywatelskiego oraz stanowią prawo do uczestniczenia w życiu publicznym. Ustawodawca nigdzie nie zawarł definicji legalnych konsultacji społecznych, a ich regulacje prawne są rozproszone. W pierwszej kolejności należy wskazać Konstytucję, w której ustawodawca nie zawarł wprost wymogu przeprowadzenia konsultacji społecznych,

2 E. Olejniczak–Szałowska, Prawo do uczestnictwa w kierowaniu sprawami publicznymi we wspólnotach samorządowych w świetle dyrektywy Rady 94/80/WE, ST 2006, nr 1–2, s. 5.

3 Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz.167.

4 E. Olejniczak–Szałowska, Prawo do udziału w referendum lokalnym. Rozważania na tle ustawodawstwa polskiego, Łódź 2002, s. 25.

5 M. Kasiński, Monizm i pluralizm władzy lokalnej, Łódź 2009, s. 282.

6 E. Olejniczak–Szałowska, Prawo do udziału w referendum lokalnym..., *op. cit.*, Łódź 2002, s. 24–25.

7 A. Olech, Modele Partycypacji w sprawowaniu władzy, Warszawa 2010.

8 M. Stefaniuk, Działanie administracji publicznej w ujęciu nauk administracyjnych, Lublin 2009, s. 408.

9 E. Kotecka, [w:] Współdziałanie w samorządzie terytorialnym, Łódź 2012, s. 30 i n.

ale wynika to z zasad konstytucyjnych. W doktrynie wielu autorów definiuje konsultacje w różny sposób, choć pojęcia te sprowadzają się do podobnych wniosków. E. Olejniczak–Szałowska określa konsultacje społeczne w JST jako formę uczestnictwa członków wspólnoty samorządowej w kierowaniu sprawami publicznymi polegającą na wyrażaniu i przekazywaniu opinii na temat projektu rozstrzygnięcia poddanego procesowi konsultacyjnemu zainicjowanemu przez organ, w którego kompetencji mieści się załatwienie spraw danego rodzaju.¹⁰ Z. Niewiadomski uważa, iż konsultacje mają stanowić swoistego rodzaju rekompensatę za brak możliwości stosowania współcześnie demokracji bezpośredniej i jest tzw. „demokracją uczestniczącą”, wykraczającą poza gramatyczne brzmienie przepisu.¹¹ J. Wylęzałek prezentuje pogląd, iż istotą konsultacji społecznych jest przepływ opinii pomiędzy dwoma rodzajami podmiotów – organami podejmującymi decyzje (podmioty konsultujące) a globalnymi i częściowymi społecznymi podmiotami władzy (podmioty konsultowane)¹². W. Durka zauważa, że występowanie komunikacji zwrotnej pozwala na uniknięcie wielu konfliktów i przyspiesza proces decyzyjny, a w poszukiwaniu optymalnego rozwiązania duże znacznie może mieć wiedza mieszkańców o występujących problemach, a także we wcześniejszych sposobach ich rozwiązania¹³.

W Polsce tryb konsultacji nie został określony ustawowo, dlatego można spotkać różne ich formy,¹⁴ np. stron www¹⁵ (niezbędne jest utworzenie forum¹⁶), głosowania, wysłuchania publicznego, cyklu bezpośrednich spotkań¹⁷, ankiet, konkursu z nagrodami, spotkania parkowego, spacerów miejskich, konferencji (jednak możliwe są one do zastosowania na bardzo zaawansowanym etapie konsultacji, wówczas należy je traktować jedynie jako podsumowanie wszystkich wcześniejszych etapów). Oryginalną formą konsultacji są Warsztaty Charrette¹⁸, gdzie pod okiem ekspertów/trenerów każda ze stron przedstawia argumenty za i przeciw, a następnie wypracowuje się stanowiska kompromisowe. Zakres podmiotowy uczestników konsultacji jest bardzo szeroki i zależy w dużej mierze od formy przeprowadzonych konsultacji. Obywatelom UE bez polskiego obywatelstwa przysługuje również prawo udziału w konsultacjach społecznych prowadzonych we wspólnotach samorzą-

10 E. Olejniczak–Szałowska, [w:] M. Stahl, B. Jaworska–Dębska (red.), *Encyklopedia samorządu terytorialnego dla każdego*, Ustrój, Warszawa 2010, s. 87–88.

11 Z. Niewiadomski, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz z odniesieniami do ustaw o samorządzie powiatowym i samorządzie województwa*, Warszawa 2011, s. 66.

12 J. Wylęzałek, *Kilka uwag w sprawie pojęcia konsultacji społecznej*, PIP 1982, nr 1–2, s. 70.

13 W. Durka, [w:] Z. Zychowicz (red.), *Konsultacje społeczne w samorządzie terytorialnym*, Szczecin 2011, s. 13.

14 E. Kotecka, [w:] *Współdziałanie w samorządzie terytorialnym*, *op. cit.*, s. 33–35.

15 www.konsultacje.um.warszawa.pl

16 UM Łodzi <http://forum.samorząd.lodz.pl> jednak z tej możliwości nikt nie skorzystał.

17 W Lesznie w 2001 r. odbyły się konsultacje w celu wydania opinii w sprawie połączenia Leszna z powiatem leszczyńskim. Uchwała nr XXXIV/359/2001.

18 9–11.02.2011 r. Organizatorami warsztatów był UM w Dąbrowie Górniczej oraz Śląski Związek Gmin i Powiatów (www.silesia.org.pl). Także Ruda Śląska przeprowadziła warsztaty Charrette 8–10.06.2011 r., gdzie omawiany był Lokalny Program Rewitalizacji, www.esil.pl

dowych szczebla gminnego¹⁹. Na tle omawianych zagadnień pojawił się dylemat – czy rada gminy w uchwale w sprawie zasad i trybu przeprowadzania konsultacji z mieszkańcami może określić, że mają prawo brać w nich udział wyłącznie osoby posiadając czynne prawo wyborcze do rady gminy? Zdecydowanie należy negatywnie ocenić takie podejście, bowiem okoliczność, iż dana osoba jest pozbawiona praw publicznych bądź ubezwłasnowolniona (nie posiada praw wyborczych) nie jest pozbawiona statusu mieszkańca gminy. Przepisy mieszkańca utożsamiają z osobą stale zamieszkującą na terenie danej gminy, a nie osobą posiadającą pełnię praw. Takie stanowisko zajął także WSA wywodząc, że rada nie ma delegacji do zawężenia kręgu osób uprawnionych do wzięcia udziału w konsultacjach tylko do mieszkańców posiadających pełnię praw wyborczych²⁰.

Niezależnie od tego, czy konsultacje mają charakter obligatoryjny czy fakultatywny, to rozstrzygnięcie danej sprawy bez uprzedniego przeprowadzenia obligatoryjnych konsultacji stanowi naruszenie prawa. Jak zauważa M. Mączyński, można sobie wyobrazić taką sytuację, że z przyczyn niezależnych od mieszkańców, np. technicznych, organizacyjnych – konsultacje nie zostaną przeprowadzone, a w związku z tym organ stanowiący nie może podjąć skutecznej uchwały w sprawie wyrażenia swojego stanowiska co do opinii (bezwzględne wymaganie wcześniejszego przeprowadzenia konsultacji), art. 4a ust. 3, zaś uznaje to wymaganie – wbrew interesowi społeczności lokalnej – za spełnione²¹.

II. Relacje pomiędzy instytucją referendum i konsultacji

Jak zauważa M. Stahl, można odnieść wrażenie, że ani rada, ani mieszkańcy nie rozróżniają konsultacji społecznych i instytucji referendum, instytucji odrębnych na płaszczyźnie prawnej i mających odmienne cele.²² NSA w wyroku z 21 lipca 1999 r.²³ podniósł, że sprawy, które są ustawowo zastrzeżone na rzecz organów gminy nie mogą być przedmiotem referendum rozstrzygającego, a wynik referendum przeprowadzonego w takiej sprawie może być traktowany jedynie w kategoriach konsultacji społecznych. W wyroku NSA z 1 lutego 2001 r.²⁴ sąd orzekł, że aby rozstrzygnięcie dokonane przez mieszkańców w drodze referendum gminnego mogło być realizowane z wiążącym skutkiem dla sprawy, musi się ono mieścić w zakresie zadań i kompetencji gminy. Jak dalej wywodzi sąd, przyjęcie innego stanowiska doprowadziłoby do naruszenia właściwości organu. Jak wywodzi

19 E. Olejniczak–Szałowska, Prawo do uczestnictwa w kierowaniu sprawami publicznymi..., *op. cit.*, s. 11.

20 Wyrok z 12 czerwca 2006r. II SA/Op 207/06.

21 M. Mączyński, [w:] P. Chmielnicki (red.), Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz, Warszawa 2010, s. 103.

22 B. Jaworska–Dębska, [w:] M. Stahl (red.), Prawo administracyjne, pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie, Warszawa 2009, s. 364.

23 IV SA 2452/98, Lex 47300 (niepubl.).

24 II SA 2817/00, Lex Polonica nr 2085225.

NSA w postanowieniu z 29 czerwca 1993 r.²⁵ przedmiotem referendum gminnego nie może być opiniodawcze stanowisko rady gminy lub innego jej organu, wypowiedziane w sprawie nie należącej do zakresu działania gminy. Fakt, że ustawodawca nie określa formy konsultacji, stanowiąc jedynie, że zasady i tryb określa rada gminy w drodze uchwały może sugerować, że konsultacje mogą mieć dowolną formę, tymczasem konsultacje nie mogą przyjąć formy referendalnej. Na tle omawianych zagadnień pojawiły się doktrynalne wątpliwości, czy gminy mogą przeprowadzić referendum w sprawie zmiany granic zaproponowanej przez Radę Ministrów w sytuacji, gdy ustawa nakazuje przeprowadzenie konsultacji oraz czy w przypadku tworzenia jednostek pomocniczych możliwe jest przeprowadzenie referendum zamiast konsultacji? Początkowo zdecydowanie przeważał pogląd, że *de lege lata* w sprawie tego rodzaju nie może być przeprowadzone referendum, bowiem opiniodawczy charakter konsultacji wykluczał możliwość przeprowadzenia referendum, które ma wiążący charakter²⁶. Odmienne stanowisko zajął TK²⁷ wywodząc, że przedmiotem referendum może być każda sprawa dotycząca wspólnoty mieszkańców, niezastrzeżona do wyłącznej kompetencji organów władz publicznych innych niż samorządowe – referendum opiniodawcze także w przypadkach, w których ustawodawca przewiduje przeprowadzenie konsultacji. Dlatego też nakaz zawarty w art. 170 w zbiegu z art. 163 Konstytucji, a skierowany do ustawodawcy należy rozumieć jako nakaz dopuszczenia referendum, wyrażającego wolę mieszkańców wszędzie tam, gdzie mogą oni współkształtować proces decyzyjny, dotyczący istotnej sprawy danej wspólnoty – choćby nie mogli oni przesądzać całkowicie o sposobie załatwienia sprawy. W związku ze stanowiskiem TK ustawodawca znowelizował przepisy i wprowadzono 4 rodzaj referendum. W dodanym art. 4c u.s.g. wprowadzono zapis, zgodnie z którym w sprawie zmiany granic może być przeprowadzone referendum lokalne z inicjatywy mieszkańców, wówczas konsultacji społecznych nie przeprowadza się. R. Szarek twierdzi, iż w świetle naszego prawa instytucja „referendum gminne” uplasowała się wyżej od konsultacji z mieszkańcami,²⁸ a brak przeciwwskazań ustawowych co do przeprowadzenia referendum gminnego czyni dopuszczalnym korzystanie z tej instytucji nawet w sytuacjach, gdy przepisy szczególne nakazują przeprowadzenie konsultacji. Z podglądem tym nie można się jednak zgodzić, bowiem w przypadku zmiany granic wynik konsultacji nie jest dla Rady Ministrów wiążący, a właśnie taki charakter miałyby referendum gminne. Stanowisko w tej sprawie zajął NSA, który w tezie wyroku z 17 grudnia 2001 r. stwierdził wprost, że skoro w sprawie podziału gminy na dwie mniejsze gminy obligatoryjne jest przeprowadzenie konsultacji z mieszkańcami gminy, to tym samym nie jest

25 SA/Wr 935/93, ONSA 1994, nr 3, poz. 105.

26 M. Maćczyński, [w:] P. Chmielnicki (red.), Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz, op. cit., s. 105.

27 Wyrok TK z 26 lutego 2003 r., K 30/02, OTK ZU 2003, nr 2A, poz. 16.

28 R. Szarek, Konsultacje czy referendum?, „Wspólnota” 1997, nr 28, s. 23.

dopuszczalne przeprowadzenie referendum gminnego²⁹. W uzasadnieniu NSA wywiódł, że zgodnie z utrwaloną już linią orzecznictwa, referendum lokalne oraz konsultacje są dwiema oddzielnymi instytucjami prawnymi, których nie można ze sobą utożsamiać ani stosować zamiennie. Nie ma też podstaw prawnych, aby na zasadzie *a minori ad maius*³⁰ domniemywać dopuszczalność przeprowadzenia w takiej sprawie referendum gminnego. Wbrew więc obiegowemu pogładowi, prawo przedmiotowe zawiera kilka zakazów organizowania referendum gminnego. W przypadku analizowanym przez omawiany tu wyrok NSA zakaz wynika z obligatoryjnych konsultacji. Odmiennie stanowisko zajął NSA w postanowieniu z 22 września 1995 r. stwierdzając, że mieszkańcy gminy (...) mogą wystąpić do rady gminy z inicjatywą przeprowadzenia referendum gminnego, w sprawie podziału gminy przez utworzenie dwóch nowych gmin³¹.

III. Obligatoryjność i fakultatywność

Podzielam pogląd E. Olejniczak-Szałowskiej, że w przypadku konsultacji obligatoryjnych, członek społeczności lokalnej ma prawo do konsultacji, ma nawet prawo żądać, aby podmioty władzy publicznej zasięgały jego opinii oraz brały ją pod uwagę przed podjęciem decyzji³². Jak dalej wywodzi autorka, istnieją środki prawne służące skutecznemu dochodzeniu tego prawa. Według klasyfikacji publicznych praw podmiotowych przeprowadzonej przez M. Kuleszę, omawiane prawo mieści się w kategorii praw podmiotowych do współdziałania z administracją w rozstrzyganiu spraw publicznych³³. Takie stanowisko zajął także Z. Niewiadomski, twierdząc, że mieszkańcy mają prawo żądania przeprowadzenia konsultacji pod rygorem wadliwości podjętego działania, ale nawet w przypadku konsultacji fakultatywnych odmowa ich przeprowadzenia nie może pozostać poza oceną zainteresowanych, dokonywaną głównie na płaszczyźnie politycznej³⁴. Na początku warto podkreślić, iż ustawodawca użył niefortunnego sformułowania, iż w wypadkach przewidzianych ustawą „mogą być przeprowadzane” na terytorium gminy konsultacje z mieszkańcami, co może sugerować ich fakultatywność. Tymczasem, jak słusznie zauważa E. Olejniczak-Szałowska³⁵, w wypadkach przewidzianych ustawą konsultacje nie są fakultatywne, lecz obligatoryjne. Konsultacje fakultatywne mogą być

29 II SAB/Kr 117/01.

30 Skoro wolno mniej, to tym bardziej wolno więcej, czyli skoro wolno przeprowadzić konsultacje, to tym bardziej dopuszczalne jest referendum gminne.

31 SA/Wr 2134/95.

32 E. Olejniczak-Szałowska, [w:] M. Stahl (red.), Prawo administracyjne, pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie, Warszawa 2009, s. 364–365.

33 *Ibidem*, s. 365.

34 Z. Niewiadomski, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski (red.), Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz z odniesieniami do ustaw o samorządzie powiatowym i samorządzie województwa, Warszawa 2011, s. 68.

35 E. Olejniczak-Szałowska, Konsultacje we wspólnocie samorządowej, ST 1997, nr 1–2, s. 103.

przeprowadzone na każdym szczeblu samorządu we wszystkich sprawach ważnych dla gminy i jej mieszkańców (art. 5a ust. 1 *in fine*) oraz wypadkach przewidzianych w ustawie. Kryterium ważności nie zostało nigdzie przez ustawodawcę zdefiniowane. Zatem można uznać, że „ważne” to każde wydarzenie, które stanowi o życiu danej społeczności na danym terenie. O tym, czy sprawa jest ważna dla gminy, decyduje rada gminy. Może to czynić każdorazowo albo w sposób ogólny w wydanych przez siebie przepisach „o zasadach i trybie przeprowadzania konsultacji”³⁶. W wyroku NSA³⁷ uznał, iż uprawnienie podmiotu, czy w danej sprawie przeprowadzić konsultacje czy nie, nie jest jednoznaczne z obowiązkiem, oczywiście poza obligatoryjnym zakresem. M. Mączyński zauważa, że to rada gminy ustanawiając zasady i tryb przeprowadzenia konsultacji powinna uwzględnić kryteria, czy sprawa jest ważna dla gminy³⁸. Stanowisko w tej sprawie zajął także NSA w postanowieniu z 29 czerwca 2003 r. twierdząc, iż przedmiotem referendum ma być stanowcze rozstrzygnięcie określonej „sprawy ważnej dla gminy”, a rozstrzygnięta w ten sposób sprawa musi się mieścić w zakresie właściwości organów gminy³⁹.

IV. Wnioski *de lege ferenda*

M. Stefaniuk zauważa, że przedmiotem zainteresowania badaczy zajmujących się problemem partycypacji w działaniach administracji publicznej były także jej granice. W tym zakresie ukształtowały się dwa stanowiska. Pierwsze idealistyczne i radykalne – w demokratycznym państwie partycypacja, której celem jest dążenie do samorealizacji obywateli, nie ma granic. Według drugiego stanowiska, bardziej realistycznego, hołdującego przekonaniu, że partycypacja jest raczej formą uzupełnienia mechanizmów demokracji przedstawicielskiej niż samodzielnym i jedynym sposobem podejmowania demokratycznych decyzji, istnieje potrzeba określenia granic tej partycypacji⁴⁰.

Ciekawe propozycje zmian ustawowych wnosi projekt⁴¹ *ustawy o wzmocnieniu udziału mieszkańców w działaniach samorządu terytorialnego, o współdziałaniu gmin, powiatów i województw*⁴². Projekt tej ustawy podtrzymuje konieczność istnienia instytucji konsultacji społecznych, a nawet wzmacnia ich pozycje. Wzmocniona tu została pozycja sołectw – ustawa przewiduje *explicite*, że konsultacje mogą polegać na wyrażeniu stanowiska przez zebrania wiejskie (art. 7 ust. 3). Kolejną pro-

36 Z. Leoński, Samorząd terytorialny w RP, Warszawa 2006, s. 104.

37 Wyrok NSA z 9.06.2010, II OSK 378/10 Legalis.

38 M. Mączyński, [w:] P. Chmielnicki, Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz, *op. cit.*, s. 108.

39 SA/Wr 935/93, ONSA 1994, nr 3, poz. 105.

40 M. Stefaniuk, Działanie administracji publicznej w ujęciu nauk administracyjnych, *op. cit.*, s. 410.

41 Proponowana ustawa jest efektem prac zespołu „Samorząd Terytorialny dla Polski” funkcjonującego w ramach Forum Debaty Publicznej.

42 E. Kotecka, [w:] Współdziałanie w samorządzie terytorialnym, *op. cit.*, s. 50–52.

pozycją jest zapytanie obywatelskie (art. 12 ust. 1) i wysłuchanie obywatelskie, które stanowi *de facto* szczególny przypadek konsultacji (art. 9 ust. 1). Wprowadzany przez niniejszą ustawę wachlarz nowych narzędzi zwiększających wpływ poszczególnych członków wspólnot samorządowych na decyzje podejmowane przez organy tych wspólnot przełoży się w dłuższej perspektywie na silniejszą partycypację, a co za tym idzie – lepsze urzeczywistnienie idei samorządności.

BIBLIOGRAFIA

1. Durka W., [w:] Zychowicz Z. (red.), *Konsultacje społeczne w samorządzie terytorialnym*, Szczecin 2011.
2. Jaworska–Dębska B., [w:] Stahl M. (red.) *Prawo administracyjne, pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Warszawa 2009.
3. Kasiński M., *Monizm i pluralizm władzy lokalnej*, Łódź 2009.
4. Kotecka E., [w:] *Współdziałanie w samorządzie terytorialnym*, Łódź 2012.
5. Leoński Z., *Samorząd terytorialny w RP*, Warszawa 2006.
6. Mączyński M., [w:] Chmielnicki P. (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa 2010.
7. *Modele Partycypacji w sprawowaniu władzy*, A. Olech, Warszawa 2010.
8. Niewiadomski Z., [w:] Hauser R., Niewiadomski Z. (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz z odniesieniami do ustaw o samorządzie powiatowym i samorządzie województwa*, Warszawa 2011.
9. Olejniczak–Szałowska E., [w:] Stahl M. (red.), *Prawo administracyjne, pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Warszawa 2009.
10. Olejniczak–Szałowska E., [w:] Stahl M., Jaworska–Dębska B. (red.), *Encyklopedia samorządu terytorialnego dla każdego. Ustrój*, Warszawa 2010.
11. Olejniczak–Szałowska E., *Konsultacje we wspólnocie samorządowej*, ST 1997, nr 1–2.
12. Olejniczak–Szałowska E., *Prawo do uczestnictwa w kierowaniu sprawami publicznymi we wspólnotach samorządowych w świetle dyrektywy Rady 94/80/WE*, ST 2006, nr 1–2.
13. Olejniczak–Szałowska E., *Prawo do udziału w referendum lokalnym. Rozważania na tle ustawodawstwa polskiego*, Łódź 2002.
14. Stefaniuk M., *Działanie administracji publicznej w ujęciu nauk administracyjnych*, Lublin 2009.
15. Szarek R., *Konsultacje czy referendum?*, „Wspólnota” 1997, nr 28.
16. Wylęzałek J., *Kilka uwag w sprawie pojęcia konsultacji społecznej*, PiP 1982, nr 1–2.
17. Wyrok TK z 26 lutego 2003r., K 30/02, OTK ZU 2003, nr 2A, poz. 16.
18. Wyrok NSA z 9.06.2010, II OSK 378/10 Legalis.

PUBLIC CONSULTATION AND REFERENDUM AS A FORM OF SOCIAL PARTICIPATION IN THE EXERCISE OF LOCAL GOVERNMENT

In this article, the author stresses the importance of participation of people in decision-making at the local government level, highlighting the fact that in democracy the right of citizens to the leadership and management of public affairs is one of the basic principles of the political system. Regardless of what form of legal actions residents take part in, decision-making processes are appropriate and even necessary. In addition, the author appreciates the fact that the catalog of these forms is always growing and changing in favor of the citizens. The author also emphasizes the use of obligatory and facultative referendum, municipal and public consultation, and underlines the fact that under the Polish local government law the fundamental differences between these two institutions are their goals, how they are used and the effects they have. Public participation implies the cooperation of citizens in the design and making decisions that affect the functioning of the community, and thus the involvement of individuals in the decision-making process. Such participation should be assessed very positively, because it is not only targeted to investigate the degree of social acceptance for the planned activities of local government, but also is one of the most important forms of social dialogue. In contrast, a small range of cases where the decision is now subject to mandatory consultations should be assessed negatively, as well as the reluctance of the authorities to reach for this type of direct power enforcement. The range of tools to increase the impact of members of the council on the decisions taken by the authorities of those communities will translate into a stronger long-term perspective of participation, and as a result – a better realization of the idea of self-government, which the author has undoubtedly proved.

Key words: municipal referendum, consultation, participation, government, community

RECENZJA KSIĄŻKI

Maria Pia Baccari Vari

CURATOR VENTRIS. IL CONCEPITO, LA DONNA E LA REPUBBLICA. TRA STORIA E ATTUALITÀ

Torino 2012, (320 stron)

Książka pod tytułem „*Curator ventris. Il concepito, la donna e la repubblica. Tra storia e attualità*” została opublikowana w 2012 roku w Turynie i liczy 320 stron, w tym również mieści się indeks źródeł. Całość poprzedza ważny merytorycznie wstęp zatytułowany „Sposób i metoda badań” (s. 3–36), zamyka ją zaś również merytoryczne zakończenie, czyli uwagi końcowe (s. 293–309). Na treść monografii składają się dwie obszernie części. Pierwsza z nich została podzielona na rozdziały, zaś druga z nich na sekcje i rozdziały.

Temat monografii wybrany został trafnie, dotyczy bowiem ważnego zarówno w historii prawa, jak we współczesnej doktrynie prawniczej i społecznej, problemu naukowego. O znaczeniu podjętej przez Marię Pia Baccari Vari problematyki świadczy nie tylko jej historyczny wymiar, lecz również jej aktualność, co pokazuje sama Autorka w ramach podtytułu: „*Tra storia e attualità*”. Problematyka sytuacji prawnej dziecka poczętego tkwi stale w centrum uwagi współczesnej myśli prawniczej, społecznej, filozoficznej i religijnej. Niewątpliwie jest to dość istotny problem naukowy, a dodać trzeba, że od wielu lat brakowało monografii na temat sytuacji prawnej dziecka poczętego w prawie rzymskim oraz jego ochrony.¹

Omawiana publikacja oparta została przede wszystkim na tekstach źródłowych prawa rzymskiego, zarówno prawniczych, jak i nieprawniczych. Ich wykaz (s. 313–320) dowodzi, że Autorka wykorzystwała rozległą i gruntowną bazę źródłową. Wynika to również z faktu, że praca obejmuje cały historyczny okres prawa rzymskiego, a więc od ustawy XII tablic aż po zbiory prawa justyniańskiego. Szkoda tylko, że w pracy nie znalazły się źródła epigraficzne i papirologiczne. W sumie podstawę źródłową opracowania należy ocenić jako solidną i w pełni wystarczającą. Należy żałować, że Autorka nie dołączyła do monografii zestawienia literatury, które to zestawienie pomogłoby czytelnikowi zapoznać się dokładniej z wykorzystaną bazą bibliograficzną.

¹ Zob. uwagi w tej materii P. Niczyporuk, *Prywatnoprawna ochrona dziecka poczętego w prawie rzymskim*, Białystok 2009, s. 23.

Konstrukcja rozprawy jest wystarczająco przejrzysta. Na całość składają się wspomniane dwie obszerne części. Tytuły rozdziałów w poszczególnych częściach są dostosowane do tytułu i koncepcji całej pracy i w tym sensie poszczególne jednostki redakcyjne łączą się w spójną całość. Pierwsza część odnosi się do zasygnalizowanego w podtytule publikacji zagadnienia i ma na celu pokazanie, że ochrona dziecka poczętego, a jeszcze nienarodzonego realizowana była w prawie rzymskim w interesie poczętego, jego matki oraz w szeroko pojętym interesie publicznym (*res publica*). Rozważania tej części monografii otwiera łacińska terminologia związana z dzieckiem poczętym. Szkoda tylko, że Autorka wśród terminów nie wskazała słowa *fetus*. Co prawda, Autorka (s. 60) podzieliła jedynie pogląd Pierangelo Catalano, że terminem tym posługiwano się w stosunku do zwierząt.² Jednak nieliczne fragmenty literackie mogą świadczyć, że wyjątkowo używano terminu *fetus* na oznaczenie płodu ludzkiego.³ Przepuszczalnie jednak w takim znaczeniu pojęcie to było wytworem języka potocznego, literackiego, a nie prawnego, co moim zdaniem wymaga odniesienia się w pracy o tej randze. Ponadto pochodzące od łacińskiego włoskie *feto*, angielskie oraz francuskie *foetus* odnoszą się współcześnie do płodu ludzkiego. Może warto byłoby również wskazać, że termin *nasciturus* używany obecnie powszechnie na określenie płodu w łonie matki, dziecka poczętego, a jeszcze nie urodzonego,⁴ jest wprawdzie terminem łacińskim, ale nie pochodzącym ze źródeł rzymskich.⁵ Rzymianie nie znali tego określenia, a więc nie było ono rezultatem prawotwórczej działalności jurysprudenencji rzymskiej, co powinno być w monografii zaznaczone. Również zwrot zbliżony do *qui in utero est*, czyli sformułowanie

2 P. Catalano, *Il nascituro tra diritto romano e diritti statali* [w:] *Culture giuridiche e diritti del nascituro*, (a cura di) A. Tarantino, Milano 1996, s. 90; *Idem*, *Vigenza dei principi del diritto romano riguardo ai "diritti del nascituro"*, [w:] *Per una dichiarazione dei diritti del nascituro, diritti del nascituro*, (a cura di), A. Tarantino, Milano 1997, s. 134.

3 Tak pojmował to określenie Juwenalis (Iuv. 14, 167), Tibullus (Tib. 2, 5, 91) i Kolumella (Colum., *De agri cultura* 2, 1, 2).

4 Por. J. Gula, *Lingwistyczny aspekt problemu nasciturusa*, [w:] *W imieniu dziecka poczętego*, J.W. Galkowski, J. Gula (red.), Lublin 1988 (wydanie uzupełnione Lublin 1991), s. 13. Por. również prace dotyczące problematyki dziecka poczętego w prawie polskim: B. Walaszek, 'Nasciturus' w prawie cywilnym, *PiP* 1956, nr 7, s. 121 i n.; J. Mazurkiewicz, *Zasada 'nasciturus pro iam nato habetur' w polskim prawie cywilnym*, „Acta Universitatis Wratislaviensis, Przegląd Prawa i Administracji” 1974, nr 5, s. 97 i n. i M. Saffan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, *passim*. Także w słownikach encyklopedycznych prawa rzymskiego zostało podane znaczenie terminu nasciturus – A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953 (przedruk 1991), s. 591, s. v. *Nasciturus*; *Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny*, W. Wołodkiewicz (red.), Warszawa 1986, s. 104, s. v. *Nasciturus*; W. Litewski, *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Kraków 1998, s. 179, s. v. *Nasciturus*. Por. także P. Niczyporuk, *Римскаяюридическаятерминология, применяемая для определения зачатого младенца /nasciturus/*, [w:] *Forum Romanum. Доклады III международной конференции „Римское частное и публичное право: многовековой опыт развития европейского права”*, Ярославль–Москва 25–30 июня 2003 г., (отв. ред.) В.В. Деметьева, Москва 2003, s. 75–79; *Idem*, 'Nasciturus – postumus': римская юридическая терминология, применяемая для определения зачатого младенца, «*Ius Antiquum*» 2 [14] (2004), s. 116–13.

5 M. Meinhardt, *D. 50. 16. 231. Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrecht des ungeborenen Kindes*, ZSS 82 (1965), s. 199, przypis 23. Jak słusznie zauważył A. Wacke ('Conceptus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur', [w:] *Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Leopolda Steckiego*, M. Bączyk, J.A. Piszczek, E. Radomska, M. Wilke (red.), Toruń 1997, s. 615, przypis 1): „läßt sich nur lateinisch so knapp und treffend ausdrücken (Partizip Futur II)“.

qui nasci spera(n)tur,⁶ było używane przez jurysprudencję rzymską na oznaczenie dziecka poczętego. Nie zostało ono jednak omówione w pracy w postaci podrozdziału, czy punktu, a posługiwał się nim przede wszystkim Paulus (D. 50, 16, 231),⁷ jak i Ulpian (D. 37, 9, 1, 9; D. 38, 17, 2, 7 czy D. 40, 4, 7). Ponadto Ulpian używał w D. 38, 8, 1, 8 zamiennie terminów *venter* i *conceptus* oraz zwrotów *nasci speretur* i *qui in utero esse*, co może potwierdzać tezę, że były one tożsame i używane na określenie dziecka poczętego. Można na marginesie zauważyć, iż *qui nasci spera(n)tur* to wyrażenie czysto techniczne, oznaczające tego, kto jest w łonie matki, a którego urodzenia oczekiwano. Zwrotu tego używali juryści rzymscy w specyficznych okolicznościach, a mianowicie wtedy, gdy należało przypisać poczętym, a nie urodzonym pewne uprawnienia w aspekcie ewentualnych korzyści, głównie w zakresie prawa spadkowego. Był więc wyrażeniem zbliżonym do *qui in utero est* i podobnie rozumianym w źródłach.⁸

Autorka słusznie pomija kwestię wpływów doktryny chrześcijańskiej, chociaż cytuje prace chociażby Tertuliana (s. 69). Natomiast porusza kwestie dotyczące aborcji poświęcając cały rozdział piąty temu zagadnieniu (s. 111–129). Należy zwrócić uwagę, że Autorka nie powołała się w tym miejscu na mowę Cyncerona w obronie A. Cluentiusa oskarżonego o otrucie ojczyma Oppianika (Cic. *Clu.* 11, 31–35). Wydaje się, że te uwagi Cyncerona są dość kluczowe dla rozważań o aborcji. W dalszej części tego fragmentu Cyncero opisał kasus kobiety z Miletu, która dokonała aborcji otrzymawszy pieniądze od dalszych spadkobierców i została za to skazana na śmierć. Ten zaś fragment został w pracy omówiony (s. 113) oraz wykazany został jego związek ze stanem opisanym w D. 48, 19, 39.

Na uwagę może zasługiwać również ostatni – szósty rozdział części pierwszej (s. 131–152). W moim przekonaniu Autorka bardzo trafnie rozróżnia pojęcia *inspectio ventris*, *custodia ventris* i *custodia partus*, od kategorii *cura ventris*. Jak można zauważyć, w literaturze przedmiotu, instytucje te bardzo często były łączone lub wręcz utożsamiane ze sobą, chociaż miały zupełnie inne funkcje i cele. Celem *inspectio ventris* było potwierdzenie lub zaprzeczenie istnienia ciąży, zaś *custodia ventris* polegała na obserwacji ciąży, wreszcie *custodia partus* działania kontrolne przebiegu porodu celem uniknięcia podsunięcia cudzego dziecka, to rozwiązania służące ochronie interesów ojca i jego praw do potomka, kontynuatora rodu.

Curator ventris natomiast ustanawiany był celem ochrony interesów publicznych, jak i prywatnoprawnych interesów kobiety oraz jej poczętego, a jeszcze nie urodzonego dziecka. Z jednej strony bowiem państwo było zainteresowane wzro-

6 M. Meinhard, D. 50. 16. 231. Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrecht des ungeborenen Kindes, *op. cit.*, s. 199–200. Por. P. Catalano, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, t. I, Torino 1990, s. 196.

7 Por. Paul. D. 1, 5, 7.

8 P. Niczyporuk, *Prywatnoprawna ochrona dziecka poczętego w prawie rzymskim*, *op. cit.*, s. 34 i n.

stem liczby obywateli, ewentualnych żołnierzy, z drugiej zaś matka przyszłego kontynuatora rodu musiała mieć zapewnione godziwe warunki co najmniej aż do momentu porodu. Autorka w tym rozdziale omówiła terminologię związaną z *inspectio ventris*, *custodia ventris* i *custodia partus*. Ponadto odniosła się również do kompetencji *custodes* oraz akuszerki, które wykonywały obowiązki przewidziane w tych instytucjach prawnych. Szkoda, że Autorka nie uwypukliła rzymskich regulacji prawnych związanych z ochroną dziecka poczętego i przyczyn ich wydania. Ponadto ważne z punktu widzenia rozważań rozdziału szóstego są skutki stosowania edyktu *de inspiciendo ventre custodiendoque partu* dla dziecka poczętego.

Nie ulega wątpliwości, że starożytni Rzymianie chronili dziecko poczęte, a jeszcze nie urodzone. W interesie władzy i *pater familias* leżało przedłużenie rodziny w przyszłości, a gwarancją jej kontynuacji dawała należyta ochrona dziecka poczętego. Stąd władza państwowa w starożytnym Rzymie podejmowała różnorodne środki prawne i realizowała ochronę szeroko pojętych interesów dziecka poczętego, aby zabezpieczyć w zakresie prawie całego *ius civile* (*in toto paene iure civili*) wszystkie należne mu prawa (*omnia iura*) do czasu jego urodzenia, na przykład (*sicut*) w zakresie prawa spadkowego (*iura hereditatum*). Na podstawie źródłowych stwierdzeń można wykazać, że *veteres*, czyli prawnicy republikańscy twierdzili, że należało zachowywać do czasu urodzenia dziecka poczętego nienaruszone wszystkie jego prawa (Paul. D. 5, 4, 3: *...ut in tempus nascendi omnia eius iura integra reservarent sicut apparet in iure hereditatum*). Natomiast w oparciu o to ostatnie zdanie można jednak zauważyć, że akcent kładziono przede wszystkim na prawa spadkowe. Ponadto inni juryści uważali, że dzieci poczęte uważane są za już naturalnie istniejące w zakresie prawie całego prawa cywilnego (Julianus D. 1, 5, 26: *...in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*). Także podlegały one ochronie ze względu na przewidywane dla nich korzyści (Paul. D. 1, 5, 7: *...custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur*). Jeśli chodzi o jurystów rzymskich, to stosowane przez nich określenia wobec dziecka poczętego, a jeszcze nie urodzonego cechowała ostrożność. Niemniej ze względów praktycznych zapewniali ochronę dziecku poczętemu i przyznawali mu stosowne uprawnienia. Juryści stosowali określenie *in rerum natura esse*, akcentując tym samym jego obecność na świecie. Jednak nie używali zwrotu *in rebus humanis esse*, co może świadczyć o tym, że dopiero w momencie urodzenia dziecko staje się *in rebus humanis*, uzyskując pełną podmiotowość prawną.

Druga część pracy poświęcona została historii i aktualności ochrony dziecka poczętego realizowanej przy zastosowaniu instytucji *cura ventris*. Owa część podzielona została tematycznie na dwie sekcje. W pierwszej z nich Autorka pokazuje historyczny rozwój *cura ventris* w prawie rzymskim. W tamtych czasach, jak słusznie zauważa, ochrona praw dziecka poczętego zajmowała szczególne miejsce zarówno ze względu na *dignitas* rodziny, jak i interes publiczny. Rozważania roz-

poczynają uwagi o charakterze terminologicznym, gdzie Maria Baccari omówiła zależności pomiędzy terminami *cura* i *venter*, będące składowymi wyrażeniami *cura ventris*. Ponadto w dalszych rozdziałach pokazuje kuratelę nad dzieckiem poczętym przez pryzmat legislacji oraz prawotwórczej działalności jurystów rzymskich. Omówiła także kompetencje i obowiązki *curator ventris* (s. 221 i n.). Zamknięcie sekcji pierwszej części drugiej monografii stanowi rozdział czwarty traktujący o interesie publicznym i prywatnym, leżącym u podstaw ustanowienia kurateli dziecka poczętemu, a jeszcze nie urodzonemu. Jest to swego rodzaju przejście do pesymistycznie zatytułowanej drugiej sekcji rozdziału drugiego, a mianowicie: „Crisi dell’istituto” – kryzys instytucji prawnej. Została ona podzielona na dwa rozdziały. W pierwszym z nich ukazano cywilistyczną perspektywę *cura ventris* i jej miejsce w Kodeksie Napoleona. Wiele miejsca poświęcono romanistycznym wpływom na współczesną cywilistykę. Rozdział drugi w całości traktuje o prawie cywilnym włoskim i o wpływach romanistycznych na poszczególne kodyfikacje włoskiego kodeksu cywilnego.

Reasumując należy stwierdzić, że właśnie Autorka pokazała, że *curator ventris* zarówno w prawie rzymskim, jak i współcześnie zapewnia ochronę szeroko pojętych interesów dziecka poczętego, a jeszcze nie urodzonego. Czytelnik otrzymał więc interesującą monografię, wprowadzającą go obszernie i gruntownie w problematykę kurateli nad dzieckiem poczętym, szczególnie z perspektywy romanistycznej. Z drugiej zaś strony podniesienie zagadnień dyskusyjnych może świadczyć tylko o tym, że w tak rozległym temacie nie ma możliwości wyczerpania wszelkich problemów i uniknięcia polemik.

Monografia stanowić może interesującą lekturę zarówno dla romanistów, jak historyków, a także innych osób zainteresowanych antykiem. Ponadto stanowi niezwykle cenne kompendium przydatne cywilistom. Pokazuje istotne wpływy prawa rzymskiego na współcześnie obowiązujące regulacje. Jest także ciekawym przyczynkiem do toczonych współcześnie dyskusji dotyczących ochrony życia.

Piotr Niczyporuk
Uniwersytet w Białymstoku

WYBRANA LITERATURA

1. Allain J., Trafficking of persons for the removal of organs and the admission of guilt of a South African hospital, „Medical Law Review” 2011, 19(1): 117-122.
2. Бабич І.Г., Принцип справедливості в римському праві і у сучасному зобов’язальному праві України. - Дисс.к.ю.н. Одеса., 2008.
3. Baranowski B., *Życie codzienne małego miasteczka w XVII i XVIII wieku*, Warszawa 1975.
4. Bartosiewicz A., Kubacki R., Podatki dochodowe – kierunek reform, „Przegląd Podatkowy” 2009, nr 8.
5. Batarowski H., *Czy warto zainteresować się problemem w pracy?*, Gdańsk 2007.
6. Beisert M., *Przejawy, mechanizmy i przyczyny wypalenia się pielęgniarek*, [w:] *Wypalenie zawodowe, Przyczyny i zapobieganie*, Sęk H. (red.), Warszawa 2007.
7. Белов В.А., Добросовестность, разумность, справедливость как принципы гражданского права, “Законодательство” 1998. № 8.
8. BeVier L.R., What Privacy Is Not, “Harvard Journal of Law & Public Policy” 1989, No 12.
9. Biesaga T., Etyczne aspekty komercjalizacji medycyny, „Medycyna Praktyczna” 2005, 175.
10. Bogacz J., Niektóre problemy wykonania tymczasowego aresztu przez administrację aresztów śledczych w związku z wejściem kodyfikacji karnej, [w:] Bogunia L. (red.), *Nowa kodyfikacja prawa karnego. Praca zbiorowa*, Wrocław 1997.
11. Богданова Е.Е., Добросовестность и право на защиту в договорных отношениях. М.: Закон и право. ЮНИТИ, 2010.
12. Bołoz W., Obrona i promocja życia w encyklice *Evangelium vitae*, „Ateneum Kapłańskie” 1996, z. 126/1.
13. Bonino S., Lo Coco A., Tani F., *Empatia processi di condivisione delle emozioni*, Firenze 1998.
14. Borutka T., *Społeczne nauczanie Kościoła. Teoria i zastosowanie*, Kraków 2004.
15. Braciak J., *Prawo do prywatności*, Warszawa 2004.
16. Bratoszewski J., Gardocki L., Gostyński Z., Przyjemski S.M., Stefański R.A., Zabłocki S., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz, T. II*, Warszawa 2004.

17. Briers S., Pokonaj depresję, stres i lęk. Czyli terapia poznawczo-behawioralna w praktyce, Warszawa 2011.
18. Brodniewicz W., Prawomocność orzeczeń w postępowaniu cywilnym, „Studia Iuridica” 1976, nr V.
19. Brzezińska M., Tarnowska D., Ochrona oskarżonego przed niesłusznym tymczasowym aresztowaniem, [w:] Problemy z sądową ochroną praw człowieka, Sztymiler R., Krzykowska J. (red.), T. II, Olsztyn 2012.
20. Chlebowska A., Nalewajko P., Stalking – zarys problemu oraz analiza rozwiązań ustawodawcy niemieckiego, austriackiego, polskiego, „Prokurator” 2010/2011, nr 4(44)/1(45).
21. Dąbkiewicz K., Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, Warszawa 2012.
22. Długosz J., O zasadności kryminalizacji tzw. stalkingu, [w:] Tożsamość polskiego prawa karnego, Pikulski S., Romańczuk-Grącka M., Orłowska-Zielińska B., (red.), Olsztyn 2011.
23. Dziewięcki M., Humanae vitae, czyli miłość i seksualność, „Zeszyty Formacji Katechetów” 2009, nr 9(2).
24. Dzikowski A., Krótki kurs higieny i bezpieczeństwa pracy, Warszawa 1971.
25. Енциклопедія страхування / В.В.Фещенко та інші. – Київ.: Українське агентство фінансового розвитку, 2008.
26. Fuller L.L., Moralność prawa, Warszawa 2004.
27. Gajda P., Prawo małżeńskie Kościoła Katolickiego, Tarnów 2002.
28. Gallagher A., The International Law of Human Trafficking, Cambridge University Press 2010.
29. Gałązka M., Hałas R.G., Komarowska A., Kuć M., Prawo karne materialne, wykonawcze i skarbowe, Warszawa 2011.
30. Ghods A.J., Ethical issues and living unrelated donor kidney transplantation, „Iranian journal of kidney diseases” 2009.
31. Gomułowicz A., Ochrona wolności i praw ekonomicznych a granice opodatkowania – zasady i kontrowersje, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, z. 3.
32. Góralski W., O właściwe rozumienie separacji małżeńskiej, „Niedziela” 1999, nr 42/8.
33. Grajewski H., Kara śmierci w prawie polskim do połowy XIV wieku, Warszawa 1956.
34. Grajewski J., Paprzycki L.K., Steinborn S., Kodeks postępowania karnego. Komentarz, T. I, Kraków 2006.
35. Greszta M., Kanoniczne procesy małżeńskie. Pomoc dla studentów, Lublin 2007.
36. Gruszczyńska B., Marczewski M., Ostaszewski P., Siemaszko A., Woźniakowska-Fajst D., Stalking w Polsce. Rozmiary – Formy – Skutki, [w:] Stosowanie prawa. Księga ju-

- bileuszowa z okazji XX-lecia Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, Siemaszko A. (red.), Warszawa 2011.
37. Grzegorzcyk T., Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz, Warszawa 2008.
 38. Grzeszczyk W., Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2012.
 39. Friedman A.L., Payment for living organ donation should be legalised, BMJ 2006.
 40. Groicki B., Artykuły prawa magdeburgskiego. Postępek sądów około karania na gardle. Ustawa o płacej sądów, Warszawa 1954.
 41. Groicki B., Porządek sądów i spraw miejskich prawa majdeburgskiego w Koronie Polskiej, Warszawa 1953.
 42. Handelsman M., Kara w najdawniejszym prawie polskim, Warszawa 1908.
 43. Handelsman M., Prawo karne w Statutach Kazimierza Wielkiego, Warszawa 1909.
 44. Hartley M., Stres w pracy, Kielce 2005.
 45. Hołysz B., Psychologia kryminalistyczna, Warszawa 2009.
 46. Храмова Т.М., Право на контрдемонстрации: угроза или индикатор уровня демократии?, „Конституционное и муниципальное право” 2012. № 7.
 47. Иванова С.А., Некоторые проблемы реализации принципа социальной справедливости, разумности и добросовестности в гражданском праве, „Законодательство и экономика” 2005. № 4.
 48. Janicka D., Prawo karne w trzech rewizjach prawa chełmińskiego, Toruń 1992.
 49. Jasionek S., Prawa człowieka, Kraków 2004.
 50. Jan Paweł II, Laborem exercens, Poznań 1981.
 51. Jędrzejewska M., Witz K., Ereciński T., Gudowski J., Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze. Część druga, Postępowanie zabezpieczające, Warszawa 2009.
 52. Kamler M., Kary za przestępstwa pospolite w dużych miastach Polski w drugiej połowie XVI i pierwszej połowie XVII wieku, „Kwartalnik Historyczny” 1994, R. 101, z. 3.
 53. Kamler M., Struktura i liczebność środowisk przestępczych Poznania i Krakowa w drugiej połowie XVI w., „Przeszłość Demograficzna Polski” 1984, t. 15.
 54. Kaniowski A., Supererogacja – zagubiony wymiar etyki. Czyny chwalebne w etykach uniwersalistycznych, Warszawa 1999.
 55. Kasiński M., Monizm i pluralizm władzy lokalnej, Łódź 2009.
 56. Katechizm Kościoła Katolickiego, Poznań 1994, nr 2378.
 57. Kawalko A., Witczak H., Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2010.

58. Keynes E., *Liberty, Property, and Privacy. Toward a Jurisprudence of Substantive Due Process*, University Park 1996.
59. Kidyba A., *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, Warszawa 2002.
60. Koperek J., Koperek A., *Ochrona prawa do życia w demokratycznym państwie prawnym*, [w:] *Małżeństwo i rodzina wobec aborcji*, Stepulak M.Z. (red.), Lublin 2010.
61. Kordik A., Prusak F., Świda Z., *Prawo karne procesowe. Część ogólna*, Wrocław–Szczecin 1994.
62. Korzan K., *Istota i charakter orzeczeń wydawanych w postępowaniu cywilnym (studium teoretyczne)*, [w:] M. Jędzrejewska, T Ereciński, *Studia z prawa postępowanie cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Z. Resicha*, Warszawa 1985.
63. Korzan K., *Postępowanie nieprocesowe – część szczegółowa*, Katowice 1983.
64. Kosikowski C., *Finanse publiczne w świetle Konstytucji RP oraz orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (na tle porównawczym)*, Warszawa 2004.
65. Kosikowski C., *Propozycja reformy polskiego systemu podatkowego (kierunki i metody)*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 2.
66. Kosińska J., *Prawnokarna problematyka stalkingu*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 10.
67. Krajewski J., *Postępowanie nieprocesowe (skrypt)*, Toruń 1973.
68. Краснова С.А., *Определение понятия «добросовестность» в российском гражданском праве*, „Журнал российского права” 2003, № 3.
69. Królikowska A., *Regulacje prawne dotyczące opieki zdrowotnej osób pozbawionych wolności*, PWP 2010, nr 67-68.
70. Kruszyński P., *Tymczasowe aresztowanie*, [w:] *Nowe uregulowania prawne w kodeksie postępowania karnego z 1997 r.*, Kruszyński P. (red.), Warszawa 1998.
71. Kuchowicz Z., *Obyczaje staropolskie w XVII-XVIII wieku*, Łódź 1975.
72. Kulicki J., *Zasady przyzwoitej legislacji w procesie stanowienia prawa podatkowego*, „Analizy BAS” 2010, nr 4.
73. Kutrzeba S., *Mężobójstwo w prawie polskim XIV i XV w.*, Kraków 1907.
74. Kutrzeba S., *Dawne polskie prawo sądowe w zarysie*, Lwów–Warszawa–Kraków 1927.
75. Kutylowski M., *Nowe perspektywy ochrony prawa do prywatności*, [w:] *X-lecie. Księga pamiątkowa z okazji dziesięciolecia Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej i Studenckiego Koła Naukowego – Blok Prawa Komputerowego*, Wrocław 2012.
76. Lasocik Z., *Handel ludźmi, zapobieganie i ściganie*, Warszawa 2006.
77. Lelental S., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012.

78. Leśniak M., Internetowe wzorce umów handlowych spółek osobowych – konieczność czasów społeczeństwa informatycznego, „Przegląd Prawa Handlowego” 2012, nr 09.
79. Leśniak M., Spółka z o.o. zakładana za pomocą wzorca umowy – nowelizacja kodeksu spółek handlowych, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011, nr 11.
80. Litwińczuk H., Karwat P., Prawo podatkowe przedsiębiorców. Tom I, Warszawa 2008.
81. Łaszewski R., Wiejskie prawo karne w Polsce w XVII i XVIII wieku, Toruń 1988.
82. Łodzińska J., Stres zawodowy narastającym zjawiskiem społecznym, „Seminare. Poszukiwania naukowe” 2010, t. 28.
83. Łodzińska J., Znaczenie szkoleń z zakresu bezpieczeństwa i higieny pracy w redukcji ryzyka zawodowego środowiska medycznego. Studium na przykładzie pracowników medycznych szpitali regionu łomżyńskiego, Łomża 2008.
84. Łuczak A., Żołnierczyk-Zreda D., Praca a stres, „Bezpieczeństwo Pracy” 2002, nr 10.
85. Malarewicz-Jakubów A., Nieruchomość jako wkład do spółki kapitałowej, [w:] Z zagadnień prawa rolnego, cywilnego i samorządu terytorialnego. Księga jubileuszowa profesora Stanisława Prutisa, Bieluk J., Malarewicz-Jakubów A., Doliwa A., (red.), Białystok 2012.
86. Maslach Ch., Leiter M., Pokonać wypalenie zawodowe. Sześć strategii poprawienia relacji z pracą, Warszawa 2010.
87. Maslach Ch., Leiter M., Prawda o wypaleniu zawodowym. Co robić ze stresem w organizacji, Warszawa 2011.
88. Mazur J., Katolicka nauka społeczna, Kraków 1992.
89. Maisel W., Poznańskie prawo karne do końca XVI wieku, Poznań 1963.
90. Maisel W., Archeologia prawna Polski, Warszawa–Poznań 1982.
91. Mariański A., Nykiel W., Potrzeba zmian prawa podatkowego – reforma a bieżące udoskonolenia, „Przegląd Podatkowy” 2008, nr 5.
92. Mastalski R., Prawo podatkowe a gospodarka, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, z. 3.
93. Матусьяк С., Одинаково разные, „Автоцентр” 2011, № 6.
94. Mazeaud D., Un droit européen en quête d’identité. Les principes du droit européen des contrats, Dalloz Chr. 2007.
95. Mierziński B., Familiaris consortio jako synteza doktrynalno-pastoralna nauczania Kościoła na temat małżeństwa i rodziny, „Ateneum Kapłańskie” 2007.
96. Mikołajczyk M., Przepęstwo i kara w prawie miast Polski południowej XVI-XVIII wieku, Katowice 1998.
97. Motyka K., Prawo do prywatności i dylematy współczesnej ochrony praw człowieka, Lublin 2006.

98. Мозолин В.П., Фарневогт Е.А., Договорное право в США и СССР. История и общие тенденции. М.: Наука, 1988.
99. Mullen P., Pathe M., Purcell R., *Stalkers and their victims*, Cambridge University Press 2009.
100. Murzynowski A., Podstawowe zmiany przepisów dotyczących stosowania tymczasowego aresztowania, „Jurysta” 1997, nr 7.
101. Murzynowski A., Refleksje na temat zmian w przepisach dotyczących stosowania tymczasowego aresztowania, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 1.
102. Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України: Харитонов С.О., Харитонова О.І., Голубева Н.Ю.–К.: «Правова єдність», 2008.
103. Naworski Z., Szlachecki wymiar sprawiedliwości w Prusach Królewskich (1454-1772). Organizacja i funkcjonowanie, Toruń 2004.
104. Новицкий И.Б., Принцип доброй совести в проекте обязательственного права, „Вестник Гражданского права”, Петроград.-1916. - № 6.
105. Ogińska-Bulik N., Kaflik-Pieróg M., Stres zawodowy w służbach ratowniczych, Łódź 2009.
106. Ogińska-Bulik N., Stres zawodowy w zawodach usług społecznych, Źródła-Konsekwencje-Zapobieganie, Warszawa 2006.
107. Olejniczak-Szałowska E., Prawo do udziału w referendum lokalnym. Rozważania na tle ustawodawstwa polskiego, Łódź 2002.
108. Pathe M., *Surviving stalking*, Cambridge 2002.
109. Petrozolin-Skowrońska B. (red.), *Nowa Encyklopedia Powszechna PWN*, t. 2, Warszawa 1995.
110. Pietrzykowski T., Spór o aborcję. Etyczne problemy prawa, Katowice 2007.
111. Piotrowicz D., Chorobliwa miłość, „Psychologia w teatrze życia” 2009, nr 1.
112. Posner R., *The Right to Privacy*, „Georgia Law Review” 1978, No 12.
113. Preisner A. (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002
114. Пронская Н., Концептуальные положения управления банковскими рисками, „Ресурсы, информация снабжение, конкуренция” 2010, №3.
115. Pryciak M., Prawo do prywatności, „Studia Erasmiana Wratislaviensia” 2010, nr 4.
116. Przekop E., Przewodnik duszpasterski według Kodeksu Jana Pawła II, Olsztyn 1989.
117. Puwalski M., Prawo do prywatności osób publicznych, Toruń 2003.
118. Radwański Z., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007.
119. Rafach J., Sprawy karne w sądach miejskich w epoce nowożytnej, „Kwartalnik Historyczny” 1933, R. XLVII, t. I, z. 4.

120. Rafach J., Dawne polskie prawo karne, Warszawa 1932.
121. Rossati A., Magro G., Stress e burnout, Roma 1999.
122. Rowiński W., Prawne i organizacyjne warunki przeszczepu narządów w Polsce, [w]: Lasocik Z. (red.), Handel ludźmi, zapobieganie i ściganie, Warszawa 2006.
123. Sakowicz A., Granice prawa do prywatności osób odbywających karę pozbawienia wolności, PWP 2004, nr 43.
124. Sakowicz A., Prawnokarne gwarancje prywatności, Kraków 2006.
125. Sandrin L., Jak się nie wypalić pomagając innym. Sposoby przewycięzania zespołu wypalenia zawodowego, Kielce 2006.
126. Sawczak M., Ponowne orzekanie w sprawie prawomocnie osądzonej, Warszawa 1975.
127. Selye H., Stres życia, Warszawa 1963.
128. Siedlecki W., Zarys postępowania cywilnego, Warszawa 1968.
129. Sieńczyło-Chlabicz J., Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę. Analiza cywilnoprawna, Kraków 2006.
130. Solove D., Rotenberg M., Schwartz P., Privacy, Information And Technology, Aspen Publishers 2006.
131. Stefaniuk M., Działanie administracji publicznej w ujęciu nauk administracyjnych, Lublin 2009.
132. Studenski R., Organizacja bezpiecznej pracy w przedsiębiorstwie, Gliwice 1996.
133. Сухарев О.С., Институциональная экономика: теория и политика. М.: Наука, 2008.
134. Свобода мирных собраний: европейские стандарты и законодательство Республики Беларусь / пер. ст. А.Е. Вашкевича, В.В. Филиппова; науч. ред. А.Е. Вашкевич; отв. ред. В.В. Филиппов. – Минск: Тесей, 2009.
135. Szarek R., Konsultacje czy referendum?, „Wspólnota” 1997, nr 28.
136. Щенникова Л. В., Справедливость и добросовестность в гражданском праве России (несколько вопросов теории и практики), “Государство и право” 1997, № 6.
137. Шляховой В., Подводные камни украинского страхования, „Автомир” 2011, № 29.
138. Szkodoń J., Obrona życia nienarodzonych w świetle encykliki Evangelium vitae, „Analecta Cracoviensia” 1998/1999, t. 30-31.
139. Szponar A., Ochrona dóbr osobistych, Warszawa 1979.
140. Sztompka P., Socjologia. Analiza społeczeństwa, Kraków 2007.
141. Szychmiller R., Aspekty prawne rodzenia dzieci w rodzinie w świetle dokumentów roboczych Soboru Watykańskiego II, „Studia Warmińskie” 1994, nr 31.

142. Szychmiller R., Doktryna Soboru Watykańskiego II o celach małżeństwa i jej recepcja w Kodeksie Prawa Kanonicznego z roku 1983, Lublin 1993.
143. Szychmiller R., Obowiązek ochrony życia dziecka poczętego, „Chrześcijanin w świecie” 1989, nr 21/6.
144. Szychmiller R., Ochrona prawa do życia dziecka poczętego, [w:] Sitek B., Sitek M., Dammacco G., Szczerbowski J.J. (red.), Prawo do życia a jakość życia w wielokulturowej Europie. Materiały V Międzynarodowej Konferencji Praw Człowieka (Olsztyn, 30-31 maja 2005), Olsztyn 2007.
145. Szychmiller R., Prawo do życia w nauczaniu Jana Pawła II, „Studia Warmińskie” 1991, nr 28.
146. Szychmiller R., Wykluczenie potomstwa w świetle najnowszego orzecznictwa Roty Rzymskiej, „Ius Matrimoniale” 2000, nr 5/11.
147. Śliwowski T. (red.), Współdziałanie Kościoła i państwa na rzecz małżeństwa i rodziny. Materiały z ogólnopolskiej konferencji naukowej zorganizowanej przez Stowarzyszenie Kanonistów Polskich, Wydział Nauk Prawnych TN KUL i Diecezję Łomżyńską, Łomża 6-7 września 2004, Łomża 2005.
148. Świto L., Osobowość prawna nasciturusa w prawie kanonicznym i polskim, „Prawo Kanoniczne” 1997, nr 1-2(40).
149. Tarnowska D., Poręczenie majątkowe jako środek zapobiegawczy w polskim procesie karnym, Toruń 2002.
150. Tarnowska D., Udział lekarza w postępowaniu karnym, [w:] Kryminalistyka i inne nauki pomocowe w postępowaniu karnym, Kasprzak J., Młodziejowski B. (red.), Olsztyn 2009.
151. Taubenschlag R., Prawo karne polskiego średniowiecza, Lwów 1934.
152. Terelak J., Psychologia stresu, Bydgoszcz 2001.
153. Terelak J., Stres zawodowy. Charakterystyka psychologiczna wybranych zawodów stresowych, Warszawa 2007.
154. Thomson J.J., The Right to Privacy, „Philosophy and Public Affairs” 1975, No 4.
155. Wedeł-Domaradzka A., Śmierć a prawa człowieka, Toruń 2010.
156. Wieszczycki D., Dane osobowe w Internecie – zagrożenia i ochrona, [w:] Polska w drodze do globalnego społeczeństwa informacyjnego, Warszawa 2002.
157. Виниченко Ю.В., Разумность в гражданском праве Российской Федерации: Дис. канд. юрид. наук. Иркутск 2003.
158. Woźniak W., Lattanzi M., Stalking – między przemocą a uzależnieniem, Konstantynów Łódzki–Kutno 2010.
159. Wyleżałek J., Kilka uwag w sprawie pojęcia konsultacji społecznej, „Państwo i Prawo” 1982, nr 1-2.

160. Wyszynski S., W obronie życia nienarodzonych, Warszawa 1990.
161. Young J.B., Privacy, Chichester 1978.
162. Загребной В.Н., Наше дело обречено на успех. Летопись страхового бизнеса - К.: Украинское агентство финансового развития, 2010.
163. Zaremska H., Niegodne rzemiosło. Kat w społeczeństwie Polski XIV-XVI w., Warszawa 1986.
164. Zielińska E., Przerwywanie ciąży. Warunki legalności w Polsce i na świecie, Warszawa 1990.
165. Żekanowski C., Nowa eugenika?, [w:] Dyk W. (red.), Bioetyczne problemy inżynierii genetycznej. Materiały na III krajową konferencję z cyklu: Nauka na przełomie wieków, 5 czerwca 2000 roku, Szczecin 2000.
166. Żołnierczyk D., Jak przeciwdziałać negatywnym skutkom stresu w pracy?, „Bezpieczeństwo Pracy” 2004, nr 4.