

Dyskurs Prawniczy i Administracyjny

2/2025

Dyskurs Prawniczy i Administracyjny

2/2025

REDAKCJA NAUKOWA TOMU
Alfred Staszak i Andrzej Tatara

Zielona Góra 2025

RADA NAUKOWA

Andrzej Bisztyga (*przewodniczący*, Uniwersytet Zielonogórski), Eduard Barany (Słowacka Akademia Nauk), Michał Bieniak (Izba Adwokacka w Warszawie), Ewelina Cała-Wacinkiewicz (Uniwersytet Szczeciński), Emilio Castorina (Uniwersytet w Katanii, Włochy), Jerzy Ciapała (Uniwersytet Szczeciński), Anna Chodorowska (Uniwersytet Zielonogórski), Katarzyna Dudka (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej), Krzysztof Eckhardt (Rzeszowska Szkoła Prawa), Andrzej Gorgol (Uniwersytet Zielonogórski), Sabina Grabowska (Uniwersytet Rzeszowski), Stefan Haack (Uniwersytet Viadrina), Jerzy Jaskiernia (Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach), Jiri Jirasek (Uniwersytet w Ołomuńcu, Czechy), Julia Klauer (Wyższa Szkoła Przedsiębiorczości i Prawa w Berlinie, Niemcy), Adam Kozień (Uniwersytet Jagielloński), Martyna Łaszewska-Hellriegel (*wiceprzewodnicząca*, Uniwersytet Zielonogórski), Gabriella Mangione (Uniwersytet Insubria Varese-Como, Włochy), Małgorzata Masternak-Kubiak (Uniwersytet Wrocławski), Tomasz Milej (Uniwersytet Kenyatta w Nairobi, Kenia), Bernadetta Nitschke-Szram (Uniwersytet Zielonogórski), Ivan Pankevych (Uniwersytet Zielonogórski), Sławomir Patyra (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej), Ryszard Piotrowski (Uniwersytet Warszawski), Maria Rogacka-Rzewnicka (Uniwersytet Warszawski), Krzysztof Skotnicki (Uniwersytet Łódzki), Tadeusz Stanisławski (*wiceprzewodniczący*, Uniwersytet Zielonogórski), Ewa Szewczyk (Uniwersytet Zielonogórski), Bogdan Ślusarz (Uniwersytet Zielonogórski), Miruna Tudorascu (Uniwersytet 1 grudnia 1918 w Alba Iulia, Rumunia), Murat Tumay (Istanbul Medeniyet University), Valeriy Tsybalyuk (Uniwersytet Gospodarki Wodnej i Zarządzania Zasobami Naturalnymi w Równem, Ukraina), Krystyna Wojtczak (Uniwersytet Adama Mickiewicza), Rafał Wrzecionek (Uniwersytet Zielonogórski)



KOLEGIUM REDAKCYJNE

Magdalena Skibińska (*redaktor naczelny*), Joanna Markiewicz-Stanny (*sekretarz*), Anna Chodorowska, Anna Feja-Paszkiewicz, Andrzej Tataara, Ewa Żołnierczyk

RECENZJE NUMERU

<http://www.dyskurs.inp.uz.zgora.pl>

REDAKCJA

Aldona Reich

KOREKTA

Beata Toczewska

REDAKCJA TECHNICZNA

Elżbieta Kościańska

PROJEKT OKŁADKI

Jacek Papla

CC by 4.0



ISSN 2657-926X

Oficyna Wydawnicza Uniwersytetu Zielonogórskiego
65-246 Zielona Góra, ul. Podgórna 50, tel. (68) 328 78 64
www.ow.uz.zgora.pl, sekretariat@ow.uz.zgora.pl

Spis treści

Michał Kurowski

Zaskarżalność zarządzenia prokuratora w przedmiocie odmowy udzielenia obrońcy zgody na widzenie z tymczasowo aresztowanym	7
---	---

Jacek Kudła, Alfred Staszak

Rola biegłego przy stosowaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych służb specjalnych RP w systemie informatycznym	19
--	----

Mateusz Tomczyk

Prawo do milczenia zatrzymanego a doktryna Miranda w polskiej procedurze karnej	45
---	----

Olaf Włodkowski

Zwalczanie za pomocą prawa karnego nadużyć na szkodę interesów finansowych UE. Rozważania na tle Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1371	61
---	----

Dariusz Jan Kuberski

Ochrona prawa do wizerunku uczestników postępowania karnego w ujęciu konstytucyjnym	87
---	----

Dominika Skoczylas

Cyberprzestrzeń samobójców w kontekście prawnokarnym i administracyjnoprawnym	101
---	-----

Marek Derlatka

Granice wolności artystycznej	121
-------------------------------------	-----

Hubert Przybyszewski

Udział i działalność prokuratora w postępowaniu administracyjnym	133
--	-----

Wiktor Gnych-Pietrzak

Ryzyko kwalifikacji przedwcześnie wystawionej faktury jako nierzetelnej – zagadnienie odpowiedzialności podatkowej i karnoskarbowej	143
---	-----

Michał Mariański

Wybrane wyłączenia z obowiązku zachowania tajemnicy skarbowej na rzecz władz administracyjnych w prawie francuskim	155
--	-----

Andrzej Michór

- Publicznoprawna reglamentacja obrotu złotem dewizowym i złotem inwestycyjnym 171

Andrzej Tatara

- Szczególny nadzór podatkowy jako element ochrony dochodów budżetowych 187

Aneta Tyc

- The Effectiveness of the USMCA Rapid Response Labour Mechanism:
Conclusions from the Analysis of GM Silao, Tridonex, Panasonic, Teksid,
VU Manufacturing and Saint Gobain cases 199

Urszula K. Zawadzka-Pąg, Ewa Lotko

- Zasada jedności materialnej jako determinanta zasady samodzielności finansowej gmin 215

Maciej Rosa

- I Konferencja Konstytucyjna pt. „Restytucja praworządności w Rzeczypospolitej Polskiej”, Uniwersytet SWPS, Warszawa, 12 grudnia 2023 r. Sprawozdanie 231

Michał Kurowski

Uniwersytet Łódzki

ORCID 0000-0003-1547-2927

mkurowski@wpia.uni.lodz.pl

Zaskarżalność zarządzenia prokuratora w przedmiocie odmowy udzielenia obrońcy zgody na widzenie z tymczasowo aresztowanym

Słowa kluczowe: tymczasowe aresztowanie, widzenie, środki łączności, zażalenie

Streszczenie. Przedmiotem opracowania jest instytucja zażalenia na zarządzenie prokuratora, wydane w postępowaniu przygotowawczym, o odmowie wyrażenia zgody na widzenie z tymczasowo aresztowanym, w sytuacji gdy wniosek składa obrońca wymienionego podmiotu. Autor analizuje sytuację obrońcy oskarżonego w odniesieniu do posiadanych uprawnień procesowych, w sytuacji naruszenia przepisów materialnych przy orzekaniu w przedmiocie powyżej opisanym. Wykazano, że pomimo kategorycznego brzmienia norm prawnych możliwa jest decyzja negatywna, co powoduje, iż niezbędne jest dokonanie oceny istniejącego systemu odwoławczego. Po przedstawieniu ogólnych założeń zarówno natury konstytucyjnej, jak i faktycznej, dotyczących wprowadzenia regulacji odnośnie do ograniczenia prawa do prywatności i wolności komunikowania, przedstawiono główne zasady dotyczące możliwości uzyskania widzenia oraz komunikowania się przez tymczasowo aresztowanego z osobami trzecimi. Wykazano, jakie – w perspektywie historycznej – przesłanki ukształtowały obecnie funkcjonujące instytucje. Zestawienie instytucji prawa do widzenia oraz możliwości korzystania ze środków łączności przez tymczasowo aresztowanego – w zakresie procedury odwoławczej – było niezbędne z uwagi na przyjętą interpretację systemową. Na podstawie analizy rozwiązań na płaszczyźnie językowej, historycznej i systemowej wykazano, że istnieje system środków zaskarżenia decyzji negatywnych. Jednocześnie przedstawione argumenty doprowadziły do ostatecznego wniosku, że system ten jest niepełny. Ustalono, że w sytuacji zarządzenia o odmowie widzenia obrońcy z tymczasowo aresztowanym ustawodawca nie przewidział możliwości wniesienia zażalenia na wskazaną decyzję.

Contestability of the prosecutor's order on refusal to grant the defense counsel permission to see the pretrial detainee

Keywords: pretrial detention, visitation, means of communication, complaint

Summary. The subject of the study is the institution of a complaint against the order of the prosecutor, issued in pre-trial proceedings, on the refusal to give permission to meet with a pretrial detainee in a situation where the application is submitted by the defense counsel. The author analyzes the situation of the defendant's defense counsel with regard to his procedural rights, in a situation of violation of substantive provisions. It is shown that despite the categorical statement of the norms, a negative decision is possible, which makes it necessary to evaluate the existing appellate system. After presenting the general assumptions of both constitutional and factual nature concerning the introduction of regulations on the restriction of the right to privacy and freedom of communication,

the main principles concerning the possibility of obtaining visits and communication by a detainee with third parties are presented. It is shown what, in a historical perspective, premises have shaped the currently functioning institutions. The juxtaposition of the institutions of the right to meeting and the possibility of communication by a temporarily arrested person – in terms of the appeal procedure – was necessary due to the adopted systemic interpretation. On the basis of the analysis of solutions at the linguistic, historical and systemic level, it was shown that there is a system of means of appeal against negative decisions. The arguments presented led to the final conclusion that this system is incomplete. It was established that in the situation of an order to deny a defender to see a detainee on remand, the legislator did not provide for the possibility of filing a complaint against the indicated decision.

Stosowanie tymczasowego aresztowania wywołuje skutki nie tylko w zakresie procesu karnego, w którym jest aktualne, ale również w sferze praw osoby pozbawionej wolności. Zasadniczo wymieniona instytucja procesu karnego, jako że pozbawia określony podmiot wolności, wykonywana jest na podstawie norm zawartych w Kodeksie karnym wykonawczym. Nie budzi wątpliwości, że choć ten środek zapobiegawczy nie jest karą, to ingeruje w liczne sfery praw i wolności gwarantowanych Konstytucją RP. Podstawowym problemem badawczym postawionym w niniejszym opracowaniu jest odpowiedź na pytanie, czy z uwagi na ograniczenie prawa do kontaktu z osobami trzecimi przewidziany system środków kontroli stosowania ograniczeń prawa do prywatności wobec tymczasowego aresztowania oskarżonego daje należytą gwarancję zapewnienia mu prawa do obrony. W dalszej kolejności niezbędne będzie ustalenie, czy istniejące w obrocie prawnym normy pozostawiają pole niedoregulowane ustawowo, a wreszcie czy ich faktyczne stosowanie czyni zadość gwarancjom procesowym oskarżonego pozbawionego wolności? Zdaniem Autora niniejszego opracowania w systemie środków zaskarżenia (kontroli) decyzji prokuratora istnieje luka prawna powodująca możliwość podejmowania decyzji niekorzystnych dla tego podmiotu i wykluczająca możliwości kontroli instancyjnej.

Przed przystąpieniem do zasadniczych rozważań warto nakreślić płaszczyzny interpretacyjne oraz zakres instytucji poddanych ocenie. W pierwszej kolejności interesującym nas zagadnieniem będzie określenie zakresu ograniczenia prawa do prywatności – w odniesieniu do swobodnego komunikowania się osoby pozbawionej wolności w wyniku zastosowania wobec niej tymczasowego aresztowania w toku postępowania przygotowawczego. Przedmiotem oceny będą regulacje dotyczące prawa do widzenia z osobami trzecimi oraz prawa do korzystania ze środków łączności¹. Analiza prowadzona będzie jednak głównie w odniesieniu do kontroli decyzji w przedmiocie obu wymienionych instytucji, a nie w zakresie przesłanek

¹ Przedstawione zostaną ogólne regulacje w celu następczego wykorzystania wykładni systemowej zmierzającej do ujawnienia i wykazania luk legislacyjnych.

ich stosowania. Przedstawienie pewnych ogólnych założeń ma tu na celu wykazanie wątpliwości w zakresie kompletności regulacji. Interpretacji rozwiązań zawartych w Kodeksie karnym wykonawczym nie sposób jednak czynić w oderwaniu od zagadnień związanych z celami i funkcjami tymczasowego aresztowania.

Tymczasowe aresztowanie jest środkiem, który najgłębiej ingeruje w gwarantowaną Konstytucją RP wolność i polega na faktycznym pozbawieniu wolności poprzez odosobnienie w areszcie śledczym, z jednoczesnym stosowaniem przepisów o wykonywaniu kary pozbawienia wolności z niewielkimi modyfikacjami². Konstytucyjne gwarancje dotyczące wolności ujęte w art. 31 i 41 oraz aktach prawa międzynarodowego, tj. Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r. (art. 5) oraz art. 9 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych ONZ z 1966 r., powodują, że słuszną jest teza, iż najbardziej dolegliwym środkiem zapobiegawczym jest właśnie tymczasowe aresztowanie³. Jednym z praw gwarantowanych Konstytucją RP, jak i aktami prawa międzynarodowego, w opozycji do których pozostaje wskazany środek zapobiegawczy, jest prawo do prywatności. Nie budzi wątpliwości, że z istoty środków zapobiegawczych wynika ingerencja w sferę wolności obywatelskiej, a w przypadku aresztu należy dodatkowo się zastanowić, czy nie narusza on gwarancji procesowych takich jak prawo do obrony czy domniemanie niewinności⁴. Należy dodać, że zasadniczym celem⁵ stosowania tymczasowego aresztowania jest zabezpieczenie prawidłowego toku postępowania karnego. Taka konstrukcja powoduje, że zasadne jest przyjęcie podziału celów stosowania tymczasowego aresztowania na spełniające funkcje zasadniczą (ochrona procesu) oraz akcesoryjną⁶. W tym kontekście izolacja

² R.A. Stefański, *Zakaz stosowania tymczasowego aresztowania ze względu na przewidywany wymiar kary lub zagrożenie karne*, [w:] *Istota i zasady procesu karnego 25 lat później. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Murzynowskiego*, red. M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska, Warszawa 2020, s. 419; należy tu dodać, że zmiany w wykonywaniu tymczasowego aresztowania w stosunku do wykonywania kary pozbawienia wolności generalnie powodują większą dolegliwość dla osoby osadzonej.

³ I. Zgoliński, *Podstawowe problemy polskiej instytucji aresztu tymczasowego*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 8, s. 66; Autor posługuje się pojęciem surowości, które spotykane jest również w innych opracowaniach, wydaje się jednak, że z punktu widzenia ujęcia funkcji, jakie ma spełniać tymczasowe aresztowanie, bardziej właściwym jest pojęcie dolegliwości.

⁴ M. Berezniński, *Uwagi na temat aresztu tymczasowego*, „Palestra” 1986, nr 8, s. 31.

⁵ Pojęcia celu i funkcji tymczasowego aresztowania nie stanowią synonimów. Jakkolwiek są ze sobą zbieżne, to jednak przez pojęcie celu należy rozumieć to, co chce się osiągnąć, zaś przez pojęcie funkcji zadanie, które ma spełnić jakaś osoba lub rzecz (A. Skowron, *Funkcje tymczasowego aresztowania w kontekście uchwały Sądu Najwyższego z 19 stycznia 2012 r. (I KZP 18/11) oraz najnowszych zmian Kodeksu postępowania karnego*, „Palestra” 2017, nr 7-8, s. 91-92 i powołana tam literatura; zobacz też szerzej Z. Ziemiński, *O pojmowaniu celu, zadania, roli i funkcji prawa*, „Państwo i Prawo” 1987, z. 12. Wskazana zbieżność zakresowa pojęć powoduje, że często w literaturze wykorzystywane są one zamiennie, co jednak wydaje się niepoprawne.

⁶ S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2018, s. 434.

oskarżonego i kontrola jego kontaktów z innymi osobami służyć ma realizacji zasadniczego elementu, którym jest zapewnienie prawidłowego toku postępowania karnego⁷.

Nie budzi wątpliwości w zakresie ogólnym teza wyrażona przez Trybunał Konstytucyjny⁸, że ustanowienie w odniesieniu do tymczasowo aresztowanego dalej idących ograniczeń w dostępie do widzeń aniżeli te, które obowiązują w odniesieniu do skazanego, co do zasady znajduje usprawiedliwienie w świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Nie sposób nie zauważyć, że przedmiotowe regulacje dotyczące ograniczenia wolności tymczasowo aresztowanego wkraczają w regulacje konstytucyjnie chronionego prawa do prywatności. Regulacja ogólna w przedmiocie wskazanego znajduje się w art. 47 Konstytucji RP, a uszczegóławia ją norma wynikająca z dyspozycji art. 49 tego aktu, przy czym w zakresie, w jakim drugi z wymienionych przepisów wkracza w regulację pierwszego, uznawany jest za normę *lex specialis*⁹. Należy podkreślić, że immamentnym składnikiem prawa do wolności komunikowania się jest „tajność” przekazu rozumiana jako możliwość takiego ukształtowania komunikacji, że osoby trzecie nie będą miały do niej dostępu. Słusznie wskazuje się, że wobec osób pozbawionych wolności ten element może zostać wyłączony, przy czym w zakresie kontaktów z obrońcą z art. 73 k.p.k. wynika, że ograniczenie „tajemnicy komunikowania się” z obrońcą również może być ograniczone z tym, że prokurator może jedynie zastrzec swoją lub osoby przez siebie upoważnionej obecność przy widzeniu na podstawie przepisu art. 215 k.k.w., ale tylko w terminie pierwszych 14 dni od dnia tymczasowego aresztowania (art. 73 § 4 k.p.k.)¹⁰.

W tym kontekście warto odwołać się do powyżej powołanego wyroku Trybunału Konstytucyjnego, wskazując na kluczowe elementy wykładni zastosowanej przez ten organ. Orzeczenie wydane zostało w stanie prawnym w którym nie przewidywano – ustawodawca nie wprowadził takiej regulacji – zażalenia na zarządzenie o odmowie udzielenia zgody na widzenie dla osoby najbliższej. Z przedmiotowego orzeczenia wynikają dwie kwestie: pierwszą z nich była konieczność określenia przesłanek dla decyzji negatywnej; drugą zaś brak środka zaskarżenia

⁷ Szerzej zobacz M. Kurowski, [w:] *System prawa karnego procesowego. Tom LX. Środki przymusu*, red. P. Hofmański, T. Grzegorzczak, Warszawa 2021, s. 615 i następne.

⁸ Wyrok TK z 2.07.2009 r., K 1/07, OTK-A 2009, nr 7, poz. 104.

⁹ Należy zauważyć, że w piśmiennictwie pojawiają się różne stanowiska co do tego, czy wolność komunikowania dotyczy jedynie porozumiewania się na odległość, czy też każdej formy w tym bezpośredniej – zobacz np. M. Florczak-Wątor, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, wyd. 2, Warszawa 2023, art. 49. Na potrzeby niniejszego opracowania przyjmuję, że prawo to rozciąga się na wszelkie formy komunikowania się, co jest zgodne z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego – zobacz powołany powyżej komentarz.

¹⁰ D. Tarnowska, *Prawo tymczasowo aresztowanego oskarżonego do kontaktowania się ze swoim obrońcą*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 12, s. 149.

w sytuacji, gdyby pomiotem, któremu nie udzielono zgody, była osoba najbliższa w rozumieniu art. 115 § 11 k.k.¹¹ Kluczowe znaczenie w perspektywie omawianych zagadnień ma stwierdzenie, że ustawodawca przekroczył konstytucyjne granice dopuszczalności stanowienia ograniczeń w korzystaniu z prawa gwarantowanego przez art. 78 Konstytucji RP, w szczególności z uwagi na brak racjonalnego uzasadnienia dla istnienia takiego ograniczenia, w sytuacji gdy zaskarżalne jest zarządzenie sądu odmawiające udzielenia zgody na widzenie. W konsekwencji powyższego orzeczenia ukształtowana została nowa norma prawna dotycząca omawianych zagadnień. Drugim istotnym orzeczeniem jest wyrok Trybunału Konstytucyjnego¹² z 25 listopada 2014 r. w przedmiocie możliwości korzystania ze środków łączności elektronicznej przez oskarżonego tymczasowo aresztowanego w celu kontaktów z obrońcą. Organ ten uznał, że art. 217c k.k.w. w zakresie, w jakim bezwzględnie zakazuje korzystania z aparatu telefonicznego przez tymczasowo aresztowanego w celu porozumiewania się z obrońcą, jest niezgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Z treści uzasadnienia przedmiotowego orzeczenia wynika, że Trybunał uznał, że bezwzględny zakaz nie zawsze służy realizacji celów stosowania tymczasowego aresztowania. Co ciekawe, Trybunał nie rozważał kwestii stosunku art. 215 k.k.w. do art. 217c k.k.w. Wydaje się, że z treści uzasadnienia orzeczenia należy odczytać, iż uznano, że to właśnie art. 217c stanowi *lex specialis* wobec art. 215 k.k.w. Organ ten nie analizował instytucji zażaleńowych, albowiem nie było ku temu podstaw z uwagi na kategoryczne brzmienie przepisu. W wyniku tego wyroku doszło również do ukształtowania modelu korzystania przez oskarżonego z środków łączności oraz zaskarżalności decyzji w tym przedmiocie. Należy podkreślić, że w żadnym z powołanych orzeczeń nie kwestionowano pozbawienia oskarżonego prawa zaskarżenia decyzji do organu sądowego.

W piśmiennictwie¹³ wskazuje się, że udzielenie zgody na widzenia obrońcy z tymczasowo aresztowanym ma charakter formalny, albowiem z treści przepisów prawa wynika prawo do utrzymywania kontaktów pomiędzy tymi podmiotami, to jednak w praktyce stosowania prawa możliwe jest wprowadzenie do obrotu

¹¹ Na marginesie należy zauważyć, że pojęcie osoby najbliższej zawarte w Kodeksie karnym jest nieadekwatne do obecnych stosunków społecznych, jak również do rozumienia tego pojęcia w prawie europejskim. Nie obejmuje on bowiem osoby pozostającej na utrzymaniu oskarżonego. Jedynie z orzecznictwa w sprawach cywilnych (uchwała SN z 28.11.2012 r., III CZP 65/12, OSNC 2013/5 poz. 57) za osoby najbliższe również uznaje się, że osoby tej samej płci pozostają we wspólnym pożyciu, gdy są związane więzią uczuciową, fizyczną i gospodarczą. Podobnie w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego w sprawach karnych (uchwała SN (7) z 25.02.2016 r., I KZP 20/15, OSNKW 2016/3, poz. 19).

¹² Wyrok TK z 25.11.2014 r., K 54/13, OTK-A 2014, nr 10, poz. 114.

¹³ D. Świecki, *4. Porozumiewanie się obrońcy z podejrzanym tymczasowo aresztowanym*, [w:] *Czynności procesowe obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych*, Warszawa 2015.

prawnego decyzji odmiennej. Obecnie kwestie widzeń z oskarżonym, nie tylko przez obrońcę, oraz korzystania przez niego z środków łączności, regulują przepisy art. 217 i 217c k.k.w. Zasadniczą rolę w tej procedurze odgrywa nadto norma zawarta w treści art. 215 k.k.w. Pewnym uproszczeniem jest przyjmowane w praktyce¹⁴ twierdzenie, że norma z art. 215 k.k.w. dotyczy tzw. widzeń adwokackich, norma zaś z art. 217 tej ustawy innych osób. O ile bowiem pierwszą z nich (art. 215 k.k.w.) można uznać za mającą charakter materialny w tym znaczeniu, że przyznaje określonej grupie prawo do widzeń w określonym zakresie¹⁵, o tyle druga ma charakter mieszany i stanowi podstawę udzielania zarządzeniem zgody (lub jej odmowy) na widzenie z tymczasowo aresztowanym. Istotnym zatem z punktu widzenia rozważań będzie omówienie problematyki zaskarżalności decyzji procesowych o odmowie udzielenia zgody na widzenie.

Przed przystąpieniem do omówienia kwestii zaskarżalności decyzji o odmowie widzenia z oskarżonym tymczasowo aresztowanym oraz o zgodzie na korzystanie przez niego ze środków łączności warto wskazać na możliwy układ procesowy, niezależny od przestrzegania normy prawnej zawartej w art. 215 k.k.w., który może wystąpić w praktyce, a który wiąże się ze stosowaniem wobec jednego podmiotu tymczasowego aresztowania w kilku różnych postępowaniach, jak również występowanie danego oskarżonego w innym postępowaniu w innym charakterze. W opracowaniach dotyczących praktyki stosowania prawa, w przedstawionym kontekście, wskazuje się na problematykę związaną z koniecznością uzyskania zezwolenia na widzenie od wszelkich podmiotów do dyspozycji, których pozostaje oskarżony tymczasowo aresztowany¹⁶. Z perspektywy praktyków – adwokatów – oceniane jest to negatywnie i uznawane za zbędne. Należy jednak zauważyć, że fachowy pełnomocnik może pozostawać z danym oskarżonym w stosunku obrończym wyłącznie w jednym postępowaniu, podczas gdy w innym jest jego pełnomocnikiem lub też nie pełni żadnej funkcji. Z punktu widzenia rozważanej problematyki istotne jest nie to, czy regulacja, zgodnie z którą adwokat (radca prawny) musi uzyskać zezwolenie na widzenie od wszelkich podmiotów, jest niewygodna dla tej grupy zawodowej, ale to, czy norma z art. 215 k.k.w. będzie działała w pełnym zakresie w odniesieniu do wszystkich tych toczących się postępowań. Rozstrzygnięcie powyższego problemu wymagać będzie określenia charakteru normy zawartej w art. 215 k.k.w., a nadto uwzględnienia zasady prawa do obrony oraz rozwiązań karno-procesowych związanych z ograniczeniami wynikającymi

¹⁴ M. Gąsiorowska, *Nieprawidłowe praktyki w zakresie zarządzania zgodą na widzenie wydawanej obrońcy*, „Palestra” 2005, nr 1-2, s. 85.

¹⁵ Chodzi tu o prawo do porozumiewania się z obrońcą, pełnomocnikiem będącym adwokatem albo radcą prawnym oraz przedstawicielem niebędącym adwokatem ani radcą prawnym, który został zaaprobowany przez Przewodniczącego Izby Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

¹⁶ M. Gąsiorowska, *Nieprawidłowe praktyki w zakresie...*, s. 84.

ze stosowania tymczasowego aresztowania w konkretnym postępowaniu w świetle powyżej omówionych norm Konstytucji RP. W pierwszej kolejności niezbędne jest odniesienie się do wykładni literalnej art. 215 k.k.w. Jakkolwiek w piśmiennictwie wskazuje się, że uprawnienie wynikające ze wskazanej normy prawnej wynika z prawa do obrony¹⁷, to literalne brzmienie przepisu wydaje się przeczyć tej tezie. Ustawodawca przewiduje bowiem prawo widzenia bez udziału osób trzecich po określonym terminie stosowania tymczasowego aresztowania¹⁸, albowiem obejmuje ono nie tylko obrońcę, ale i pełnomocnika. Słusznie zatem wskazywała Danuta Tarnowska¹⁹, że dotyczy także innych niż oskarżony stron postępowania, bowiem mowa w tym przepisie również o pełnomocniku. W tym znaczeniu przepis art. 215 k.k.w. znajdzie zastosowanie. Nie można zgodzić się jednocześnie ze wskazaną Autorką, że możliwe będzie tu zastrzeżenie obecności osoby trzeciej, gdyż z literalnego brzmienia wskazanej normy prawnej wynika wniosek przeciwny, pomimo iż słuszne jest wskazanie, że nie znajdzie zastosowania ograniczenie z art. 73 k.p.k. Z inną natomiast sytuacją będziemy mieli do czynienia, wtedy gdy obrońcy w jednym postępowaniu nie łączy z oskarżonym żaden stosunek prawny lub gdy dany pełnomocnik fachowy został wyeliminowany z postępowania na skutek decyzji sądu²⁰. Wówczas to norma zawarta w treści dyspozycji art. 215 k.k.w. nie znajdzie zastosowania w postępowaniu, w którym istnieje stosunek obrony lub pełnomocnictwa. W takim układzie procesowym nie jest zatem możliwe zastosowanie literalnego brzmienia art. 215 k.k.w. Obrońca w jednym postępowaniu może zostać *de facto* pozbawiony możliwości widzenia z tymczasowo aresztowanym w innym postępowaniu. Powstaje zatem dość trudny do rozstrzygnięcia problem na płaszczyźnie prawa do obrony i jednocześnie konieczności zapewnienia prawidłowego przebiegu innego postępowania oraz prawa do zapewnienia temuż oskarżonemu prawa do realnej obrony w sytuacji, gdy w innym postępowaniu obrońca został uznany za nieuprawnionego do występowania w tej funkcji. Wydaje się, że ostateczną decyzję winien podejmować tu organ niezależny od prowadzącego postępowanie prokuratora. Jak zostanie wykazane w dalszej części opracowania, obrońca ten jednak nie będzie miał możliwości wywiedzenia skutecznego²¹ środka odwoławczego.

¹⁷ T. Przesławski, M. Rokosz, [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, red. W. Sych, wyd. 2, LEX/el. 2024, art. 215.

¹⁸ Ograniczenia swobody widzenia mogą być wprowadzone przez prokuratora na okres nieprzekraczający 14 dni od dnia tymczasowego aresztowania, co warunkowane jest dobrem postępowania i nie może być przedłużone, jak również nie odżywa ono na etapie postępowania sądowego; D. Tarnowska, *Prawo tymczasowo aresztowanego...*, s. 149.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Chodzi o sytuację, w której sąd stwierdzi, że zachodzi sprzeczność pomiędzy interesami dwóch oskarżonych na podstawie art. 85 § 2 k.p.k.

²¹ Termin „skuteczny” należy rozumieć jako taki, który nie tyle przynosi zamierzony efekt, co wywołuje kontrolę przez inny uprawniony organ.

Niezbędne jawi się przedstawienie instytucji prawa do widzenia i korzystania ze środków łączności w ujęciu zakresu instytucji odwoławczych. Dokonując analizy instytucji widzenia z tymczasowo aresztowanym, należy zauważyć, że ustawodawca precyzyjnie przyznaje uprawnienia w zakresie wnioskowania o możliwość widzenia, jak i korzystania ze środków łączności przez ten przedmiot.

W zakresie uprawnienia do widzenia, w wyniku uwzględnienia stanowiska Trybunału Konstytucyjnego, dokonano zasadniczych zmian w zakresie ustawowych granic tej instytucji²². W szczególności wiązało się to z wprowadzeniem uprawnienia do jednokrotnego (co najmniej) prawa widzenia z osobą najbliższą w ciągu miesiąca oraz uregulowaniem procedury zażaleniowej. Nie budzi wątpliwości, że dyspozycja art. 217 k.k.w. dotyczy każdej osoby ubiegającej się o prawo widzenia z tymczasowo aresztowanym²³. Choć w literaturze²⁴ wskazuje się, że normę *lex specialis* w stosunku do omawianego przepisu stanowią regulacje dotyczące widzeń z obrońcą lub pełnomocnikiem zawarte w art. 73 k.p.k. oraz w art. 215 k.k.w., to jest to zdanie prawdziwe jedynie w zakresie przesłanek stosowania instytucji, a nie w odniesieniu do procedury udzielania widzenia oraz kwestionowania decyzji niekorzystnych dla tymczasowo aresztowanego. Przyjęta konstrukcja ustawowa pozwala na wyróżnienie trzech grup podmiotów. Pierwszą są osoby najbliższe, co do których legislator wskazuje przesłanki wydania zarządzenia o odmowie widzenia (art. 217 § 1b k.k.w.), podmioty objęte działaniem norm szczególnych – obrońca, pełnomocnik i inne wymienione w dyspozycji art. 215 k.k.w. (co do których zasadniczo nie powinno dojść do odmowy udzielenia zgody na widzenie) oraz pozostałe osoby, co do których decyzja ma charakter dowolny. Niezależnie od zaliczenia osoby ubiegającej się o widzenie do jednej z trzech powyższych kategorii regulacja dotycząca zaskarżalności jest wspólna. Należy wskazać, iż ustawodawca ograniczył zaskarżalność decyzji poprzez kryterium podmiotowe i przedmiotowe. Literalna wykładnia wskazuje zatem, że przedmiotem zażalenia mogą być objęte decyzje o odmowie widzenia (kryterium przedmiotowe) i to takie, które dotyczą osoby najbliższej (kryterium podmiotowe). Powyższe prowadzi zatem do wniosku, że środek odwoławczy złożony poza tym zakresem jest nie dopuszczalny z mocy prawa, a zatem powinna nastąpić odmowa jego przyjęcia (art. 429 k.p.k.), względnie powinien on zostać pozostawiony bez rozpoznania (art. 430 k.p.k.). Ustawodawca określa również krąg osób uprawnionych do zaskarżenia decyzji o odmowie udzielenia widzenia, czyli tymczasowo aresztowany oraz osoba naj-

²² Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 206, poz. 1589 z późn. zm.

²³ K. Dąbkiewicz, [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, LEX/el. 2020, art. 217.

²⁴ M. Świergosz, [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, red. A. Gerecka-Żołyńska, Warszawa 2023, art. 217.

bliższa. Do kręgu powyższego niewątpliwie zaliczyć należy obrońcę oskarżonego tymczasowo aresztowanego – arg. z art. 140 k.p.k. w zw. z art. 84 k.p.k. Analiza wskazanej normy prawnej prowadzi do wniosku, że poza zakresem dopuszczalnego zaskarżenia pozostają decyzje niezgodne z prawem – z uwagi na treść art. 215 k.p.k. – o odmowie wyrażenia zgody na widzenie takiego oskarżonego ze swoim obrońcą. Należy wskazać, że ustawodawca przewidział w zakresie postępowania przygotowawczego dodatkową regulację dotyczącą instytucji odwoławczych. Uwzględniając, że zarządzenie o zgodzie na widzenie lub odmowie udzielenia takiej należy do czynności decyzyjnych, nie znajdzie zastosowania norma z art. 302 § 1 k.p.k., albowiem ustawodawca ograniczył uprawnienie do wywiedzenia środka odwoławczego do podmiotów nieposiadających przymiotu strony²⁵. Co więcej, słusznie wskazywał Tomasz Grzegorzcyk²⁶, że przepis art. 302 k.p.k. wchodził (i wchodzi) w rachubę dopiero wtedy, gdy odnośnie do danej decyzji lub czynności nie przewiduje się zażalenia w innym przepisie ustawy. Powyższe prowadzi do wniosku, że tryb zażaleniowy ujęty we wskazanym art. 302 k.p.k. nie będzie miał również zastosowania.

Druga z interesujących nas instytucji, tj. porozumiewanie się przez oskarżonego tymczasowo aresztowanego za pośrednictwem środków łączności ograniczone zostało do samoinkasującego aparatu telefonicznego. Pozostawiając poza granicami rozważań przesłanki udzielenia zgody na ten rodzaj kontaktu, należy wskazać na istotę regulacji dotyczącej zaskarżalności. Nie budzi wątpliwości, że wykładnia literalna norm prawnych zawartych w art. 217c k.k.w. prowadzi do wniosku, że zakresem uprawnienia do badania zasadności decyzji objęto wszystkie negatywne dla oskarżonego zarządzenia niezależnie od tego, łączności z jakim podmiotem dotyczą. Co powoduje, że będzie możliwe kwestionowanie w tym trybie decyzji o odmowie wyrażenia zgody na korzystanie z samoinkasującego aparatu telefonicznego celem utrzymywania kontaktów z obrońcą.

Celowo zestawiono wskazane dwie instytucje z zakresu ingerujących w prawo swobodnego komunikowania się. Przedstawienie zakresu zaskarżalności wskazanych instytucji w świetle wykładni literalnych prowadzi do jednoznacznego wniosku, że ustawodawca w odniesieniu do nich różnicuje procedurę zażaleniową. Wychodząc z założenia racjonalności legislatora, należy przyjąć, że jedynym dopuszczalnym wnioskiem jest taki, który sprowadza się do stwierdzenia, że zakres zaskarżalności decyzji wydawanych na podstawie procedury przewidzianej w art. 217 k.k.w. jest ograniczony.

²⁵ M. Kurowski, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. D. Świecki, Warszawa 2024, s. 1089.

²⁶ T. Grzegorzcyk, *Zażalenie w postępowaniu przygotowawczym po nowelizacji k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 3, s. 12 i powołana tam argumentacja.

Celem ustalenia pełnego obrazu środków odwoławczych niezbędne jest przedstawienie reguł zaskarżania w ramach postępowania wykonawczego. W literaturze przedmiotu²⁷ wskazuje się, że rola prokuratora w postępowaniu wykonawczym nie jest jednoznaczna. W pewnych bowiem sytuacjach możliwe jest traktowanie go nie jako strony postępowania, ale organu postępowania wykonawczego w rozumieniu art. 2 pkt 10 k.k.w. I wówczas decyzje wskazanego byłyby poddane kontroli sądowej przewidzianej w art. 7 k.k.w. Należy zauważyć, że *de lege lata* ustawodawca wskazuje w art. 21 k.k.w., że prokurator w postępowaniu przed sądem jest stroną. Z tego powodu część piśmiennictwa wyklucza ten podmiot z kręgu określonego dyspozycją normy art. 2 k.k.w.²⁸ W szczególności wskazuje się na wykładnię językową, co wydaje się oczywiste, ale i historyczną i związaną z nią racjonalnością ustawodawcy. Na takim stanowisku stoi – jak się wydaje – również Kazimierz Postulski²⁹, który wskazuje, że nie należy nadawać prokuratorowi innych uprawnień niż te wynikające z treści instytucji, albowiem nie jest on organem postępowania wykonawczego. Inna część doktryny³⁰ podnosi, że pomimo iż intencją ustawodawcy było wyłączenie prokuratora z kręgu podmiotów kształtujących wykonywanie kar i innych środków, to *de facto* instytucje procesowe zostały tak ukształtowane, że podmiot ten współuczestniczy w tym procesie. Wskazuje się, że prokurator posiada zarówno kompetencje administracyjno-wykonawcze, jak i decyzyjne. Podobnie powołany już T. Kalisz³¹, który wskazuje na szczegółowe rozwiązania rozdziału XV k.k.w., a w szczególności przewidziane tam kompetencje prokuratora, które z uwagi na ich władczą rolę wobec tymczasowo aresztowanego należy traktować jak działania przysługujące organowi postępowania wykonawczego. Przyjęcie, że prokurator jest organem postępowania wykonawczego, możliwe jest jedynie poprzez zaliczenie go do punktu 10 art. 2 k.k.w. Co z uwagi na literalne brzmienie art. 7 k.k.w. pozwala na zaskarżenie zarządzenia prokuratora, w sytuacji gdy jego decyzja jest niezgodna z prawem³². Rozbieżności w doktrynie nie pozwalają w sposób oczywisty ustalić pozycji procesowej prokuratora. Okoliczności podnoszone przez obie strony sporu w zakresie tej kwestii są istotne. Wydaje się jednak, że należy przyjąć ograniczoną rolę prokuratora jako organu wykonawczego. Będzie on zatem posiadał kompe-

²⁷ T. Kalisz, *Zarządzenie o zgodzie na widzenie z osobą tymczasowo aresztowaną*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2019, t. LI, red. T. Kalisz, s. 45-64.

²⁸ K. Dąbkiewicz, [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, LEX/el. 2020, art. 21.

²⁹ K. Postulski, *Udział prokuratora w postępowaniu wykonawczym po ostatnich zmianach Kodeksu karnego wykonawczego*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 5, s. 154.

³⁰ T. Przesławski, M. Rokosz, [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, red. W. Sych, wyd. 2, LEX/el. 2024, art. 2.

³¹ T. Kalisz, *Zarządzenie o zgodzie na widzenie...*, s. 60.

³² O problematyce pojęcia niezgodności z prawem zobacz S. Lelental, *Skarga skazanego na decyzję organu postępowania wykonawczego w polskim prawie karnym wykonawczym*, [w:] *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesora Zofii Świdry*, red. J. Skorupka, Warszawa 2009.

tencje w zakresie przyznanym mu przez ustawodawcę. Jednocześnie w zakresie interesującego nas problemu, tj. zaskarżalności decyzji o zarządzeniu w przedmiocie udzielenia zgody na widzenie oraz zgody na korzystanie z środków łączności, nie sposób nie zauważyć, że legislator nie tylko wskazał na rolę prokuratora, ale również jednoznacznie określił sposób procesowego kwestionowania jego decyzji. Opisane w artykule możliwości zaskarżenia decyzji tego podmiotu stanowią niewątpliwie przepisy *lex specialis* wobec generalnego uregulowania kontroli sądowej zawartej w art. 7 k.k.w. Z tych przyczyn uznając, że decyzją ustawodawcy było określenie mechanizmu kontroli w zakresie poszczególnych instytucji do konkretnych podmiotów, nie sposób uznać, aby w miejsce rozwiązania szczególnego zastosowanie mogła znaleźć norma ogólna. Z tych przyczyn, jak się wydaje, nie będzie możliwe zastosowanie konstrukcji z art. 7 k.k.w. w celu wdrożenia procedury odwoławczej w zakresie zarządzenia prokuratora o odmowie udzielenia widzenia obrońcy z tymczasowo aresztowanym.

Dokonana analiza procedury zażaleniowej dotyczących instytucji porozumiewania się oskarżonego tymczasowo aresztowanego ze swoim obrońcą, czy to przy wykorzystaniu instytucji widzenia, czy też przy użyciu samoinkasującego aparatu telefonicznego, prowadzi do wniosku, że system kontroli instancyjnej jest niepełny. W sytuacji, w której dochodzi do wydania decyzji niezgodnej z prawem poprzez odmowę udzielenia widzenia obrońcy z oskarżonym tymczasowo aresztowanym, brak jest możliwości wywiedzenia środka odwoławczego w celu przywrócenia stanu zgodnego z prawem. Luka ustawowa nie może zostać nadto wypełniona w drodze wykładni norm obowiązujących. Przeprowadzone na potrzeby niniejszego opracowania interpretacje językowe, historyczne oraz systemowe nie pozwalają na dokonanie takiego zabiegu, który mógłby ostać się w praktyce stosowania prawa. Powyższe powoduje, że zasadnym jest postulat dokonania zmian na płaszczyźnie ustawowej i wprowadzenie stosownych uzupełnień do treści art. 217 k.k.w.

Literatura

- Bereźnicki M., *Uwagi na temat aresztu tymczasowego*, „Palestra” 1986, nr 8.
 Dąbkiewicz K., [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, LEX/el. 2020.
 Flórczak-Wątor M., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, wyd. 2, Warszawa 2023.
 Gąsiorowska M., *Nieprawidłowe praktyki w zakresie zarządzania zgody na widzenie wydawanej obrońcy*, „Palestra” 2005, nr 1-2.
 Grzegorzczak T., *Zażalenie w postępowaniu przygotowawczym po nowelizacji k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 3.
 Kalisz T., *Zarządzenie o zgodzie na widzenie z osobą tymczasowo aresztowaną*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2019, t. II, red. T. Kalisz.
 Kurowski M., [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. D. Świecki, Warszawa 2024.
 Kurowski M., [w:] *System prawa karnego procesowego. Tom IX. Środki przymusu*, red. P. Hofmański, T. Grzegorzczak, Warszawa 2021.

- Lelental S., *Skarga skazanego na decyzję organu postępowania wykonawczego w polskim prawie karnym wykonawczym*, [w:] *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesora Zofii Świdry*, red. J. Skorupka, Warszawa 2009.
- Postulski K., *Udział prokuratora w postępowaniu wykonawczym po ostatnich zmianach Kodeksu karnego wykonawczego*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 5.
- Przesławski T., Rokosz M., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, red. W. Sych, wyd. 2, LEX/el. 2024.
- Skowron A., *Funkcje tymczasowego aresztowania w kontekście uchwały Sądu Najwyższego z 19 stycznia 2012 r. (I KZP 18/11) oraz najnowszych zmian Kodeksu postępowania karnego*, „Palestra” 2017, nr 7-8.
- Stefański R.A., *Zakaz stosowania tymczasowego aresztowania ze względu na przewidywany wymiar kary lub zagrożenie karne*, [w:] *Istota i zasady procesu karnego 25 lat później. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Murzynowskiego*, red. M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska, Warszawa 2020.
- Świecki D., *Czynności procesowe obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych*, Warszawa 2015.
- Świergosz M., [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, red. A. Gerecka-Żołyńska, Warszawa 2023.
- Tarnowska D., *Prawo tymczasowo aresztowanego oskarżonego do kontaktowania się ze swoim obrońcą*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 12.
- Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2018.
- Zgoliński I., *Podstawowe problemy polskiej instytucji aresztu tymczasowego*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 8.
- Ziemiński Z., *O pojmowaniu celu, zadania, roli i funkcji prawa*, „Państwo i Prawo” 1987, z. 12.

Jacek Kudła

ORCID 0000-0002-4077-3900

jkjacekudla@gmail.com

Alfred Staszak

Uniwersytet Zielonogórski

ORCID 0000-0003-1318-6513

astaszak@uz.zgora.pl

Rola biegłego przy stosowaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych służb specjalnych RP w systemie informatycznym

Słowa kluczowe: służby specjalne, kontrola operacyjna, biegły, dostęp do informacji niejawnych, techniki kontroli operacyjnej

Streszczenie. Artykuł podnosi kontrowersyjną kwestię prawnej możliwości dopuszczenia biegłego do udziału w procesie opiniowania wniosków o zastosowanie kontroli operacyjnej na etapie wyrażania zgody na wystąpienie do sądu z wnioskiem przez uprawnione podmioty bądź już na etapie samego procedowania wniosku przez sąd. Autorzy stawiają hipotezę, że w sprawach skomplikowanych prokurator sprawujący nadzór nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi czy sąd mogą zasięgnąć opinii biegłego posiadającego wiadomości specjalne, ale tylko wówczas, gdy biegły ten posiada certyfikat upoważniający go do dostępu do informacji niejawnych. Artykuł podnosi również kwestię warunków prawnej dopuszczalności stosowania najnowocześniejszych technik inwigilacyjnych oraz stosowania technik specjalnych do przeszukiwania wielkich baz danych.

The role of an expert in the application of operational and reconnaissance activities of the Polish special services in the IT system

Keywords: intelligence services, operational surveillance, expert, access to classified information, operational control techniques

Summary. The article raises the controversial issue of the legal possibility of allowing an expert to participate in the process of assessing applications for operational surveillance—either at the stage of granting consent for submitting an application to the court by authorized entities, or already during the court's examination of such an application. The authors hypothesize that in complex cases, the prosecutor supervising operational and reconnaissance activities or the court may seek the opinion of an expert with specialized knowledge, but only if that expert holds a certificate authorizing access to classified information. The article also addresses the legal conditions under which the use of the most advanced surveillance techniques and special techniques for searching large databases may be permissible.

1. Ogólna charakterystyka możliwości kontroli służb specjalnych w RP

Mimo że obecnie istnieje wiele organów i instytucji państwowych, które *ex lege* mogą sprawować niezależną kontrolę służb specjalnych w RP, to ich możliwości kontrolne są w tym zakresie odpowiednio ustawowo ograniczone. Szczególnie uwidacznia się to w sferze wykonywania przez służby specjalne czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz w przypadkach wątpliwości dotyczących sfery pracy operacyjnej. Dlatego w tych przestrzeniach wszelkich interpretacji prawnych winny dokonywać osoby do tego szczególnie przygotowane, posiadające w omawianej dziedzinie wiadomości specjalne, które jednocześnie będą kierowały się podstawową przesłanką wykonywanych przez te służby zadań – stanowi to bezwzględne zapewnienie bezpieczeństwa państwa polskiego (zarówno wewnętrznego, jak i zewnętrznego)¹.

Należy podkreślić, że służby specjalne, realizując czynności operacyjno-rozpoznawcze, wykonują również inne działania i czynności, do których należy zaliczyć: czynności wywiadowcze i kontrwywiadowcze, informacyjne, analityczne, analityczno-informacyjne, operacyjno-wykrywcze². Zgodnie z art. 11 zd. pierwsze ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu (dalej: ustawa o ABW i AW)³ służbami specjalnymi są: ABW, AW, Służba Kontrwywiadu Wojskowego, Służba Wywiadu Wojskowego (dalej: ustawa o SKW i SWW⁴) i Centralne Biuro Antykorupcyjne (dalej: ustawa o CBA⁵)⁶.

Odpowiednio w zakresie swoich kompetencji nadzór (kontrolę) nad służbami specjalnymi w Polsce sprawują następujące organy: Prezydent RP, Prokurator Generalny, Prezes Rady Ministrów, Minister koordynator służb specjalnych, Minister Obrony Narodowej, Szefowie ABW, AW, SKW, SWW i CBA, Sejm (komisje sejmowe, w tym Komisja ds. Służb Specjalnych)⁷, Najwyższa Izba Kontroli, sądy –

¹ M. Gabriel-Węglowski, *Architektura bezpieczeństwa*, „Rzeczpospolita” z 2.02.2022 r., <https://www.rp.pl/sady-i-prokuratura/art35632141-michal-gabriel-weglowski-architektura-bezpieczenstwa> [dostęp: 26.10.2024].

² J. Kudła, *System czynności operacyjno-rozpoznawczych, analityczno-informacyjnych oraz wywiadowczych i kontrwywiadowczych służb specjalnych*, LEX/el. 2016, nr 470060883 [dostęp: 24.01.2022].

³ Ustawa z dnia 24 maja 2002 r., t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 812.

⁴ Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i Służbie Wywiadu Wojskowego, t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1405.

⁵ Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 184.

⁶ S. Zalewski, *Kontrola służb specjalnych w Polsce*, Warszawa 2021, s. 28. CBA pozostało służbą specjalną do 1.04.2025 r.

⁷ M. Bożek, *Sejmowa kontrola działalności służb specjalnych i jej ograniczenia wynikające z ustaw kompetencyjnych. Zarys problemu na tle uwarunkowań normatywnych*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2013, nr 20, s. 47-70.

w tym Trybunał Konstytucyjny, Naczelny Sąd Administracyjny i odpowiednio pozostałe sądy i prokuratury⁸, Rzecznik Praw Obywatelskich⁹.

Oprócz Szefa danej służby żaden organ bez jego zgody nie ma dostępu do technik stosowanych podczas czynności operacyjno-rozpoznawczych, w tym do tych z zakresu techniki operacyjnej i techniki specjalnej. Szef danej służby specjalnej może w zakresie swojego działania zezwalać funkcjonariuszom i pracownikom „swojej” służby oraz byłym funkcjonariuszom i pracownikom po ustaniu stosunku służbowego lub stosunku pracy, a także osobom udzielającym im pomocy w wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych – na udzielenie informacji niejawniej określonej osobie lub instytucji.

Ustawowe sformułowanie: „mogą zezwalać” nie oznacza, że „muszą zezwalać”¹⁰ i dlatego ocena materiałów i udzielenie określonych informacji z zakresu działania służb specjalnych zależy wyłącznie od jej Szefa. Wyjątki zostały określone w przepisach ustawy danej służby i dotyczą żądania prokuratora albo sądu zgłoszonego w celu ścigania karnego za czyn zabroniony, stanowiący zbrodnię lub występki, którego skutkiem jest np. śmierć człowieka, uszczerbek na zdrowiu lub szkoda w mieniu albo żądanie skierował Rzecznik Interesu Publicznego w celu przeprowadzenia postępowania lustracyjnego. Zakazu udostępniania informacji nie stosuje się również w przypadku żądania prokuratora lub sądu uzasadnionego podejrzeniem popełnienia przestępstwa ściganego z oskarżenia publicznego w związku z wykonywaniem czynności operacyjno-rozpoznawczych (zob. art. 39 ust. 4, 5 i 6 ustawy o ABW i AW, art. 43 ust. 4, 5 i 6 ustawy o SKW i SWW, art. 28 ust. 3 i 4 ustawy o CBA)¹¹. Informacje te oczywiście nie są ujawniane opinii publicznej. Trudno założyć, że Szef danej służby specjalnej wyrazi zgodę na udzielenie organowi kontrolującemu informacji, która dotyczy taktyki i technik wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych przez daną służbę specjalną. *A contrario* nie może to oznaczać, że służby nie mogą być w żaden sposób kontrolowane i mogą nie przestrzegać przepisów prawa. Wielokrotnie autorzy podkreślali w literaturze,

⁸ M. Bożek, *Charakterystyka ustawowych uprawnień operacyjnych służb specjalnych służących zwalczaniu przestępstw (zarys problemu na tle uwarunkowań normatywnych)*, [w:] E.W. Pływaczewski, W. Filipkowski, Z. Rau, *Przestępczość w XXI wieku – zapobieganie i zwalczanie. Problemy prawno-kryminologiczne*, Warszawa 2015, s. 322-350.

⁹ S. Zalewski, *op. cit.*, s. 78 do strony 150 (zob. opisane szczegółowo kompetencje kontrolne organów).

¹⁰ M. Bożek, *Status prawnoustrojowy Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego. Zarys problemu na tle rozwiązań konstytucyjnych i ustawowych*, „Przegląd Sejmowy” 2014, nr 3, s. 77-106: „Szef ABW ma prawo odmówić udzielenia informacji niejawnych (w tym odmówić udostępnienia dokumentów), nawet jeśli z takim żądaniem zwraca się do niego konstytucyjny organ państwa. Użycie w art. 39 ustawy (z 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu) zwrotu «może zezwalać» oznacza, że na szefie ABW nie ciążył taki obowiązek”.

¹¹ J. Kudła, *Zezwolenie oraz udzielenie informacji w trybie art. 20b i 20ba ustawy o Policji*, LEX/el. 2017, numer 470099425 [dostęp: 8.06.2022].

że pod pojęciem klauzuli „ściśle tajne” nie może kryć się zezwolenie na nielegalne działanie służb¹². Zatem dzisiaj konieczne staje się wskazanie na podstawie istniejących przepisów prawa, czy faktycznie możliwa jest skuteczna kontrola służb specjalnych w Polsce¹³, a w szczególności, czy jest ona możliwa i efektywna w konkretnej sprawie na etapie postępowania sądowego.

W kontekście postawionego pytania wydaje się, że warto rozważyć konieczność włączenia pomocnika procesowego sądu i prokuratora, tj. biegłego na etapie wykorzystania materiałów uzyskanych z kontroli operacyjnej w celu dokonania ich prawidłowej oceny, oczywiście po stwierdzeniu zaistnienia okoliczności uzasadniających powołanie takiego biegłego. Naturalnie wyłącznie w tym zakresie, w którym organ procesowy nie jest w stanie samodzielnie dokonać prawidłowej oceny pracy operacyjnej z uwagi na tak zwaną „kuchnię operacyjną”. Jednak formalne wyniki tej kontroli musiałyby pozostać wyłącznie w obszarze dokumentacji niejawnej, w której biegły, wydając opinię¹⁴, mógłby informować organ procesowy w sposób zapewniający dalszą konspirację pracy operacyjnej, czy w jego ocenie doszło do jakichkolwiek uchybień na którymkolwiek etapie jego zdobywania i gromadzenia.

Należy nadto stwierdzić, że zachodzi potrzeba unormowania problematyki czynności operacyjno-rozpoznawczych w sposób szczególny, odmienny od dotychczasowego, w nowej ustawie o pracy operacyjnej¹⁵, gdyż potrzeba zmiany uregulowań w zakresie nadzoru nad pracą operacyjną w społecznej dyskusji nie ulega już żadnej wątpliwości. Zanim zmiana postulowanych przepisów jednak nastąpi, pozostaje umiejętne stosowanie obecnie obowiązujących przepisów w celu skutecznej i rzeczywistej kontroli służb specjalnych, z uwagi na ujawniane nadużycia, które miały miejsce w ostatnich latach, np. związane z użyciem oprogramowania potocznie nazywanego Pegasus¹⁶.

¹² Por. K. Falandys, P. Łabuz, H. Fedewicz, *Nieunikniona reforma służb specjalnych Rzeczypospolitej Polskiej – propozycje de lege ferenda*, „Współczesne Problemy Zarządzania” 2020, nr 1, s. 50 (podsumowanie).

¹³ Na istnienie takiego nadzoru wskazali: A. Tomaszuk, D. Piekarski, P. Opitek, *Nadzór prokuratora nad realizacją kontroli operacyjnej – część I*, „Prokuratura i Prawo” 2021, nr 12, s. 132-152; *część II*, „Prokuratura i Prawo” 2022, nr 1, s. 62-84.

¹⁴ Opinia taka miałaby klauzulę ochrony przewidzianą dla dokumentów niejawnych o klauzuli tożsamej z klauzulą sprawy operacyjnej.

¹⁵ Obecnie trwają prace nad opracowaniem projektu ustawy Kodeks pracy operacyjnej, zob. <https://civitas.edu.pl/wp-content/uploads/2023/05/kodeks-pracy-operacyjnej-projekt-17042023.pdf> [dostęp: 16.10.2025].

¹⁶ Zob. np. https://pl.wikipedia.org/wiki/Afera_Pegasusa czy Raport końcowy z prac Komisji Nadzwyczajnej do spraw wyjaśnienia przypadków nielegalnej inwigilacji, ich wpływu na proces wyborczy w Rzeczypospolitej Polskiej oraz reformy służb specjalnych – <https://www.senat.gov.pl/aktualnoscilista/art,15764,komisja-nadzwyczajna-ds-inwigilacji-przyjela-raport-ze-swoich-prac.html> [dostęp: 26.09.2024].

Prowadzenie skutecznej kontroli służb specjalnych zawsze związane jest z dostępem do chronionych tajemnicą państwową technik i działań tych służb. Dlatego też nie może ona prowadzić do ujawnienia taktyki i technik stosowanych przez służby specjalne. Nieprzestrzeganie tej zasady uczyni służby nieskutecznymi i co do zasady spowoduje, że nie będą one realizować swoich zadań. Praca operacyjna zawsze będzie niejawną, stąd sposób jej kontrolowania może odbywać się wyłącznie przez wyznaczone osoby, cieszące się zaufaniem zarówno służb, jak i organu procesowego. Biegły sądowy lub osoba powołana przez organ procesowy *ad hoc* kontrolująca ten zakres pracy operacyjnej musi z tych względów, pomimo jedno-razowego wydania zarządzenia przez organ procesowy o dostępie do wskazanych niejawnych materiałów operacyjnych, uzyskać poświadczenie bezpieczeństwa wydane po przeprowadzeniu postępowania sprawdzającego. Z tego też względu nie mogą w postępowaniu uczestniczyć organizacje i stowarzyszenia społeczne, gdyż te nie podlegają procedurze uzyskania dostępu do informacji niejawnych. Warto w tym miejscu wskazać, że prokurator prowadzący konkretne postępowanie przygotowawcze lub sędzia rozpoznający daną sprawę z procedury poprzedzającej uzyskanie dostępu do informacji niejawnych są z mocy prawa zwolnieni.

2. Kontrola służb specjalnych RP na podstawie obowiązujących przepisów prawa

Jak wskazują Aleksander Tomaszuk, Dariusz Piekarski, Paweł Opitek, określone kompetencje do kontroli służb specjalnych RP, tak w zakresie stosowanej kontroli operacyjnej, jak i w czasie wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych, posiada Pierwszy Zastępca Prokuratora Generalnego Prokurator Krajowy¹⁷. Kontrola ta ma jednak charakter ograniczony i sprowadza się wyłącznie do oceny przedstawionego materiału operacyjnego przez daną służbę. Najczęściej jest to sam wniosek o zastosowanie kontroli operacyjnej wraz z uzasadnieniem. Naturalnie Pierwszy Zastępca Prokuratora Generalnego Prokurator Krajowy może podejmować dalsze kroki kontrolne, jednak w praktyce kontrola ta ogranicza się w większości przypadków do przedstawionych przez służby materiałów. Nie wolno zapominać także o stanowisku zajęтым przez Sąd Apelacyjny w Białymstoku, który ustalił, że składane dokumenty w sprawach wnioskowania o kontrolę operacyjną mają charakter blankietowy w takim sensie, że sąd, przychylając się w całości do wniosku, ustosunkuje się do niego w sposób blankietowy, bez konieczności formalistycznego powtarzania wszystkich szczegółowych stwierdzeń zawartych wyczerpująco we wniosku stanowiącego zgodnie z przepisami „awers” postanowienia sądowego.

¹⁷ A. Tomaszuk, D. Piekarski, P. Opitek, *op. cit.*, s. 139. Zob. także art. 13 § 3a pkt 1 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o Prokuraturze, t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 390.

Dopiero gdy sąd nie przychyli się w całości lub w części do wniosku o zastosowanie kontroli operacyjnej, zachodzi konieczność sporządzenia uzasadnienia takiej decyzji, gdzie podane zostaną szczegółowe powody takiego rozstrzygnięcia¹⁸.

Innym ważnym zagadnieniem jest problem konieczności przedstawienia Pierwszemu Zastępcy Prokuratora Generalnego Prokuratorowi Krajowemu we wniosku o zastosowanie kontroli operacyjnej wykorzystywanego środka techniki operacyjnej.

Jednoznacznie należy stwierdzić, że uprawniony prokurator na etapie zapoznania się z materiałami, na podstawie których dana służba wnioskuje o kontrolę operacyjną, nie zapoznaje się ze sprawą operacyjną. Jest to co do zasady prawidłowe postępowanie, ponieważ prokurator nie jest organem, który na etapie wnioskowania powinien zapoznawać się z jej szczegółami, ale tylko z tą częścią, która uzasadnia ten wniosek, w zakresie technik operacyjnych (obserwacji, maskowania, techniki specjalnej) zastosowanej w konkretnej sprawie.

Pierwszy Zastępca Prokuratora Generalnego Prokurator Krajowy nie prowadzi i nie wykonuje czynności operacyjno-rozpoznawczych, stąd nie ma i nie powinien mieć również dostępu do technicznych aspektów stosowanych podczas tych czynności. Pierwszy Zastępca Prokuratora Generalnego Prokurator Krajowy podczas oceny materiałów może natomiast dodatkowo omawiać wniosek z przedstawicielem danej służby. Ponadto może on sporządzić notatkę lub w inny sposób udokumentować taką rozmowę, a materiał z niej włączyć do swojejteczki kontrolnej. To na służbach specjalnych RP bowiem spoczywa obowiązek zgromadzenia rzetelnego materiału operacyjnego podczas stosowania metod i form pracy operacyjnej, a następnie, jeśli zostaną spełnione przesłanki ustawowe, przedstawienie wniosku o zastosowanie kontroli operacyjnej.

Obecnie obowiązują procedury pozwalające na zarządzenie kontroli operacyjnej przez daną służbę, w której Pierwszy Zastępca Prokuratora Generalnego Prokurator Krajowy sprawuje funkcję kontrolną w procesie wnioskowania i dalej wyrażenia zgody przez Sąd Okręgowy w Warszawie. W przypadku Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu zgodnie z art. 27 ust. 1 ustawy ABW i AW (analogicznie art. 17 ust. 1 ustawy o CBA) to sąd na pisemny wniosek Szefa ABW (lub odpowiednio CBA złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Pierwszego Zastępcy Prokuratora Generalnego Prokuratora Krajowego) może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną – gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne – przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw, o których mowa we właściwym katalogu – oraz w celu uzyskania i utrwalenia dowodów tych przestępstw,

¹⁸ Wyrok SA w Białymstoku z 16.01.2014 r., II AKa 260/13, LEX nr 1422328.

ujawnienia mienia zagrożonego przeпадkiem, w związku z tymi przestępstwami i ścigania ich sprawców. W przypadku Służby Kontrwywiadu Wojskowego i Służby Wywiadu Wojskowego, w celu realizacji zadań określonych w art. 5 ust. 1 pkt 1, 5, 7 i 8 oraz ust. 2 ustawy o SKW i SWW, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne – na podstawie art. 31 tej ustawy – sąd na pisemny wniosek Szefa SKW złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Pierwszego Zastępcy Prokuratora Generalnego Prokuratora Krajowego może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną. Przy czym zasady dokumentowania czynności wynikają z wprost przepisów wykonawczych do ustaw regulujących funkcjonowanie danej służby.

Podobny obowiązek spoczywa na Pierwszym Zastępcy Prokuratora Generalnego Prokuratorze Krajowym, gdy ustawowa metoda pracy operacyjnej służb specjalnych RP w postaci kontroli operacyjnej stosowana jest w trybie niecierpiącym zwłoki. Kontrola prokuratora nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi została unormowana w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 lutego 2017 r. w sprawie sposobu realizacji czynności prokuratora w ramach kontroli nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi (dalej: r.s.r.c.p.)¹⁹.

Istotę kontroli badania podstaw faktycznych czynności operacyjno-rozpoznawczych, o których mowa w rozporządzeniu w sprawie sposobu realizacji czynności prokuratora w ramach kontroli nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi, stanowi ustalenie przez prokuratora, czy odpowiednio przyszła zgoda sądowa i prokuratorska na przeprowadzenie danej czynności zostanie wydana na podstawie rzetelnych ustaleń stanowiących wynik stosowanych wcześniej metod pracy operacyjnej, zatem uzyskanych wiarygodnych informacji podczas wykonywanych czynności operacyjno-rozpoznawczych. Przy czym badania podstaw faktycznych (kontroli) oraz legalności i prawidłowości tych czynności należy dokonać dwuetapowo. Po pierwsze, przed zajęciem przez właściwego prokuratora stanowiska w przedmiocie wniosku, informacji lub zawiadomienia (§ 2, § 3 ust. 2 r.s.r.c.p.), po drugie, w czasie trwania czynności (§ 2, § 7, § 9 ust. 1, § 12 ust. 1 r.s.r.c.p.). Wgląd w materiały uzyskiwane w trakcie kontroli może mieć miejsce wyłącznie podczas trwania czynności (w ich toku).

Na marginesie można dodać, że podstawy faktyczne przeprowadzenia określonych czynności operacyjno-rozpoznawczych mogą zostać zbadane również w ograniczonym zakresie *ex post*. Taka kontrola będzie miała miejsce w sytuacji, gdy na pisemne polecenie Pierwszego Zastępcy Prokuratora Generalnego Prokuratora Krajowego upoważniony przez niego prokurator lub zespół prokuratorów

¹⁹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 lutego 2017 r. w sprawie sposobu realizacji czynności prokuratora w ramach kontroli nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi, t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1578.

dokona oceny sposobu realizowania przez właściwych prokuratorów okręgowych ich kompetencji w zakresie kontroli nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi prowadzonymi przez terenowe jednostki policji, Straży Granicznej i Żandarmerii Wojskowej. Badając podstawy faktyczne, ostatecznie właściwy prokurator powinien odpowiednio ustalić, czy informacje znajdujące się w przedłożonych materiałach z czynności operacyjno-rozpoznawczych są wiarygodne, a wniosek zasługiwał na uwzględnienie (§ 3 ust. 1 pkt 1 r.s.r.c.p.).

Przedstawiając rozwiązania prawne w odniesieniu do obecnie obowiązującego stanu prawnego, należy zaproponować *de lege ferenda*, aby w uzasadnionych przypadkach na danym etapie czynności Pierwszy Zastępca Prokuratora Generalnego Prokurator Krajowy mógł skorzystać z pomocy biegłego sądowego. W sprawach trudnych, skomplikowanych miałby wówczas możliwość zasięgnięcia opinii, wydając zarządzenie o dostępie biegłego sądowego do ściśle określonych materiałów niejawnych, z którymi biegły miałby się zapoznać. Nie chodzi tu w żadnym razie o przeniesienie odpowiedzialności z organu procesowego na biegłego sądowego w zakresie wyrażania zgody na czynność kontroli operacyjnej, ponieważ *ex lege* o tym decydują organy procesowe. Natomiast zadaniem biegłego sądowego byłaby ocena na podstawie posiadanych wiadomości specjalnych określonych materiałów i czynności operacyjno-rozpoznawczych służb specjalnych pozwalających na prawidłowe podjęcie różnych decyzji o tak znamiennych skutkach dla bezpieczeństwa obywateli. Naturalnie zatem nie chodzi o powoływanie biegłego sądowego do każdej zastosowanej wcześniej przez służby specjalne kontroli operacyjnej, ale jedynie o przypadki, które takiej wiedzy wymagają i wiążą się z prawidłowym zrozumieniem między innymi tzw. kuchni operacyjnej i innych trudnych zagadnień z zakresu pracy operacyjnej, które dla organu *ex officio* nie są znane i, niestety, nigdy nie będą prawidłowo zrozumiane bez udzielenia określonej pomocy²⁰. W tym przypadku pomocy organu niezależnego, niezależnego także od służb – czyli biegłego sądowego. Naturalnie konieczne jest wyznaczenie krótkiego terminu zapoznania się z materiałami przez biegłego i wydania opinii, w zależności od etapu jego powołania (odpowiednio zarządzenia kontroli operacyjnej na dalszych etapach czynności operacyjno-rozpoznawczych, dalej aż do zakończenia postępowania karnego, jeżeli jest prowadzone w danej sprawie). Odrębnego postępowania wymagałyby przypadki niecierpiące zwłoki. Są to jednak tzw. szczegóły techniczne, które z biegłym sądowym można na bieżąco ustalić. Biegły doskonale mógłby się również wypowiedzieć co do zakresu oraz zasadności objęcia figuranta kontrolą operacyjną, w tym jej najnowszymi środkami technicznymi.

²⁰ Zob. Rola i zadania Wydziału Nadzoru nad Czynnościami Operacyjno-Rozpoznawczymi funkcjonującego w Biurze Prezydyjnym Prokuratury Krajowej, [w:] A. Tomaszuk, D. Piekarski, P. Opitek, *op. cit.*, s. 143.

3. Biegły sądowy i jego merytoryczna pomoc organowi procesowemu w zakresie czynności operacyjno-rozpoznawczych

Biegły sądowy w zakresie czynności operacyjno-rozpoznawczych powoływany jest do większości spraw związanych z szeroko rozumianym przekroczeniem uprawnień przez funkcjonariuszy publicznych lub niedopełnieniem przez nich obowiązków służbowych. Dotyczy to najczęściej prowadzonych przez nich czynności w ramach spraw operacyjnych. Sprawy te dotyczą określonych uchybień, które w ocenie organu procesowego popełnili funkcjonariusze publiczni. Są to sprawy, w których mają już oni przedstawione zarzuty (*ad personam*), jak też postępowania prowadzone (*in rem*). W każdej sprawie, w której wydaje się opinię, biegły sądowy powinien dokonać oceny i znaleźć rozwiązania złożonej i trudnej sytuacji operacyjnej, również uwzględniając między innymi tzw. kuchnię operacyjną, co w konsekwencji pozwala na wydanie opinii rzetelnej, niezależnej, sumiennej i bezstronnej. Biegły sądowy specjalizujący się w zakresie taktyki kryminalistycznej i czynności operacyjno-rozpoznawczych powinien posiadać doświadczenie w realizacji tych czynności, na różnych szczeblach jednostek organizacyjnych je wykonujących (w tym także podczas operacji specjalnych). Konieczne jest też, aby posiadał dużą wiedzę z zakresu ustawodawstwa służb specjalnych i odpowiednio służb policyjnych.

W większości spraw, w których wydaje opinie biegły, materiały dostarcza organ procesowy (prokurator lub sąd, ewentualnie policja lub inne służby śledcze). Materiały te są zawsze szczegółowo określone w postanowieniu, o którym mowa w art. 194 k.p.k. I tak też jest w praktyce, gdyż w postanowieniu prokurator szczegółowo (np. w formie tabeli) określa materiał dowodowy z akt sprawy (np. numery stron, załączniki w postaci teczki operacyjnej ze zdjętą klauzulą tajności – czyli akta jawne lub wskazuje na konkretne materiały niejawne²¹), które odpowiednio przekazuje biegłemu, zadaje pytania i uzasadnia swoje postanowienie. Jest to bardzo ważna czynność procesowa wskazująca na obszar z zakresu czynności operacyjno-rozpoznawczych, który najbardziej go interesuje i z którym ma problemy w interpretacji merytorycznej, gdyż wymagają wiadomości specjalnych.

Udostępnienie materiałów biegłemu zostało unormowane przez ustawodawcę w art. 198 § 1 – 3 k.p.k.²² Zgodnie z tym przepisem, jeżeli jest to niezbędne do wydania opinii, to sąd lub prokurator udostępnia biegłemu poszczególne dokumenty z akt sprawy lub uwierzytelnione kopie tych dokumentów. Dokumenty mogą być

²¹ W przypadku materiałów niejawnych wdrażana jest odrębna procedura na podstawie zarządzenia właściwego prokuratora, o której mowa w § 10 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 września 2017 r. w sprawie sposobu postępowania z protokołami przesłuchań i innymi dokumentami lub przedmiotami, na które rozciąga się obowiązek zachowania w tajemnicy informacji niejawnych albo zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji, Dz.U. z 2017 r. poz. 1733.

²² J. Skorupka, *KPK. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 494-497.

również udostępnione w postaci elektronicznej. Z kolei biegłemu powołanemu z tego względu, że wydana przez innego biegłego opinia jest niepełna lub niejasna albo gdy zachodzi sprzeczność w niej samej lub między różnymi innymi opiniami w tej samej sprawie, przed wydaniem opinii nie udostępnia się tej innej opinii. Inną opinię można udostępnić biegłemu w niezbędnym zakresie, tylko w wyjątkowym, szczególnie uzasadnionym wypadku, gdy przedmiot opinii powołanego biegłego bezpośrednio dotyczy treści tej innej opinii. W wypadku udostępnienia biegłemu dokumentów z akt sprawy, również w postaci elektronicznej lub uwierzytelnionych kopii tych dokumentów, sporządza się w formie notatki urzędowej wykaz dokumentów, których oryginały, postać elektroniczna lub uwierzytelnione kopie zostały przed wydaniem opinii udostępnione biegłemu. Notatka powinna być podpisana przez osobę sporządzającą z podaniem imienia, nazwiska i stanowiska służbowego oraz załączona do akt sprawy.

W przypadku materiałów niejawnych opinia zostaje wydana przez biegłego sądowego po wcześniejszym zarządzeniu organu procesowego o dopuszczeniu do zapoznania się biegłego sądowego z aktami, teczkami niejawnymi²³. Jak w każdej dziedzinie, tak i w tej występuje wiele problemów związanych z wydaniem opinii. Wydając opinie z zakresu czynności operacyjno-rozpoznawczych, podstawowe wyzwanie dla biegłego stanowi merytoryczne, właściwe, rzetelne i trafne wykorzystanie posiadanych przez siebie wiadomości specjalnych dla celów określonych przez organ procesowy w sporządzonej opinii. Organowi procesowemu należy wszechstronnie uzasadnić za pomocą spostrzeżeń w opinii zajęte stanowisko. Jeżeli funkcjonariusz danej służby twierdzi, że dokumentacja z określonej czynności znajduje się w danej tece operacyjnej – to sąd i biegły ten fakt mają obowiązek sprawdzić.

W wielu sprawach nawet doświadczony prokurator czy sędzia nie są w stanie samodzielnie dokonać właściwej oceny materiałów operacyjnych bez posiadania wiadomości specjalnych. W praktyce jednak organ procesowy bardzo często nie powołuje biegłego sądowego, tylko konsultuje dane stanowisko z funkcjonariuszem np. z Centralnego Biura Śledczego Policji czy Biura Spraw Wewnętrznych Policji i na tej podstawie podejmuje decyzję procesową. Zatem należy podkreślić, że takie konsultacje często okazują się nietrafne i powinny skutkować powołaniem biegłego sądowego na dalszym etapie postępowania karnego przed sądem pierwszej lub drugiej instancji.

²³ Zob. wyjątek, o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt 1 zd. pierwsze – Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 września 2017 r. w sprawie sposobu postępowania z protokołami przesłuchań i innymi dokumentami lub przedmiotami, na które rozciąga się obowiązek zachowania w tajemnicy informacji niejawnych albo zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji, Dz.U. z 2017 r. poz. 1733.

3.1. Dostęp biegłego sądowego do informacji niejawnych

Co do zasady, każdy biegły sądowy powołany przez organ procesowy (przez sąd lub prokuratora) może mieć dostęp do informacji niejawnych znajdujących się w aktach oznaczonych klauzulą tajności. Jednak aby taki dostęp uzyskał, organ procesowy musi wydać zarządzenie zgodnie z § 10 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 września 2017 r. w sprawie sposobu postępowania z protokołami przesłuchań i innymi dokumentami lub przedmiotami, na które rozciąga się obowiązek zachowania w tajemnicy informacji niejawnych albo zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji. Przepis ten stanowi, że udostępnienie dokumentów, akt lub przedmiotów oznaczonych klauzulą tajności biegłemu, tłumaczowi lub specjaliście następuje na podstawie zarządzenia prezesa sądu, a w postępowaniu przygotowawczym – na podstawie zarządzenia prokuratora, tylko w zakresie niezbędnym do wykonania czynności procesowej. Przepisy § 6, 8 i 9 przedmiotowego rozporządzenia stosuje się odpowiednio – oznacza to m.in., że biegły sądowy na mocy tegoż zarządzenia może uzyskać dostęp aż do materiałów niejawnych oznaczonych klauzulą „ściśle tajne”, z wyjątkiem dokumentów, akt lub przedmiotów, o których mowa w art. 184 § 1 i art. 156 § 5a k.p.k.

Udostępnienie akt, dokumentów lub przedmiotów oznaczonych klauzulą tajności następuje w obecności wyznaczonego pracownika kancelarii tajnej lub sekretariatu w zależności od klauzuli tajności. W praktyce na tym tle powstaje wiele problemów.

Pracownicy kancelarii tajnych są zwyczajowo przygotowani do dostępu do informacji niejawnych tylko na podstawie poświadczenia bezpieczeństwa, w trybie ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych²⁴. Nie każdy biegły sądowy takie poświadczenie bezpieczeństwa posiada, głównie ze względu na koszty jego wydania i konieczności założenia i prowadzenia działalności gospodarczej, w przypadku gdy biegły jest na emeryturze i nie jest zatrudniony w jednostce, która jest uprawniona chociażby do uproszczonego przeprowadzenia postępowania sprawdzającego do klauzuli „poufne”. Zatem problem polega nie na zarządzeniu organu procesowego o dostępie do informacji niejawnych, tylko niechęci w udostępnianiu w tym trybie akt biegłemu sądowemu przez pracowników kancelarii tajnej. Kierownicy kancelarii tajnej, zatem profesjonalści w dziedzinie ochrony informacji niejawnych, twierdzą, że tryb ten nakłada na nich wiele dodatkowych obowiązków (np. stała obecność pracownika kancelarii podczas zapoznawania się biegłego z materiałem z czynności operacyjno-rozpoznawczych).

²⁴ T.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 632.

3.2. Cel opinii – opinia jawna i jej część niejawna

Główny cel opiniowania wynika odpowiednio z art. 193 § 1 k.p.k., zatem jeżeli stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych, zasięga się opinii biegłego albo biegłych. Biegły, wykonując postanowienie organu procesowego, realizuje wszystkie cele, w tym postanowieniu określone. Zatem biegły powinien, jeżeli to możliwe, całkowicie rozwiązać problem organu procesowego, odpowiedzieć na jego pytania. Konstruując wnioski, biegły wykorzystuje wszystkie spostrzeżenia zawarte w opinii, które powstały na podstawie posiadanych przez biegłego sądowego wiadomości specjalnych. Należy pamiętać, że zgodnie z regułą (maksymą) *iura novit curia* – odpowiednio za niedopuszczalne uznaje się przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, w celu ustalenia obowiązującego stanu prawnego oraz zasad zastosowania i wykładni obowiązujących przepisów prawa²⁵. Jednak zasada ta nie dotyczy przepisów z zakresu czynności operacyjno-rozpoznawczych (w tym niejawnych instrukcyjnych), ponieważ są one przede wszystkim niejasne i generalnie nieznane organom procesowym. Reguła ta dotyczy często również przepisów prawa międzynarodowego. Dlatego biegły w zakresie czynności operacyjno-rozpoznawczych opiniuje również, w celu ustalenia wykładni niejasnych dla organu procesowego, niejawnych przepisów instrukcyjnych oraz innych z nimi związanych, których rzetelne zrozumienie wymaga wiadomości specjalnych.

Biegły sądowy korzysta z posiadanych wiadomości specjalnych dotyczących metod i form czynności operacyjno-rozpoznawczych, opartych na przepisach prawa oraz wiedzy kryminalistycznej, w tym nauk pokrewnych. Opinia biegłego powinna posiadać wysoką jakość merytoryczną, co jest nieosiągalne w przypadku powołania osoby niekompetentnej i nieposiadającej właściwych kwalifikacji w danej dziedzinie. Organ procesowy w naszej ocenie powinien najpierw poznać merytoryczne kwalifikacje biegłego (jego wiedzę i doświadczenie), a dopiero potem go powołać. Niestety, nawet wtedy, gdy jest on już ustanowiony biegłym sądowym. Zgodnie z art. 194 k.p.k. – przedmiot i zakres ekspertyzy określa się w postanowieniu. W przypadku wydania przez biegłego sądowego opinii niejawnej obowiązują te same rygory procesowe z jednoczesnym uwzględnieniem norm prawnych, o których mowa w ustawie o ochronie informacji niejawnych²⁶. W tej samej sprawie może na przykład być sporządzona opinia jawna na podstawie jawnych materiałów procesowych, zawartych w aktach postępowania karnego, i odrębnie opinia niejawna, która dotyczy wyłączonych z części jawnej – niejawnych materiałów tego postępowania.

²⁵ Por. wyrok SA w Białymstoku z 18.06.2014 r., I ACa 160/14, LEX nr 1506648.

²⁶ Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 742.

3.3. Ograniczenia biegłego sądowego w dostępie do materiałów z czynności operacyjno-rozpoznawczych służb specjalnych

Zabronione jest ujawnianie danych o osobie udzielającej pomocy funkcjonariuszom ABW i AW, CBA, czy SKW i SWW w zakresie czynności operacyjno-rozpoznawczych, a zakres dostępu prokuratora lub sądu do informacji z zakresu czynności operacyjno-rozpoznawczych unormowany został szczegółowo określony w przepisach.

Zgodnie z tym przepisami został unormowany obszar ujawnienia organowi procesowemu przez Szefa danej służby określonych informacji. Jednak ustawodawca zabrania ujawniania danych dotyczących osobowego źródła informacji i innych informacji objętych normami prawnymi przepisów służb specjalnych. Wyjątek stanowią skrajne przypadki. I tak na przykład Szefowie Agencji, na podstawie art. 39 ust. 4 i 5 ustawy o ABW i AW, mogą udzielić informacji, w przypadku żądania prokuratora albo sądu, zgłoszonego w celu ścigania karnego za czyn zabroniony, stanowiący zbrodnię lub występki, którego skutkiem jest śmierć, lub przeprowadzenia postępowania sprawdzającego na podstawie przepisów o ochronie informacji niejawnych. Jak też w przypadku żądania prokuratora lub sądu uzasadnionego podejrzeniem popełnienia przestępstwa ściganego z oskarżenia publicznego w związku z wykonywaniem czynności operacyjno-rozpoznawczych. Z kolei Szefowie SKW i SWW mogą udzielić informacji na podstawie art. 43 ust. 4 i 5 ustawy o SKW i SWW, w przypadku żądania prokuratora albo sądu, zgłoszonego w celu ścigania karnego za czyn zabroniony, stanowiący zbrodnię lub występki, którego skutkiem jest śmierć, albo w celu przeprowadzenia postępowania lustracyjnego lub realizacji zadań z nim związanych, lub przeprowadzenia postępowania sprawdzającego na podstawie przepisów o ochronie informacji niejawnych. Jak też w przypadku żądania prokuratora lub sądu uzasadnionego podejrzeniem popełnienia przestępstwa ściganego z oskarżenia publicznego w związku z wykonywaniem czynności operacyjno-rozpoznawczych. W przypadku odmowy zwolnienia, o którym mowa wyżej, przez Szefa danej służby specjalnej, można stosować odpowiednio: art. 39 ust. 6 ustawy o ABW i AW; art. 43 ust. 6 ustawy o SKW i SWW lub art. 28 ust. 5 ustawy o CBA. Zależy to od okoliczności sprawy i decyzji organu procesowego, w tym przypadku Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, który również powinien zasięgnąć w takich wyjątkowych przypadkach opinii biegłego z zakresu czynności operacyjno-rozpoznawczych.

3.4. Odpowiedzialność biegłego sądowego

Ocenić materiał operacyjny nieobiektywnie jest łatwiej niż rzetelnie rozwiązać faktyczny i merytoryczny problem operacyjny. Biegły, dokonując oceny, bierze pod uwagę obiektywne okoliczności przemawiające na korzyść funkcjonariusza

publicznego i na jego niekorzyść. Wnioski opinii należy właściwie uargumentować przy kategoriycznym zachowaniu bezstronności. Nie są w stanie tego uczynić osoby bez prawidłowego przygotowania do sprawowania funkcji biegłego sądowego. Jeszcze raz należy zatem podkreślić, że błędem organu procesowego jest, gdy do opiniowania zostaną powołane osoby, które nie znają kompleksowo zakresu wszystkich czynności operacyjno-rozpoznawczych i odpowiednio zasad procedury karnej, albowiem będzie rodziło ich odpowiedzialność, w najłagodniejszym przypadku dyscyplinarną.

W tym miejscu z dużym uproszeniem, gdyż wykraczałoby to poza ramy niniejszego opracowania, można wskazać, że sankcją dla nierzetelnego biegłego jest skreślenie z listy biegłych czy odpowiedzialność eksperta wobec uczestników postępowania (postępowanie wobec biegłych o odszkodowanie). Odnosząc się zaś krótko do zasad odpowiedzialności biegłych, w przypadku prawa cywilnego należy wyróżnić należytą staranność, o której mowa w art. 355 § 1 i 2 k.c., jako podstawę oceny efektów ich pracy wyrażoną w przedkładanej opinii²⁷.

Natomiast w przypadku odpowiedzialności karnej stosuje się wobec biegłego art. 233 § 4 k.k.²⁸ Biegły może też odpowiadać z art. 271 § 1 k.k.²⁹ i nie ponosi odpowiedzialności za rozstrzygnięcia organu procesowego – jedynie za uczciwość, staranność i sumienność wykonania zleconych mu zadań.

4. Uprawnienia służb specjalnych do stosowania najnowszych środków technicznych podczas kontroli operacyjnej

Na wstępie należy stwierdzić, że rozwój nowych technologii pozwala na jednoczesne skuteczne stosowanie najnowszych środków technicznych (w tym w postaci oprogramowania) przez wszystkie służby. Katalog środków technicznych kontroli operacyjnej stosowanej przez służby specjalne (art. 27 ust. 6 ustawy o ABW i AW i art. 31 ust. 4 ustawy o SKW i SWW), jak też kontroli i utrwalania rozmów, o których mowa z kolei w art. 241 k.p.k., pozostają katalogami otwartymi pozwalającymi nadążyć racjonalnemu ustawodawcy z rewolucją technologiczną. Należy przypomnieć, że kilka lat temu w doktrynie toczył się spór o wykorzystanie nowego na tamten czas środka technicznego. Kwestia dotyczyła podsłuchu poczt

²⁷ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.

²⁸ Przepis ten stanowi: „Kto jako biegły, rzeczoznawca lub tłumacz, przedstawia fałszywą opinię, ekspertyzę lub tłumaczenie mające służyć za dowód w postępowaniu określonym w § 1, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10”.

²⁹ Funkcjonariusz publiczny lub inna osoba uprawniona do wystawienia dokumentu, która poświadcza w nim nieprawdę co do okoliczności mającej znaczenie prawne, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

elektronicznej. Ostatecznie w wyniku przeprowadzonych analiz prawnych przyjęto stanowisko, że katalog środków technicznych, o którym mowa w art. 241 k.p.k., pozostaje katalogiem otwartym³⁰.

Kontrola operacyjna wszystkich służb specjalnych prowadzona jest niejawnie i polega na:

- uzyskiwaniu i utrwalaniu treści rozmów prowadzonych przy użyciu środków technicznych, w tym za pomocą sieci telekomunikacyjnych,
- uzyskiwaniu i utrwalaniu obrazu lub dźwięku osób z pomieszczeń, środków transportu lub miejsc innych niż miejsca publiczne,
- uzyskiwaniu i utrwalaniu treści korespondencji, w tym korespondencji prowadzonej za pomocą środków komunikacji elektronicznej,
- uzyskiwaniu i utrwalaniu danych zawartych w informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych.

Dla celów wykładni systemowej przepisów prawa dotyczących zakresu stosowanych środków technicznych w kontroli operacyjnej należy przypomnieć, że:

- art. 27 ust. 6 pkt 1 ustawy o ABW i AW i art. 31 ust. 4 pkt 1 ustawy o SKW i SWW pozwala na uzyskiwanie i utrwalanie treści rozmów prowadzonych przy użyciu środków technicznych (wszelkich najnowszych środków technicznych, również najnowszych programów), w tym za pomocą sieci telekomunikacyjnych, do której należy zaliczyć: wszelką korespondencję w postaci prowadzonych rozmów (nie tylko telefonicznych), zatem treści tych rozmów. Mogą to być np. rozmowy prowadzone za pomocą smartfonów, w tym telefonów internetowych (VOIP), komunikatorów internetowych; innego rodzaju rozmów, do których stosuje się lub są prowadzone przy użyciu środków technicznych zgodnie z najnowszym rozwojem technologicznym w dziedzinie informatyki, teleinformatyki i telekomunikacji; rozmowy prowadzone z wykorzystaniem łączności radiowej, czyli rozmowy rejestrowane przy użyciu środków technicznych czy też rozmowy utrwalone przy zastosowaniu oprogramowania pozwalającego przełamać zabezpieczenia techniczne urządzeń końcowych (programy szpiegujące);
- art. 27 ust. 6 pkt 2 ustawy o ABW i AW i art. 31 ust. 4 pkt 2 ustawy o SKW i SWW pozwala na uzyskiwanie i utrwalanie obrazu lub dźwięku osób z pomieszczeń, środków transportu lub miejsc innych niż miejsca publiczne, tj. rejestrację i podgląd przy wykorzystaniu urządzeń do utrwalania obrazu i dźwięku

³⁰ Zob. T. Grzegorzczak, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. 3, Kraków 2003, art. 241: „[...] obejmuje treści rozmów innych niż telefoniczne, a więc wszelkie rozmowy, bez względu na to, jak i gdzie są prowadzone...”. Zob. też A. Choromańska, *E-podśłuch zagadnienia wybrane*, [w:] *Czynności dochodzeniowo-sledcze i działania operacyjne policji a rola sądu w postępowaniu przygotowawczym: materiały pokonferencyjne*, red. S. Lelental, J. Kudrelek, I. Nowicka, Szczepitno 2008, s. 278-291.

- po pierwsze w pomieszczeniach np. przy użyciu kamery, rejestratora, nadajnika i odbiornika. Po drugie w pojazdach i innych środkach transportu, np. GPS i GPRS z funkcjami dodatkowymi do utrwalania obrazu i dźwięku. Do miejsc innych niż miejsca publiczne należy zaliczyć np. gabinet lekarski;
- art. 27 ust. 6 pkt 3 ustawy o ABW i AW i art. 31 ust. 4 pkt 3 ustawy o SKW i SWW pozwala na uzyskiwanie i utrwalanie treści korespondencji, w tym korespondencji prowadzonej za pomocą środków komunikacji elektronicznej – istotą tego rodzaju środków technicznych jest to, że służą one w przedmiotowym zakresie tylko do uzyskiwania i utrwalania treści korespondencji, zatem treści korespondencji pisemnej, elektronicznej – nie rozmowy. Będzie to m.in.: przesyłka listowa, przesyłka kurierska w części dot. przesyłki listowej będącej przesyłką rejestrowaną. Dotyczy to także poczty elektronicznej. W wyniku wykładni systemowej (art. 27 ust. 6 pkt 3 ustawy o ABW i AW i art. 31 ust. 4 pkt 3 ustawy o SKW i SWW) należy stwierdzić, że racjonalny ustawodawca pocztę elektroniczną zalicza do środków komunikacji elektronicznej (zatem wyróżnia ją jako środek techniczny, co pozwala na zaliczenie poczty elektronicznej do grupy środków technicznych, w kontroli operacyjnej zob. usługa Cloud Computing w Big data³¹). Do grupy tej należy zaliczyć m.in. treść korespondencji pisemnej przekazywanej za pomocą komunikatorów internetowych i innych (m.in. telefonia, telefonia internetowa – korespondencja pisemna);
 - art. 27 ust. 6 pkt 4 ustawy o ABW i AW i art. 31 ust. 4 pkt 4 ustawy o SKW i SWW pozwala na uzyskiwanie i utrwalanie danych zawartych w informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych, tj. informatyczny nośnik danych rozumiany jako materiał lub urządzenie służące do zapisywania, przechowywania i odczytywania danych w postaci cyfrowej (art. 3 pkt 1 ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, będzie to np. pamięć USB, interfejs USB, karta SD, inne urządzenia elektroniczne wraz z wbudowaną pamięcią); system teleinformatyczny – 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 Prawo komunikacji elektronicznej i Europejskiego Kodeksu Łączności Elektronicznej³² (informacjami przeka-

³¹ J. Kudła, A. Staszak, *Procesowa i operacyjna kontrola korespondencji przechowywanej w tzw. chmurze*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 7 i 8, s. 31-56.

³² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiająca Europejski kodeks łączności elektronicznej (wersja przekształcona). Tekst mający znaczenie dla EOG; Dz.U. UE L. z 2018 r. Nr 321, str. 36 z późn. zm.

zywany mi za pomocą sieci telekomunikacyjnych będą rozmowy telefoniczne, wiadomości SMS, MMS, a także inne informacje przekazywane drogą radiową i internetową, w tym poczta elektroniczna, treści zamieszczane na forach internetowych i czatach). Istotne jest wyjaśnienie pojęcia telekomunikacyjnego urządzenia końcowego – jest to urządzenie telekomunikacyjne przeznaczone do podłączenia bezpośrednio lub pośrednio do zakończenia sieci, np. modem, terminal, konwerter, urządzenia końcowe ISDN, PSTN; urządzenia transmisji danych, np. X21, X 25, Ethernet, token ring, tokenbus, TCP/IP, frame relay. Na przykład w usłudze Cloud Computing urządzeniem końcowym będzie telefon komórkowy, tablet lub inne dostępne urządzenie. Są to m.in. wszelkie dopuszczone prawem środki. Jest to rodzaj kontroli operacyjnej umożliwiający na przykład przeszukanie komputera w czasie rzeczywistym³³. Dalej w zakresie przedmiotowego rodzaju kontroli operacyjnej mieszczą się m.in. zapisy z urządzeń końcowych rejestrujących transakcje płatnicze (dane) czy np. dane uzyskane w wyniku łączności modemu z telefonem i wiele innych, których nie sposób wymienić;

- art. 27 ust. 6 pkt 4 ustawy o ABW i AW i art. 31 ust. 4 pkt 4 ustawy o SKW i SWW pozwala na uzyskiwanie dostępu i dokonywania kontroli zawartości przesyłek typu: paczka pocztowa, przesyłka kurierska w części dot. paczki pocztowej, przesyłka z korespondencją; za kwalifikacją przesyłki z korespondencją do przedmiotowego zakresu przemawia fakt jej określenia przez racjonalnego ustawodawcę – jako przesyłki pocztowej niebędącej drukiem, zawierającą informację utrwaloną na dowolnym nośniku, w tym utrwaloną pismem wypukłym. Będą to zatem wszystkie przesyłki w rozumieniu prawa pocztowego, które będą podlegały kontroli operacyjnej wyłącznie w zakresie uzyskania do nich dostępu i kontroli ich zawartości – bez możliwości uzyskiwania i utrwalania treści korespondencji, wyłącznie na podstawie tego przepisu (konieczność stosowania odpowiednio pozostałych przepisów prawa, o których mowa w art. 27 ust. 6 ustawy o ABW i AW, art. 31 ust. 4 ustawy o SKW i SWW).

W zakresie kontroli operacyjnej mieszczą się zatem najnowsze środki techniczne, które jak pozostałe mogą zostać zastosowane przez uprawnione polskie służby po spełnieniu warunków dopuszczalności (w tym zasady subsydiarności³⁴), o których mowa odpowiednio w ustawie danej służby.

Oprogramowanie szpiegujące i inne podobnie lub jeszcze efektywniej działające programy mogą zostać zastosowane również na podstawie art. 9 ust. 1 i 4 ustawy

³³ J. Kudła, A. Staszak, *Kontrola operacyjna w systemie informatycznym*, „Studia Iuridica Lublensia” 2021, nr 2, s. 263-284.

³⁴ Zob. możliwość oceny materiałów operacyjnych m.in. na podstawie zasady subsydiarności: J. Kudła, P. Kosmaty, *Ankieta oceny ryzyka z czynności operacyjno-rozpoznawczych*, [w:] *Inspiracje i wspomnienia dedykowane pamięci Jerzego Koniecznego*, red. J. Widacki, Kraków 2021, s. 93-117.

o działaniach antyterrorystycznych³⁵ oraz odpowiednio na podstawie przepisów zezwalających na zastosowanie kontroli operacyjnej urządzenia końcowego. Przy czym, jeśli podczas stosowania danego oprogramowania, w trakcie kontroli operacyjnej, odrębnie stosowano maskowanie czynności (technikę specjalną), to informacje o szczegółach technicznych i taktycznych tych działań nie mogą zostać ujawnione nawet organowi procesowemu.

Najnowsze oprogramowanie szpiegujące służące do inwigilacji szeroko rozumianych urządzeń końcowych zaliczane jest do współczesnych środków technicznych w kontroli operacyjnej³⁶. Działa na zasadzie przełamania zabezpieczeń, na przykład w urządzeniach końcowych bez pomocy operatora (dostawcy usług cyfrowych czy operatora usług kluczowych).

Programy te wykorzystują tzw. Trojany, tj. funkcje, które wykonują nie dające się ustalić przez użytkownika końcowego działania, czy na przykład luki w oprogramowaniu tzw. Zero-Day Exploit³⁷.

Użycie odpowiednio przez określoną służbę oprogramowania szpiegującego³⁸ i innych, w ramach kontroli operacyjnej, należy uznać za czynność mieszczącą się w granicach uprawnień działania danej służby, pod warunkiem spełnienia dopuszczalności stosowania kontroli operacyjnej. Jak słusznie wskazuje Patrycja Kozłowska-Kalisz, art. 267 § 3 k.k. „nie obejmuje – co oczywiste – sytuacji uzyskania informacji na podstawie przepisów prawa pozwalających na stosowanie urządzeń podsłuchowych i innych urządzeń pozyskiwania informacji (por. np. art. 237 i 241 k.p.k., art. 19 ustawy z 6.04.1990 r. o Policji; art. 27 ustawy z 24.05.2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu)”³⁹.

Do zbieżnych poglądów zezwalających na stosowanie najnowszego oprogramowania w ramach kontroli operacyjnej przez uprawnione służby należy zaliczyć poglądy Arkadiusza Lacha czy Włodzimierza Wróbla.

³⁵ T.j. Dz.U. z 2025 r. poz. 194.

³⁶ Por. J. Kudła, *Ukierunkowane zatrzymywanie danych o ruchu i lokalizacji przez uprawnione służby. Omówienie wyroku TS z dnia 5 kwietnia 2022 r., C-140/20 (Commissioner of the Garda Síochána e.a.)*, LEX/el. 2022, nr 151411241 [dostęp: 8.06.2022]. J. Kudła, *Dostęp służb do danych telekomunikacyjnych. Omówienie wyroku TS z dnia 2 marca 2021 r., C-746/18 (Prokuratur)*, LEX/el. 2021, numer 151379507 [dostęp: 8.06.2022] oraz J. Kudła, *Używanie dostarczanych przez firmy telekomunikacyjne danych osobowych i danych o lokalizacji przez służby państw członkowskich UE. Glosa do wyroku TS z dnia 6 października 2020 r., C-623/17*, LEX/el. 2020, numer 386259811 [dostęp: 8.06.2022].

³⁷ F. Radoniewicz, *Hacking w kodeksie karnym – wybrane zagadnienia techniczne i karne*, [w:] *Przestępczość teleinformatyczna 2020*, red. J. Kosiński, G. Krasnodebski, Gdynia 2021, s. 183.

³⁸ M. Hapunik, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze a nowe technologie*, [w:] *Prawo karne i kryminologia wobec kryzysów XXI wieku*, red. D. Dajnowicz-Piesiecka, E. Jurgielewicz-Delegacz, E.W. Pływaczewski, Warszawa 2022, s. 118.

³⁹ P. Kozłowska-Kalisz, [w:] *Kodeks karny, komentarz*, red. M. Mozgawa, wyd. 9, Warszawa 2019, s. 878.

Arkadiusz Lach uważa, że: „[...] nie wyczerpuje znamion czynów zabronionych z art. 267 § 1-3 k.k. osoba upoważniona do uzyskiwania informacji dla niej nieprzeznaczonej na podstawie przepisów Kodeksu postępowania karnego oraz ustaw policyjnych regulujących podsłuch procesowy i kontrolę operacyjną. W przypadku osób prywatnych, które nie posiadają takowego upoważnienia, dopuszczenie przez organ procesowy dowodu uzyskanego w sposób wyczerpujący znamiona ww. czynów zabronionych nie pozbawia tych czynów bezprawności (zob. postanowienie SN z 27.04.2016 r., II KK 265/15⁴⁰). Warto tu wskazać, że zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 168a k.p.k. uzyskanie dowodu w drodze czynu zabronionego nie powoduje z tego tylko powodu jego niedopuszczalności”⁴¹. Podobnie W. Wróbel zauważa, że „nie popełnia przestępstwa z art. 267 § 3 ten, kto posługuje się urządzeniem podsłuchowym w celu uzyskania informacji, do której jest uprawniony”⁴².

Wykorzystanie uzyskanych materiałów powstałych w wyniku stosowania środka technicznego, w postaci oprogramowania szpiegującego i innych programów, następuje w trybie przepisów o kontroli operacyjnej. Natomiast dostęp podejrzanego do materiałów, w których wykorzystywano dane oprogramowanie, każdorazowo powinien być uzgadniany z Szefem danej służby. To ostatecznie on – w porozumieniu z organem procesowym – wraz z biegłym sądowym powinni po wcześniejszych ustaleniach decydować, z jaką konieczną częścią materiałów podejrzanego może się zapoznać. Jeszcze raz należy kategorycznie podkreślić, że podejrzanego nie należy zapoznawać z tą częścią materiałów zastosowanej kontroli operacyjnej, która dotyczy technik oraz wykorzystywanych metod i narzędzi służących do pozyskiwania danych⁴³.

5. Oznaczenie środka technicznego na wniosku o zastosowanie kontroli operacyjnej

Na podkreślenie zasługuje wyróżnienie w literaturze przedmiotu rodzaju kontroli operacyjnej z uwzględnieniem symboli, które powinny się znaleźć na wniosku, o którym mowa w ustawach służb specjalnych, gdzie przykładowo:

- KK oznacza kontrolowanie korespondencji pisemnej,
- KZP kontrolowanie zawartości przesyłek,
- PT kontrolowanie korespondencji w systemie telefonii przewodowej,
- PTK podsłuch telefonii komórkowej,

⁴⁰ „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2017, nr 1, poz. 109, LEX nr 2365149.

⁴¹ A. Lach, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzeszek, wyd. 3, Warszawa 2020, art. 267, LEX nr 587715945/630822 [dostęp: 6.06.2022].

⁴² *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część II. Komentarz do art. art. 212–277d*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, s. 643.

⁴³ M. Bożek, *Status prawnoustrojowy Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego...*, s. 77–106.

- PTFax kontrolę korespondencji telefaksowej,
- KKI kontrolę prowadzoną w sieci internetowej,
- PP podsłuchu w pomieszczeniu,
- PDF podglądu przy wykorzystaniu urządzeń do rejestracji obrazu i dźwięku,
- KPO kontrolowanie przemieszczania obiektu przy wykorzystywaniu środków technicznych,
- KUK kontrolowanie urządzenia końcowego⁴⁴.

Stosowany rodzaj kontroli operacyjnej, w tym środka technicznego – ze względu na gwarancje systemowe podnoszone przez Trybunał Konstytucyjny, Sąd Najwyższy, Prokuratora Generalnego, Rzecznika Praw Obywatelskich – powinien być systemowo wyróżniony we wniosku, o którym mowa wyżej⁴⁵. Przedstawione symbole w związku z nowym merytorycznym podziałem rodzajowym kontroli operacyjnej zostały rozszerzone i przyporządkowane indywidualnie do jednostkowego rodzaju kontroli operacyjnej. Dany symbol powinien znaleźć się we wniosku o zastosowanie kontroli operacyjnej składanego do sądu okręgowego przez uprawnioną służbę. Symbol ten w żaden sposób nie dekonspiruje taktyki działania służb, natomiast pozwala na wyodrębnienie i oznaczenie kategorii środka stosowanego podczas kontroli operacyjnej, zgodnie z art. 27 ust. 6 ustawy o ABW i AW i art. 31 ust. 4 ustawy o SKW i SWW.

Warto jeszcze zauważyć, że w obecnym systemie prawa zdefiniowane zostały przez ustawodawcę inne pojęcia mające ogromne znaczenie dla stosowania środków technicznych, w ramach kontroli operacyjnej oraz ich zabezpieczania i w konsekwencji pozwalające na praworządne gromadzenie dowodów cyfrowych. Zaliczyć do nich można m.in. definicję interfejsu rozumianego jako układ elektryczny, elektroniczny lub optyczny, z oprogramowaniem lub bez oprogramowania, umożliwiający łączenie, współpracę i wymianę sygnałów o określonej postaci pomiędzy urządzeniami połączonymi za jego pośrednictwem zgodnie z odpowiednią specyfikacją techniczną⁴⁶. Określone rodzaje interfejsów zdefiniowano w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury⁴⁷, co ma istotne znaczenie dla oznaczenia środka technicz-

⁴⁴ A. Biernaczyk, *Zarys problematyki czynności operacyjnych realizowanych w trybie art. 19, 19a, 19b ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji*, [w:] *Praktyczne elementy zwalczania przestępczości zorganizowanej i terroryzmu. Nowoczesne technologie i praca operacyjna*, red. L. Paprzycki, Z. Rau, Warszawa 2009, s. 116.

⁴⁵ Zob. pkt 4 sentencji wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 30.07.2014 r., sygn. akt K 23/11, Dz.U. z 2014 r., poz. 1055.

⁴⁶ Art. 2 pkt 10 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 576 z późn. zm.

⁴⁷ Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 28 grudnia 2009 r. w sprawie szczegółowego wykazu danych oraz rodzajów operatorów publicznej sieci telekomunikacyjnej lub dostawców publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych obowiązanych do ich zatrzymywania i przechowywania, Dz.U. Nr 226, poz. 1828.

nego wymienionego we wniosku o zastosowanie kontroli operacyjnej, a ponadto pozwala prokuratorowi i sędziemu precyzyjnie wyróżnić *ex lege* rodzaj użytego środka. Chodzi bowiem o katerygryczne rozróżnienie środków, które są dopuszczalne do zastosowania w ramach: art. 27 ust. 1 ustawy o ABW i AW i art. 31 ust. 1 ustawy o SKW i SWW od tych, które z kolei spełniają warunki dopuszczalności stosowania na podstawie: art. 28 ust. 1 ustawy o ABW i AW i art. 32 ust. 1 ustawy o SKW i SWW. Dla ustalenia legalności procedur zgodnie ze stanowiskiem zajęтым przez Pierwszego Zastępcę Prokuratora Generalnego Prokuratora Krajowego, Trybunał Konstytucyjny, Rzecznika Praw Obywatelskich, trzeba wyraźnie rozróżnić środki techniczne (zarówno od strony technicznej i dalej na tej podstawie formalno-prawnej), które mogą być zastosowane odpowiednio w ramach ww. regulacji⁴⁸. Współcześnie należy zaznaczyć, że rozwój techniki w dziedzinie teleinformatyki jest tak gwałtowny, że faktycznie niektóre z tych środków mogą być wykorzystywane wyłącznie w zakresie kontroli operacyjnej. Wiadomo bowiem, jakie są ograniczenia podmiotowe i przedmiotowe związane ze stosowaniem w praktyce tych unormowań prawnych, chociażby ze względu na konieczność kontroli sądowej kontroli operacyjnej czynności wymienionej, w: art. 27 ust. 1 ustawy o ABW i AW i art. 31 ust. 1 ustawy o SKW i SWW, a w przypadku art. 28 ust. 1 ustawy o ABW i AW i art. 32 ust. 1 ustawy o SKW i SWW w zw. art. 28a ustawy o ABW i AW, art. 32a ustawy o SKW i SWW następcej kontroli sądowej (*a priori*), jak też kontroli prokuratorskiej w momencie przekazania materiałów Pierwszemu Zastępcy Prokuratora Generalnego Prokuratorowi Krajowemu na podstawie art. 28 ust. 6 ustawy o ABW i AW, art. 32 ust. 8 ustawy o SKW i SWW.

Podsumowując – nie może tutaj być żadnej mowy o ograniczaniu i odbieraniu skutecznych narzędzi służbom specjalnym, które są wykorzystane do zwalczania szeroko rozumianej przestępczości mieszczącej się w zakresach przedmiotowo-podmiotowych ustaw tychże służb. Chodzi bowiem o to, że jeśli na przykład ABW i AW, SKW i SWW dopuszcza stosowanie odpowiednio: art. 28 ust. 1 ustawy o ABW i AW i art. 32 ust. 1 ustawy o SKW i SWW, w tym określonego środka technicznego, który dzisiaj ma o wiele większe możliwości techniczne niż w przeszłości, to powinien on wyłączyć lub w sposób trwały uniemożliwić włączanie określonych funkcji w ramach danego środka technicznego (interfejsu, oprogramowania czy w końcu oprogramowania szpiegującego), które mogą zostać potencjalnie wykorzystane *expressis verbis* tylko w zakresie kontroli operacyjnej. Mamy tu na myśli całość wyżej wymienionych interfejsów, o ile tylko stosowane do tej kontroli urządzenia i oprogramowania uzyskały, po pierwsze, stosowną

⁴⁸ Por. odpowiednio do działalności służb specjalnych gromadzenie danych teleinformatycznych, o których mowa w: J. Kudła, *Systemowa analiza zakresu kontroli operacyjnej i art. 20c ustawy o Policji na tle praktyki organów ścigania*, „Prokurator” 2009, nr 2, s. 22-45.

akredytację, po drugie gwarantują odpowiedni poziom ochrony uzyskiwanych danych, a po trzecie także uniemożliwiają ingerencję w samą treść pozyskiwanych danych. Takie zachowanie powinno w pełni zabezpieczyć proces legalnego gromadzenia przez służby specjalne przyszłego materiału dowodowego i zapewnić oczekiwaną proporcję w stosowaniu obu ustawowych metod pracy operacyjnej⁴⁹.

6. Środki techniczne kontroli operacyjnej w wielkich zbiorach danych

Współcześnie zakres stosowania kontroli operacyjnej co do środków znacznie się rozszerzył. Nowe technologie spowodowały, że obecna kontrola operacyjna stała się jeszcze szersza i wszechstronna w stosunku do osób, wobec których jest prowadzona. Jak wynika z analizy najnowszych aktów prawnych dotyczących bezpośrednio lub pośrednio stosowania kontroli operacyjnej – jej obszar sięga *ex officio* już nie jednej osoby, ale wielu osób⁵⁰. Dzieje się to niezależnie od organów, które stosują kontrolę operacyjną oraz nią zarządzają. Bowiem środki techniczne używane za pomocą nowych technologii pozwalają na rozszerzenie granic przedmiotowych, ale przede wszystkim podmiotowych kontroli operacyjnej. Analiza najnowszych środków technicznych pozwala do nich zaliczyć te określone w Europejskim kodeksie łączności elektronicznej⁵¹, czyli: nowe formy zarządzania siecią (sieci emulowane programowo lub sieci programowalne), technologię protokołu internetowego IP, usługę łączności głosowej (jej dwukierunkowość), szeroko rozumiany internet rzeczy IoT, telefonię internetową (VoIP), usługi przekazywania wiadomości i obsługę poczty elektronicznej przez Internet, usługę łączności interpersonalnej oraz usługi polegające wyłącznie lub głównie na przekazywaniu sygnałów, widmo radiowe, usługi polegające całkowicie lub częściowo na przekazywaniu sygnałów, takie jak usługi transmisyjne stosowane na potrzeby świadczenia usług łączności maszyna–maszyna oraz na potrzeby nadawania, usługę dostępu do internetu (IoT), femtokomórki, pikokomórki, metrokomórki lub mikrokomórki i inne.

Technologia sieciowa 5G i 6G jest uznawana przez Komisję Europejską za jeden z najważniejszych czynników sprzyjających rozwojowi obecnych usług cyfrowych⁵². Technologia ta oraz na przykład szybka ewolucja rynku TLD (domena

⁴⁹ Por. M. Chrabkowski, *Zgodność z prawem instalacji urządzeń podsłuchowych w mieszkaniu*, „Palestra” 2013, nr 3-4, s. 109.

⁵⁰ J. Kudła, A. Staszak, *Kontrola operacyjna w systemie informatycznym...*, s. 263-284.

⁵¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiająca Europejski kodeks łączności elektronicznej (wersja przekształcona). Tekst mający znaczenie dla EOG, Dz.U. UE L z 2018 r. Nr 321, str. 36 z późn. zm.

⁵² Por. odpowiednio: Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2024/1689 z dnia 13 czerwca 2024 r. w sprawie ustanowienia zharmonizowanych przepisów dotyczących sztucznej

najwyższego poziomu – ang. Top-Level Domain, TLD) i dynamiczny charakter otoczenia cyfrowego pozwalają na większe możliwości stosowania kontroli operacyjnej. Współczesne sieci łączności elektronicznej obejmują wykorzystanie widma radiowego za pomocą łączy bezprzewodowych. W środowisku łączności bezprzewodowej 5G sieci te powstają w szczególności poza budynkami i na drogach. Wymagania dotyczące możliwości sieci łączności elektronicznej stale rosną, co stawia kontrolę operacyjną w nowym (współczesnym) wymiarze, za którym powinny nadążać zmiany przepisów prawa.

Na podstawie obecnego stanu prawnego zatem, który *de lege lata* powinien ulec zmianie ze względu na rozwój nowych technologii i z tym związanych nowych możliwości środków technicznych, należy dodatkowo wyeksponować istniejący nowy podział środków stosowanych podczas kontroli operacyjnej, co do których należy odpowiednio stosować normy prawne przepisów służb specjalnych, o których wyżej mowa. Stąd dane teleinformatyczne – wymagające zgody sądu na stosowanie kontroli operacyjnej – to wszystkie dane w tzw. usłudze przetwarzania w chmurze obliczeniowej, w Big data (w tym poczcie elektronicznej) i innych formach przekazu pozwalające na odczytanie treści rozmów, odtworzenie obrazu i dźwięku, zatem te, o których mowa odpowiednio w: art. 43 ustawy Prawo komunikacji elektronicznej (treść komunikatu elektronicznego)⁵³, z wyłączeniem z kolei danych, które nie znajdują się w ruchu i zostały zabezpieczone bez konieczności wykorzystania przekazu usługi przetwarzania w chmurze obliczeniowej w Big data.

Istnieje obecnie jeszcze nowszy rodzaj danych wynikający z Europejskiego kodeksu łączności elektronicznej – z zakresu usługi przekazu – czyli sieci łączności elektronicznej, które umożliwiają dwukierunkową łączność między (oddalonymi od siebie) użytkownikami końcowymi przy użyciu różnych środków komunikacji (np. tekstu, znaków lub mowy) przez zapewnienie konwersji między tymi środkami komunikacji, co do zasady przez człowieka. Komunikacja tekstowa w czasie rzeczywistym jest definiowana zgodnie z unijnym prawem harmonizującym wymogi dostępności produktów i usług, a odnosi się ona do formy komunikacji tekstowej między dwoma punktami lub w postaci konferencji wielopunktowej, w której tekst wprowadzany jest w taki sposób, że komunikacja jest odbierana

inteligencji oraz zmiany rozporządzeń (WE) nr 300/2008, (UE) nr 167/2013, (UE) nr 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 i (UE) 2019/2144 oraz dyrektyw 2014/90/UE, (UE) 2016/797 i (UE) 2020/1828 (akt w sprawie sztucznej inteligencji). Tekst mający znaczenie dla EOG, Dz.U. UE L z 2024 r. poz. 1689.

⁵³ Zob. J. Kudła, *Zakres kontroli operacyjnej*, LEX/el. 2023 numer 469951183 (wykładnia prawa zawarta w przypisie 1 przedmiotowego komentarza). Zaprezentowana po raz pierwszy przez J. Kudłę na XVIII Seminarium Kryminalistycznym w Zbąszyniu pt. „Nauki sądowe. Między postępowaniem teorii a realiami praktyki” zorganizowanym przez Prokuraturę Okręgową w Zielonej Górze w dniach 25-27 września 2024 r., <https://www.gov.pl/web/po-zielona-gora/xviii-ogolnopolskie-seminarium-kryminalistyczne-zielona-gora-zbaszyn-25--27-wrzesien-2024> [dostęp: 15.12.2024].

przez użytkownika jako ciągła, widoczna litera po literze. Jednak do współczesnych środków technicznych należy zaliczyć najnowsze programy ogólnie dostępne na rynku technologicznym.

Te wszystkie wyżej wymienione argumenty uzasadniają potrzebę przyszłego zupełnie nowego unormowania zakresu kontroli operacyjnej. Katalog najnowszych środków technicznych dopuszczalnych do stosowania podczas kontroli operacyjnej na dziś jest katalogiem otwartym dostosowanym do systematycznego rozwoju najnowszych technologii. Mianowicie pozwala on odpowiednio służbom wraz z rozwojem najnowszych technologii na stosowanie najnowszych rozwiązań technicznych, w celu zwalczania przestępczości, o której mowa z kolei w katalogu przestępstw danej ustawy. Jednak pozostałe przepisy służb specjalnych związane z jego stosowaniem wymagają pilnych zmian.

Starając się rozwiązać kontrowersyjny przypadek praktyczny, skłaniamy się ku pogładowi, aby na wniosku inicjującym procedurę zastosowania podsłuchu procesowego bądź operacyjnego określić systemowo rodzaj środka kontroli operacyjnej (środek techniczny). Tak jak to uczynił racjonalny ustawodawca w art. 27 ust. 6 ustawy o ABW i AW i art. 31 ust. 4 ustawy o SKW i SWW, który ma być stosowany podczas czynności.

Naturalnie powinien on być oznaczony np. symbolem w postaci kodu cyfrowo-literowego, takiego jak podsłuch poczty elektronicznej, kontrola korespondencji internetowej itd., ponieważ w ten sposób z jednej strony dojdzie do zapewnienia pełnej gwarancyjności obu podsłuchów, a z drugiej nie doprowadzi do dekonspiracji stosowanych metod przez służby specjalne. Problem zachowania ochrony stosowanych metod techniki i taktyki operacyjnej jest konieczny dla przyszłej skuteczności działania tychże służb. Natomiast notoryjnym pozostaje fakt, że nawet w przypadku kontroli operacyjnej (oraz *ex officio* kontroli i utrwalania rozmów) osoba, wobec której ją stosowano, a w przypadku podsłuchu operacyjnego zgromadzono dowody, zapoznaje się w konsekwencji z materiałami postępowania, w tym z treścią wniosków i zarządzeń co w określonym przypadku stosowania prawa stanowi przesłankę gwarancyjną⁵⁴. Zachowując zasadę proporcjonalności, wydaje się, że należy pozostać przy koncepcji podmiotowego (co do osób) i przedmiotowego (co do przestępstw katalogowych) poszerzania zakresu obu podsłuchów z ukierunkowaniem, gdy podsłuch jest stosowany na przedmiot, aby zmierzać do jak najszybszego ustalenia osoby i dokumentować te fakty na bieżąco, w zgromadzonych materiałach. Takie postępowanie staje się niezbędne dla zabezpieczenia potrzeb praktyki, w oderwaniu od której nie może się odbywać poprawne proce-

⁵⁴ Zob. M. Wąsek-Wiaderek, *Konwencyjna zasada kontrydiktoryjności i bezpośredniości i jej wpływ na model polskiego procesu karnego*, [w:] *System prawa karnego procesowego. Zagadnienia ogólne*, red. P. Hofmański, Warszawa 2013, s. 136.

dowanie nad wymienionymi zagadnieniami prawnymi⁵⁵. Wszystkie te przesłanki przemawiają również za subsydnaryjnym stosowaniem podsłuchów⁵⁶.

Służby specjalne, przewidując różne rozwiązania, jakie stosują dzisiaj w stosunku do osób podsłuchiowanych, powinny zadbać o wyraźne wyeksponowanie na wniosku o podsłuch możliwych do zastosowania środków, które np. przy użyciu odpowiednich oznaczeń i określeń technicznych pozwolą spełnić wszelkie wymogi gwarancyjne w przedmiotowym zakresie, a jednocześnie nie narażą służb na ujawnienie metod swojego działania.

Literatura

- Biernaczyk A., *Zarys problematyki czynności operacyjnych realizowanych w trybie art. 19, 19a, 19b ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji*, [w:] *Praktyczne elementy zwalczania przestępczości zorganizowanej i terroryzmu. Nowoczesne technologie i praca operacyjna*, red. L. Paprzycki, Z. Rau, Warszawa 2009.
- Bożek M., *Sejmowa kontrola działalności służb specjalnych i jej ograniczenia wynikające z ustaw kompetencyjnych. Zarys problemu na tle uwarunkowań normatywnych*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2013, nr 20.
- Bożek M., *Status prawnoustrojowy Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego. Zarys problemu na tle rozwiązań konstytucyjnych i ustawowych*, „Przegląd Sejmowy” 2014.
- Choromańska A., *E-podsłuch zagadnienia wybrane*, [w:] *Czynności dochodzeniowo-sledcze i działania operacyjne policji a rola sądu w postępowaniu przygotowawczym: materiały pokonferencyjne*, red. S. Lelentał, J. Kudrelek, I. Nowicka, Szczytno 2008.
- Chrabkowski M., *Zgodność z prawem instalacji urządzeń podsłuchowych w mieszkaniu*, „Palestra” 2013, nr 3-4.
- Eichstaedt K., [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. D. Świecki, wyd. 1, Warszawa 2013.
- Falandys K., Łabuz P., Fedewicz H., *Nieunikniona reforma służb specjalnych Rzeczypospolitej Polskiej – propozycje de lege ferenda*, „Współczesne Problemy Zarządzania” 2020, nr 1.
- Gabriel-Węglowski M., *Architektura bezpieczeństwa*, „Rzeczpospolita” z 2.02.2022, <https://www.rp.pl/sady-i-prokuratura/art35632141-michal-gabriel-weglowski-architektura-bezpieczenstwa> [dostęp: 26.10.2024].
- Grzegorzczak T., [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. 3, Kraków 2003.
- Hapunik M., *Czynności operacyjno-rozpoznawcze a nowe technologie*, [w:] *Prawo karne i kryminologia wobec kryzysów XXI wieku*, red. D. Dajnowicz-Piesiecka, E. Jurgielewicz-Delegacz, W.E. Pływaczewski, Warszawa 2022.
- Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część II. Komentarz do art. art. 212–277d*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017.
- Kozłowska-Kalisz P., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, wyd. 9, Warszawa 2019.
- Kudła J., *Dostęp służb do danych telekomunikacyjnych. Omówienie wyroku TS z dnia 2 marca 2021 r., C-746/18 (Prokuratur)*, LEX/el. 2021, nr 151379507.
- Kudła J., *System czynności operacyjno-rozpoznawczych, analityczno-informacyjnych oraz wywiadowczych i kontrwywiadowczych służb specjalnych*, LEX/el. 2016, nr 470060883.
- Kudła J., *Systemowa analiza zakresu kontroli operacyjnej i art. 20c ustawy o Policji na tle praktyki organów ścigania*, „Prokurator” 2009, nr 2.

⁵⁵ Por. K. Eichstaedt, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. D. Świecki, wyd. 1, Warszawa 2013.

⁵⁶ A. Tomaszuk, D. Piekarski, P. Opitek, *Nadzór prokuratora nad realizacją kontroli operacyjnej – część II*, „Prokuratura i Prawo” 2022, nr 1, s. 63-79 (dane statystyczne ze stosowanej kontroli operacyjnej za rok 2021).

- Kudła J., *Ukierunkowane zatrzymywanie danych o ruchu i lokalizacji przez uprawnione służby. Omówienie wyroku TS z dnia 5 kwietnia 2022 r., C-140/20* (Commissioner of the Garda Síochána e.a), LEX/el. 2022, nr 151411241.
- Kudła J., *Używanie dostarczanych przez firmy telekomunikacyjne danych osobowych i danych o lokalizacji przez służby państw członkowskich UE. Glosa do wyroku TS z dnia 6 października 2020 r., C-623/17*, LEX/el. 2020, nr 386259811.
- Kudła J., *Zakres kontroli operacyjnej*, LEX/el. 2023, nr 469951183.
- Kudła J., *Zezwolenie oraz udzielenie informacji w trybie art. 20b i 20ba ustawy o Policji*, LEX/el. 2017, nr 470099425.
- Kudła J., Kosmaty P., *Ankieta oceny ryzyka z czynności operacyjno-rozpoznawczych*, [w:] *Inspiracje i wspomnienia dedykowane pamięci Jerzego Koniecznego*, red. J. Widacki, Kraków 2021.
- Kudła J., Staszak A., *Kontrola operacyjna w systemie informatycznym*, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2021, nr 2.
- Kudła J., Staszak A., *Procesowa i operacyjna kontrola korespondencji przechowywanej w tzw. chmurze*, „*Prokuratura i Prawo*” 2017, nr 7 i 8.
- Lach A., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrżosek, wyd. 3, Warszawa 2020, art. 267, LEX nr 587715945/630822.
- Radoniewicz F., *Hacking w kodeksie karnym – wybrane zagadnienia techniczne i karne*, [w:] *Przestępczość teleinformatyczna 2020*, red. J. Kosiński, G. Krasnodębski, Gdynia 2021.
- Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 września 2017 r. w sprawie sposobu postępowania z protokołami przesłuchań i innymi dokumentami lub przedmiotami, na które rozciąga się obowiązek zachowania w tajemnicy informacji niejawnych albo zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji, Dz.U. z 2017 r. poz. 1733.
- Skorupka J., *KPK. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Tomaszuk A., Piekarski D., Opitek P., *Nadzór prokuratora nad realizacją kontroli operacyjnej*, część I, „*Prokuratura i Prawo*” 2021, nr 12; część II, „*Prokuratura i Prawo*” 2022, nr 1.
- Wąsek-Wiaderek M., *Konwencyjna zasada kontrydiktoryjności i bezpośredniości i jej wpływ na model polskiego procesu karnego*, [w:] *System prawa karnego procesowego. Zagadnienia ogólne*, red. P. Hofmański, Warszawa 2013.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 30.07.2014 r., sygn. akt K 23/11, Dz.U. z 2014 r. poz. 1055.
- Wyrok SA w Białymstoku z 16.01.2014 r., II AKa 260/13, LEX nr 1422328.
- Zalewski S., *Kontrola służb specjalnych w Polsce*, Warszawa 2021.

Mateusz Tomczyk

Uniwersytet Zielonogórski

ORCID 0000-0002-6053-478X

m.tomczyk@wpa.uz.zgora.pl

Prawo do milczenia zatrzymanego a doktryna Miranda w polskiej procedurze karnej

Słowa kluczowe: zatrzymany, prawo do milczenia, doktryna Miranda

Streszczenie. W myśl art. 42 ust. 2 Konstytucji RP prawo do obrony przysługuje każdemu, przeciw komu prowadzone jest postępowanie karne i to na każdym jego stadium. Zasadniczym elementem prawa do obrony jest też prawo do milczenia, które przysługuje każdemu od pierwszej czynności procesowej, w ramach której pada podejrzenie popełnienia przestępstwa. Jak się jednak okazuje, to uprawnienie nie jest w polskiej procedurze karnej w stopniu oczywistym wyartykułowane. Nie ma bowiem wprost sformułowanego obowiązku pouczenia o prawie do milczenia, zwłaszcza dla zatrzymanego jeszcze bez formalnych zarzutów. Powoduje to zatem wątpliwości, które wymagają rozważenia i zarysowania ewentualnych zmian w kierunku wzmocnienia reguły, iż nikt nie może być w obowiązku samodenuncjacji.

The right to silence of the detained person and the Miranda doctrine in Polish criminal procedure

Keywords: detained, remain silent, Miranda doctrine

Summary. Pursuant to Article 42(2) of the Constitution of the Republic of Poland, the right to defence is guaranteed to everyone against whom criminal proceedings are conducted, at every stage thereof. An essential component of the right to defence is also the remain silent, which is granted to everyone from the first procedural act where suspicion of committing a crime arises. However, it turns out that these rules are not clearly articulated in Polish criminal procedure. There is no explicitly formulated obligation to provide information on the right to remain silent, especially for individuals detained without formal charges. This, therefore, raises doubts that require consideration of possible directions of changes towards respecting the right to not have an obligation to self-incriminate.

Zgodnie z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP każdy „przeciw komu prowadzone jest postępowanie karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Może on w szczególności wybrać obrońcę lub na zasadach określonych w ustawie korzystać z obrońcy z urzędu”. Polski ustrojodawca zapewnia zatem każdemu prawo do obrony, czyli nieskrępowaną możliwość prezentowania argumentów mających odpiąć zarzuty oskarżenia, a także każdy może korzystać z pomocy profesjonalisty w osobie adwokata lub radcy prawnego z wyboru bądź z urzędu.

Ponadto fundamentem prawa do obrony jest to, iż aparat państwa nie może przymusić człowieka do samodenuncjacji¹. Ten, na kogo padło podejrzenie popełnienia przestępstwa, nie ma obowiązku dostarczania dowodów winy, jak i też niewinności. Wyrazem tej zasady jest art. 74 § 1 Kpk², wedle którego oskarżony nie ma obowiązku dowodzenia swej niewinności ani obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść³. Formuła *nemo se ipsum accusare tenetur* wyraża też obowiązek zaadresowany do organów procesowych, iż nie mogą przymusić oskarżonego do dostarczania dowodów go obciążających. Muszą poszanować jego konstytucyjnie gwarantowane prawo do nieprzyznania się, w tym prawo do zachowania milczenia.

Nadto prawo do milczenia jest standardem na poziomie prawa międzynarodowego i europejskiego. Chociażby na gruncie art. 14 ust. 3 pkt g Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych⁴, „każda osoba oskarżona o popełnienie przestępstwa ma prawo, na zasadach pełnej równości, do nieprzymuszania do zeznawania przeciwko sobie lub do przyznania się do winy”. Zgodnie zaś z art. 7 ust. 2 Dyrektywy nr 2016/343 w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym⁵, „państwa członkowskie zapewniają podejrzanym i oskarżonym prawo do nieobciążania samego siebie”, a w myśl ustępu pierwszego tegoż artykułu „państwa członkowskie zapewniają podejrzanym i oskarżonym prawo do nieskładania wyjaśnień w związku z czynem zabronionym, o którego popełnienie są podejrzani lub oskarżeni”. Innymi słowy oskarżony (podejrzany) może być bierny i nie można go przymusić do aktywności procesowej. Wszak są przewidziane odstępstwa, i tak chociażby wyżej wymieniona Dyrektywa dopuszcza wyjątek, w ramach którego państwa członkowskie mogą gromadzić materiał dowodowy przy zastosowaniu środków przymusu i niezależnie od woli oskarżonego (podejrzanego). Wedle bowiem art. 7 ust. 3 Dyrektywy „korzystanie z prawa do nieobciążania samego siebie nie stanowi przeszkody dla gromadzenia przez właściwe organy materiału dowodowego, który

¹ Izabela Jankowska-Prochot podkreśla, że współcześnie prawo do milczenia wpisuje się w nowoczesny model sprawiedliwości kryminalnej, opierający się na dychotomii, tj. na zapobieganiu fałszywym zeznaniom z jednej strony, a z drugiej strony na zachowaniu humanizmu ustawodawcy. Ponadto badaczka zalicza prawo do milczenia do jednej z naczelných reguł postępowania karnego w państwach demokratycznych, bowiem stanowi ono gwarancje wolności i swobód obywatelskich; I. Jankowska-Prochot, *Miranda Warning, czyli „Masz prawo zachować milczenie...” w irlandzkim i polskim prawie karnym*, „Probacja” 2019, nr 2, s. 51 i 52.

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (dalej: Kpk), Dz.U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.

³ W myśl art. 71 § 2 Kpk reguła ta odnosi się do podejrzanego.

⁴ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 16.12.1966 r. z Nowego Jorku, ratyfikowany przez Polską Rzeczpospolitą Ludową 3.03.1977 r., Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2016/343 z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym, Dz.U. UE L 2016.65.1).

można zgodnie z prawem uzyskać przy zastosowaniu przewidzianych prawem środków przymusu i który istnieje niezależnie od woli podejrzanych lub oskarżonych”.

Na poziome zaś krajowym oskarżony (podejrzany) ma obowiązek znosić działania organów, takie jak na przykład oględziny zewnętrzne ciała, badania niepołączone z naruszeniem integralności ciała, pobieranie odcisków, fotografowanie, okazanie, poddanie badaniom psychologicznym i psychiatrycznym etc. Jak również obowiązkiem oskarżonego (podejzranego) jest to, aby nie utrudniał on bezprawnie postępowania karnego. W szczególności niedopuszczalne są próby nielegalnego wpływania na świadków bądź współoskarżonych przy użyciu przemocy lub groźby spowodowania przemocy. Podejrzany czy też oskarżony powinien powstrzymać się od ucieczek, prób ukrywania się bądź innych form przeciwdziałania możliwościom pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej⁶. Stoi bowiem za tym idea uczynienia sprawiedliwości rzeczywistą, a konieczne jest do tego prawidłowe przeprowadzenie postępowania karnego i osiągnięcie celów określonych w art. 2 § 2 Kpk. Oczywiście zapobiegnięciu działaniom zmierzającym do utrudnienia postępowania karnego służyć mają środki zapobiegawcze (stosowane proporcjonalnie do potrzeby zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania). Jakkolwiek żaden z tych środków nie może prowadzić do spowodowania stanu, w ramach którego oskarżony miałby być przymuszony do złożenia wyjaśnień o określonej treści bądź ogólnie do jakiegokolwiek wypowiedzi, która mogłaby go obciążać. Natomiast *onus probandi* spoczywa na oskarżycielu publicznym.

Wobec powyższego instytucją procesową zapewniającą prawo do milczenia jest prawo podejzranego (oskarżonego) do odmowy składania wyjaśnień oraz odmowy udzielania odpowiedzi na zadawane mu pytania bez obowiązku podania przyczyny takiej odmowy, co wprost jest określone w art. 176 § 1 oraz w art. 386 § 1 Kpk. Warto jednak nadmienić, że czynność składania wyjaśnień, jak i sama czynność przesłuchania, w ramach której podejrzany (oskarżony) odmawia składania wyjaśnień, jest **ściśle czynnością dowodową**⁷. Oznacza to, że przesłuchanie musi być przeprowadzone przy zachowaniu określonych reguł procesowych i ram czasowych. Między innymi przesłuchujący ma obowiązek zastosować pouczenia dla podejzranego (oskarżonego). Jak również jest obowiązany do zachowania właściwej powściągliwości w tym, aby nie nalegać, nie naciskać bądź podstępem nie doprowadzać do złożenia przez podejzranego określonych wyjaśnień (swoboda wypowiedzi). Czynność wyjaśnień (odmowy wyjaśnień) jest też protokolowana, co jest wymogiem określonym w art. 143 § 1 pkt 2 Kpk. Finalnie oskarżony, zawłaszcza

⁶ A. Wąsek, *O kilku aspektach reguły „nemo se ipsum accusare tenetur” de lego ferenda i de lego lata*, [w:] *Standardy prawa człowieka a polskie prawo karne*, red. J. Skupiński, Warszawa 1995, s. 247.

⁷ Zob. R. Kmiecik, *Dowód ścisły w procesie karnym*, Lublin 1983, s. 46; R. Kmiecik, *Prawo dowodowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2008, s. 122-124.

na późniejszych etapach postępowania, może być już zorientowany w materiale dowodowym, czym też jego wyjaśnienia mogą nabierać kształtu przyjętej linii obrony. Wobec tego czynność składania wyjaśnień jest owiana specyficzną aurą restrykcji procesowych. Poprzez tę odczuwalną podczas przesłuchania aurę człowiek postawiony w stan zarzutu, w mniejszym bądź większym stopniu zaczyna uświadamiać sobie przysługujące mu prawo do obrony, w tym realną możliwość nieskrępowanego milczenia. I ta reguła prawa do milczenia, kształtującego się na gruncie formalnego prawa do obrony, zdaje się być w miarę klarownie wyartykułowana na gruncie polskiej procedury karnej⁸.

Zasadniczą kwestią niniejszych rozważań nie jest jednak prawo do milczenia w ujęciu formalnym. Istotnym zagadnieniem jest bowiem to, czy w polskiej procedurze karnej jest gwarantowane szeroko pojęte prawo do milczenia w ujęciu materialnym. Chodzi tutaj o prawo do milczenia osoby podejrzanego i zatrzymanego na etapie wczesnych czynności postępowania przygotowawczego (ewentualnie zatrzymanego już podejrzanego), w sytuacji gdy nie znając materiału dowodowego, rozpytywana (nie zaś przesłuchiwana), nieświadoma konsekwencji własnych wypowiedzi, opowiada o tym, co się stało, jaką rolę miała w popełnieniu czynu, z kim popełniała ten czyn.

W tym miejscu warto zatem odnieść się do znanego w systemie anglosaskim (zwłaszcza amerykańskim) ostrzeżenia Miranda. Doktryna ta została nakreślona przez Sąd Najwyższy USA na gruncie piątej poprawki do amerykańskiej konstytucji⁹, w ramach sprawy Arizona przeciwko Ernest Miranda¹⁰. Z tezy orzeczenia amerykańskiego Sądu Najwyższego wynika, że nie wolno przesłuchiwać

⁸ Inną kwestią jest brak spełnienia przez polskie ustawodawstwo wymagań określonych w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z dnia 22 października 2013 r. w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności, Dz.Urz. UE L 294. Zob. P. Kardas, *Gwarancje prawa do obrony oraz dostęp do obrońcy na wstępnym etapie postępowania karnego – kilka uwag w świetle doktryny Salduz, doktryny Miranda oraz dyrektywy w sprawie dostępu do adwokata*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, styczeń, s. 5, 10.

⁹ Piąta poprawka do amerykańskiej konstytucji dotyczy prawa przeciwko samoobciążeniu (ang. *right against self-incrimination*), a szósta dotyczy prawa do adwokata (*right to an attorney*), <https://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court/384/436.html> [dostęp: 11.04.2024].

¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego USA z dnia 13 czerwca 1966 r., nr 759, *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966), cyt.: „under the Fifth Amendment, any statements that a defendant in custody makes during an interrogation are admissible as evidence at a criminal trial only if law enforcement told the defendant of the right to remain silent and the right to speak with an attorney before the interrogation started, and the rights were either exercised or waived in a knowing, voluntary, and intelligent manner” („Zgodnie z Piątą Poprawką wszelkie oświadczenia złożone przez oskarżonego w trakcie zatrzymania/aresztu podczas przesłuchania są dopuszczalne jako dowód w procesie karnym tylko wtedy, gdy organy ścigania poinformowały oskarżonego o prawie do zachowania milczenia i prawie do rozmowy z prawnikiem przed rozpoczęciem przesłuchania, a prawa te zostały wykonane lub zrzeczono się z nich w sposób świadomy, dobrowolny i zrozumiały”).

(*interrogation*) osoby postawionej w stan zarzutu, jeżeli nie została ona uprzednio należycie pouczone o prawie do zachowania milczenia i o prawie do skorzystania z pomocy obrońcy. Podejrzany nie może bowiem być „zmuszony” bądź postawiony w stan obowiązku samooskarżenia się (*privilege against self-incrimination*). W tym miejscu warto wspomnieć o różnicy pomiędzy polskim a amerykańskim modelem przesłuchań podejrzanego, bowiem za oceanem może on wybrać między pełnym milczeniem a zeznawaniem pod groźbą odpowiedzialności prawnej za podawanie nieprawdy¹¹, co czyni odmiennym polski model, w ramach którego podejrzany w wyjaśnieniach wręcz może podawać nieprawdę i nie poniesie z tego tytułu odpowiedzialności karnej¹². Jakkolwiek nie wdając się już w niuanse amerykańskiego modelu przesłuchań podejrzanych, po ogłoszeniu wyżej wymienionego dość istotnego w tej materii wyroku Sądu Najwyższego w USA, wśród funkcjonariuszy policji utworzyła się praktyka, w ramach której pouczają oni osoby będące podejrzanymi (ang. *suspected*) o czterech zasadniczych uprawnieniach, a mianowicie: a) masz prawo zachować milczenie (*you have the right to remain silent*); b) wszystko, co powiesz, może być potem użyte przeciwko tobie w sądzie (*anything you say can be used against you in a court of law*); c) masz prawo do korzystania z pomocy adwokata w chwili obecnej oraz w czasie dalszych przesłuchiwań (*you have the right to have an attorney present now and during any future questioning*); d) jeżeli nie stać cię na adwokata z wyboru, to będzie dla ciebie wyznaczony adwokat z urzędu, jeżeli złożysz o to prośbę (*if you cannot afford an attorney, one will be appointed to you free of charge if you wish*). Reguła ta przyjęła się także względem osób przebywających w areszcie policyjnym ang. *police custody*, wobec których powstaje szczególna atmosfera „policyjnej dominacji” (ang. *police-dominated atmosphere*)¹³. Dlatego te pouczenia winny być stosowane już na samym początku detencji człowieka.

Jest to zatem postać prawa do milczenia, które na gruncie polskiego systemu prawnego moglibyśmy uznać za prawo do obrony w ujęciu materialnym, a nie formalnym. W ramach tego ostatniego nie ma wątpliwości, że podejrzany może milczeć, lecz dopiero po przedstawieniu mu zarzutów popełnienia przestępstwa i w zasadzie to milczenie ogranicza się do czynności przesłuchania (wyjaśnień). Pytanie zatem, czy na gruncie polskiej procedury karnej sprawca może już też milczeć od pierwszej czynności, jaką jest chociażby moment faktycznej detencji, rozpoczynający czynność zatrzymania, oraz czy te prawo do milczenia odnosi się

¹¹ P. Kardas, *op. cit.*, s. 7.

¹² I. Jankowska-Prochot, *op. cit.*, s. 56.

¹³ Jak wskazuje I. Jankowska-Prochot, po tym orzeczeniu funkcjonariusze zostali zaopatrzeni w kartoniki, na których umieszczono treść cytowanego ostrzeżenia. Nadto na przykładzie prawa irlandzkiego (zaliczanego także do systemów *common law*) badaczka wskazuje, iż uprawnienie to przysługuje osobom przebywającym w areszcie policyjnym (*police custody*). I. Jankowska-Prochot, *op. cit.*, s. 53 i s. 55; a także: P. Kardas, *op. cit.*, s. 7, przypis 20.

do sytuacji rozpytania, mogącego mieć miejsce przed formalnym postawieniem zarzutów, tudzież pomiędzy przesłuchaniami już podejrzanego.

Jak się jednak okazuje, w polskiej procedurze karnej brak jest wyraźnego uregulowania, które pozwalałoby na przyjęcie tezy, że prawo do milczenia ma charakter materialny, a co za tym idzie, już wobec zatrzymywanej osoby podejrzewanej (osoby podejrzaney) winny być stosowane pouczenia rodem z anglosaskiej doktryny Miranda. Wprawdzie spotykać można głosy, że prawo do milczenia przysługuje także osobie już faktycznie podejrzewanej, niezależnie od tego, iż jeszcze nie postawiono jej formalnych zarzutów. Jakkolwiek o ile można podnosić takie twierdzenie na poziomie dogmatyki, o tyle, niestety, można odczuć niedosyt w tym zakresie na gruncie uregulowań *expressis verbis* w ustawie Kodeks postępowania karnego, a tym bardziej w realiach policyjnych zatrzymań.

Analizując procedurę karną, można odnieść się do dwóch instytucji, które mogą stanowić namiastkę prawa do milczenia w ujęciu materialnym. Pierwszą jest prawo do uchylenia się od udzielenia odpowiedzi na pytanie, które może osobę podejrzaną i przesłuchiwaną w charakterze świadka narażać na odpowiedzialność karną. Jest to instytucja pouczenia z art. 183 § 1 Kpk. Niemniej nie dojrzeła ona w wystarczającym stopniu do standardu ogólnej zasady prawa do milczenia w ujęciu materialnym. W praktyce takie pouczenia są bowiem stosowane z chwilą rozpoczęcia przesłuchania podejrzanego świadka z jednoczesnym pouczeniem go o obowiązku podawania prawdy i o odpowiedzialności karnej za zatajanie prawdy z art. 233 § 1 Kk. Ta formuła pouczenia o obowiązku podawania prawdy z jednej strony, a z drugiej strony o uprawnieniu do uchylenia się od odpowiedzi narażającej na odpowiedzialność karną, może powodować wrażenie „pułapki”. Przesłuchiwany musi wybierać między tym, czy podać prawdę, czy też może jednak ją zataić. Z tym że zatajenie prawdy może być odebrane jako pośrednie przyznanie się do niewygodnego faktu, o który w danym momencie podejrzanego świadek został zapytany. Gdy przesłuchujący zadaje niekomfortowe pytanie, świadek, uchylając się od odpowiedzi, jakby zdradza się z faktem istnienia niewygodnej tajemnicy. To zaś zatem naprowadza przesłuchującego na „intrygujący” temat.

Jak również pouczenie o treści art. 183 § 1 Kpk z reguły jest stosowane na początku przesłuchania, a przesłuchiwany z uwagi na stres i atmosferę przesłuchania może o tym pouczeniu zapomnieć (o ile zdoła na samym początku przesłuchania dostatecznie zrozumieć treść tego pouczenia). Takie jednorazowe pouczenie niekonieczne zatem da gwarancję, iż przesłuchiwany rzeczywiście będzie wiedział, która odpowiedź będzie go narażała na odpowiedzialność karną. Osoby przesłuchiwane nie zawsze są przecież świadome tego, że opisując dany fakt, mogą opisywać zdarzenie przestępne. Można pokusić się o stwierdzenie, iż to na osobie przesłuchującej winien spoczywać obowiązek zwrócenia uwagi przesłuchiwanemu, że właśnie opisuje fakty, które go obciążają, i przypominać każdorazowo o treści art. 183 § 1

Kpk. Niemniej nie ma w procedurze karnej przepisu, który ów obowiązek kształtowałby właśnie w taki sposób. Można równie dobrze podnosić, iż obowiązkowi pouczenia z art. 183 § 1 Kpk czyni zadość samo pojedyncze pouczenie na początku przesłuchania. Mając zatem świadomość braku wyartykułowania *expressis verbis* obowiązku każdorazowego zwrócenia uwagi świadkowi o treści art. 183 § 1 Kpk, jako nieprzekonujące może być kreowanie niejako kurtuazyjnej manieri zwracania takiej uwagi przy każdym „mniej wygodnym” pytaniu.

Wobec powyższego art. 183 § 1 Kpk zdaje się nie do końca być efektywny w kontekście całkowitego materialnego prawa do milczenia. I odnośnie do tej kwestii warto by było poddać pod rozagę wprowadzenie już ustawowego rozwiązania w postaci kontratypu, w ramach którego osoba podejrzewana z obawy przed własną odpowiedzialnością karną, podając nieprawdę w zeznaniach, nie popełniłaby przestępstwa z art. 233 § 1 Kk. Tym bardziej że na gruncie linii orzeczniczej Sądu Najwyższego wywodzone jest, iż i tak zachodzi wówczas kontratyp pozaustawowy¹⁴.

Drugą znaną w procedurze karnej instytucją, która także może być poczytywana za namiastkę prawa do milczenia w ujęciu materialnym, i to o charakterze bardziej zbliżonym do typowego amerykańskiego ostrzeżenia Miranda, jest pouczenie z art. 244 § 2 Kpk. Na gruncie tego przepisu funkcjonariusze dokonujący zatrzymania osoby podejrzewanej mają obowiązek poinformować ją, i to natychmiast – między innymi – o przyczynach zatrzymania i o przysługujących jej prawach, w tym o prawie do skorzystania z pomocy adwokata lub radcy prawnego i o prawie do złożenia oświadczenia albo odmowy złożenia oświadczenia. Istotne z punktu widzenia niniejszych rozważań jest właśnie to ostatnie pouczenie, tj. prawo do oświadczeń bądź odmowy oświadczeń. Rodzi się jednak zasadnicze pytanie, czym właściwie jest to „oświadczenie zatrzymanego” i jak rozpatrywać je w kategorii szeroko pojętego prawa do milczenia w ujęciu materialnym, a przede wszystkim, czy owe „oświadczenie” zatrzymanego może być potraktowane jako jego wypowiedzi w trakcie „rozpytania”.

Rozpytanie jest czynnością operacyjną¹⁵, przy czym procedura karna nie traktuje jej jako dowodu ścisłego, jak chociażby przesłuchanie (wyjaśnienia) podejrzanego tudzież przesłuchanie (zeznania) świadka. Rozpytanie z reguły przybiera zatem formę „pozornie zwykłej” rozmowy między funkcjonariuszami a osobą rozpytywaną¹⁶.

¹⁴ Wyrok SN z 9.03.2023 r., sygn. I KK 505/22, LEX: 3571647; uchwała SN z 9.11.2021 r., sygn. I KZP 5/21, LEX: 3253397; uchwała SN z 20.09.2007 r., sygn. I KZP 26/07, LEX: 298949; postanowienie SN z 10.12.2020 r., sygn. I KK 58/19, LEX: 3159995.

¹⁵ M. Błoński, *Znaczenie zeznań funkcjonariusza policji opartych na czynności tzw. rozpytania*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 9, s. 175 i 177; w ślad za M. Klejnowska, *Oskarżony jako osobowe źródło informacji o przestępstwie*, Kraków 2004, s. 64.

¹⁶ Jak ujmuje to Michał Gabriel-Węglowski, rozpytanie jest nieformalnym uzyskaniem maksimum informacji interesujących organ ścigania; M. Gabriel-Węglowski, *Rozpytanie osoby przed przesłuchaniem a swoboda wypowiedzi*, LEX/el., 2022.

Czynność ta nie jest protokolowana¹⁷, a po jej przeprowadzeniu funkcjonariusze mogą sporządzić notatkę urzędową, o czym już rozpytywany nie musi wiedzieć. Rozpytanie może mieć miejsce zarówno w samej chwili zatrzymywania, przed przedstawieniem zarzutów, jak i pomiędzy poszczególnymi przesłuchaniami już podejrzanego. Jest to zatem czynność, która pozbawiona jest tej „aury procesowej formuły”, która towarzyszy składaniu wyjaśnień. Jednocześnie brak tej „aury” może powodować wrażenie u osoby rozpytywanej, iż w zasadzie prowadzi „nieistotną dowodowo” rozmowę z funkcjonariuszem, podczas gdy ten drugi uzyskuje istotne dla sprawy informacje.

Odnosnie do kwestii dopuszczalności procesowego wykorzystania informacji uzyskanych w trakcie rozpytania spotkać można trzy koncepcje. Pierwsza zakłada, że powtórzenie w zeznaniach przez funkcjonariuszy policji informacji uzyskanych w drodze rozpytania jest dopuszczalne, o ile takie rozpytanie nie wiązało się z przymusem fizycznym lub psychicznym (dopuszczalne jest zaś stosowanie postępu w takim rozpytaniu)¹⁸.

Druga koncepcja z kolei zakłada, iż niedopuszczalne jest zastąpienie dowodu ścisłego w postaci wyjaśnień podejrzanego (oskarżonego) przeciwnymi zeznaniami opierającymi się na informacjach uzyskanych właśnie w drodze rozpytania, jak bowiem stwierdza Sąd Najwyższy: „dowód z zeznań funkcjonariusza policji przeprowadzony na okoliczność wypowiedzi osoby rozpytywanej nie może zastąpić dowodu z wyjaśnień oskarżonego czy z zeznań świadka. Na podstawie tego dowodu nie wolno też czynić ustaleń faktycznych sprzecznych z wyjaśnieniami oskarżonego lub z zeznaniami świadka, wobec których dokonano czynności rozpytania, gdyż byłoby to usankcjonowanie nieformalnie przeprowadzonego dowodu z wyjaśnień lub z zeznań, w sytuacji gdy jego przeprowadzenie w formie określonej przez prawo dowodowe (tzw. dowód ścisły) jest bezwzględnie wymagane jako podstawa prawna rozstrzygnięcia w przedmiocie odpowiedzialności karnej”¹⁹.

Trzecia koncepcja zaś stanowi modyfikację pierwszej, zakładając, iż nie można przesłuchać jedynie funkcjonariusza, który prowadził postępowanie, co do infor-

¹⁷ Wyrok SN z 18.02.2003 r., sygn. WA 3/03, LEX: 184211.

¹⁸ Postanowienie SN z 4.05.2016 r., sygn. III KK 334/15, LEX: 2044481; wyrok SN z 15.07.1979 r., sygn. V KRN 102/79, LEX: 20907; wyrok SN z 18.02.2003 r., sygn. WA 3/03, LEX: 184211; postanowienie SN z 28.02.2002 r., sygn. IV KKN 13/02, LEX: 53058; wyrok SA w Łodzi z 18.06.2015 r., sygn. II AKa 84/15, LEX: 2050486; wyrok SA w Poznaniu z 17.06.2014 r., sygn. II AKa 107/14, LEX: 1493869; wyrok SA w Szczecinie z 4.07.2013 r., sygn. II AKa 114/13, LEX: 1350423; D. Strzelecki, *Dopuszczalność przeprowadzenia i wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu na okoliczność informacji uzyskanych od osoby rozpytywanej albo wypytywanej*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 7-8, s. 96, 99-100, 110-111.

¹⁹ Postanowienie SN z 22.02.2007 r., sygn. V KK 183/06, LEX: 274709; wyrok SN z 21.03.2013 r., sygn. III KK 268/12, LEX: 1311768.

macji (wypowiedzi przesłuchiwanego), które usłyszał w trakcie przesłuchania od przesłuchiwanego (na zasadzie zastąpienia zeznaniami tego funkcjonariusza treści protokolowanej wypowiedzi przesłuchiwanego), tudzież w sytuacji, gdy rozpytania dokonała osoba dokonująca też innych czynności w danej sprawie (funkcjonariusz nie powinien mieć zatem kontaktu z postępowaniem albo mieć z nim kontakt tylko incydentalny)²⁰.

W przypadku braku jednoznacznego rozstrzygnięcia powyższej kwestii (a przynajmniej braku wyraźnego zakazu na poziomie ustawy)²¹ można odnieść wrażenie, że dominuje przekonanie o dopuszczalności procesowego wykorzystywania informacji uzyskanych w drodze rozpytania przez funkcjonariusza, czy nawet uzyskanych przez osobę prywatną²². Art. 174 Kpk określający zakaz zastępowania wyjaśnień lub zeznań treścią pism, zapisków lub notatek urzędowych nie odnosi się do sytuacji przekazania w zeznaniach informacji uzyskanych w drodze rozpytania przez funkcjonariusza²³. Sceptyczne nastawienie jest jedynie do możliwości wykorzystania procesowego informacji uzyskanych przez przesłuchującego w trakcie przesłuchania od osoby przesłuchiwanej²⁴. Tutaj bowiem reguły utrwalania dowodów, chociażby wyrażone w art. 143-151 Kpk, obligują do zachowania rygoru formalności procesowej, która wyklucza możliwość właśnie swobodnego ustalania bezpośrednio od przesłuchującego tego, co powiedział przesłuchiwany.

Niniejsze rozważania nie odnoszą się jednak do pytania, czy ogólnie dopuszczalne jest wykorzystywanie informacji uzyskanych w drodze rozpytania przez funkcjonariusza bądź wypytania przez osobę prywatną. Przedmiotem niniejszych dociekań jest bowiem kwestia, czy dopuszczalne jest rozpytywanie zatrzymanego przez funkcjonariuszy, w sytuacji gdy osoba rozpytywana odpowiada w braku świadomości (w braku pouczenia), iż to, co teraz mówi, potem może być powtórzone przez funkcjonariusza w trakcie jego zeznań.

Starając się zatem rozstrzygnąć powyższą wątpliwość, nie można być obojętnym na kierunek wykładni przepisów procedury karnej, który jest wyznaczany regułami gwarancyjnymi, tj. prawem do obrony w ujęciu materialnym, domniemaniem niewinności, ciężarem dowodu spoczywającym na oskarżycielu publicznym, zasadą rzetelnego procesu oraz zasadą obowiązku poszanowania i ochrony godności człowieka. W duchu tych właśnie zasad optymalizacyjnych trzeba będzie przyjmować

²⁰ D. Strzelecki, *op. cit.*, s. 88, 110-111; wyrok SA we Wrocławiu z 30.09.2021 r., sygn. II AKa 136/21, LEX: 3304863.

²¹ O braku uregulowania zakazu rozpytania osoby podejrzewanej traktuje także I. Jankowska-Prochot, *op. cit.*, s. 65-66, jak również: D. Strzelecki, *op. cit.*; M. Błoński, *op. cit.*, s. 175-186; M. Gabriel-Węglowski, *op. cit.*

²² D. Strzelecki, *op. cit.*, s. 99-100.

²³ *Ibidem*, s. 104.

²⁴ *Ibidem*, s. 106.

interpretację na korzyść zatrzymanego. I właśnie na tym gruncie można wysnuć wniosek, iż zatrzymany ma szczególny status procesowy, w ramach którego może on dokonywać dwóch rodzajów ustnej wypowiedzi, to jest „wyjaśnień” oraz „oświadczeń”. Za niedopuszczalne zaś uznać należy „zeznanie” zatrzymanego²⁵. Wracając jeszcze do wątku „zeznan” zatrzymanego, o ile w praktyce nie można uznać za naruszenie procedury karanej przesłuchania osoby podejrzewanej, ale nieznajdującej się w stanie detencji, o tyle taka wątpliwość pojawia się w sytuacji, gdy osoba podejrzana jest zatrzymana. Przesłuchiwanie zatrzymanego w charakterze świadka stanowiłoby naruszenie prawa do obrony. Stawianie bowiem człowieka w obowiązku składania zeznań z pouczeniem o odpowiedzialności karnej z art. 233 § 1 Kk, w sytuacji detencji, czyli w takim układzie okoliczności, który niewątpliwie pozbawiać go może zdolności do racjonalnego myślenia i oceny sytuacji oraz własnych wypowiedzi, jest wręcz postawą niehumanitarną²⁶. Oczywiście jest, że stres oraz negatywne emocje nie sprzyjają zdroworozsądkowemu podejściu do całej sytuacji.

Wobec powyższego zatrzymany, który „opowiada o przestępstwie, w którym brał udział”, może mówić tylko w ramach dwóch rodzajów czynności, to jest w ramach wyjaśnień albo w ramach oświadczeń. Innych rodzajów czynności stanowiących formę ustnej wypowiedzi zatrzymanego (osoby podejrzewanej, osoby podejrzanej, podejrzanego) procedura karna nie przewiduje, a zatem można postulować, iż innych czynności nie ma (nawet w trakcie takich czynności, jak np. eksperyment procesowy, wizja lokalna, itd., są to wciąż wyjaśnienia zatrzymanego). Na gruncie tej koncepcji

²⁵ „Nie ulega zatem wątpliwości, że od chwili zatrzymania Krzysztof F. korzystał ze swobody wypowiedzi co do czynu, z którym wiązała się ta czynność Policji. Podobnie jak podejrzany, nie miał on obowiązku dostarczenia dowodów na swoją niekorzyść (art. 74 § 1 *in fine* – *nemo se ipsum accusare tenetur*), wszelkie zaś oświadczenia, które ze względu na ich treść wypełniałyby znamiona czynów zabronionych, a służyły odparciu podejrzenia o popełnienie przestępstwa, nie stanowiłyby powodu do pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej, i to także wtedy, gdyby zostały złożone w toku przesłuchania w charakterze świadka. Przepisy prawa procesowego, zachowując swoją autonomię, chronią bowiem prawo oskarżonego (podejrzanego) do obrony i w rezultacie wyłączają w określonych sytuacjach możliwość zastosowania niektórych przepisów prawa materialnego. Rzecz w tym, że w wypadku uzasadnionego podejrzenia o popełnienie przestępstwa, zatrzymany w ogóle nie powinien być przesłuchany w charakterze świadka, a więc podmiotu składającego oświadczenia wiedzy pod rygorem odpowiedzialności karnej w razie ich nieprawdziwości. Takie przesłuchanie osoby, której służy prawo do obrony, nie może pociągać dla niej niekorzystnych skutków prawnych. Z samego już założenia niesprzeczności porządku prawnego wynika, że za czyn karalny nie można uznać takiego zachowania się jednostki, do którego jest ona w świetle prawa procesowego uprawniona (por. uzasadnienie uchwały SN z dnia 20 czerwca 1991 r., I KZP 12/91, OSNKW 1991, z. 10-12, poz. 46)”; z uzasadnienia wyroku SN z 9.02.2004 r., sygn. V KK 194/03, LEX: 102907.

²⁶ I. Jankowska-Prochot, w ślad za J. Murray'em wskazuje, że „możliwa jest sytuacja, w której oskarżony umieszczony we wrogim otoczeniu, tj. wśród policjantów czy strażników więziennych, posługujących się przymusem psychicznym lub fizycznym albo ich zagrożeniem, może mylić fakty lub zapominać o ważnych sprawach, o których pamiętałbym w korzystniejszym dla siebie i spokojniejszym otoczeniu”. I. Jankowska-Prochot, *op. cit.*, s. 59; cyt. za: *People v. Coddington* (2000) – 23 Cal. 4th 529, 2 P3d. 1081; podobnie: P. Kardas, *op. cit.*, s. 7.

w sytuacji „rozpytania operacyjnego” przez funkcjonariusza policji wszelkie zatem wypowiedzi zatrzymanego poza jego „przesłuchaniem” (wyjaśnieniami, nawet połączonymi z innymi czynnościami, jak np. eksperyment procesowy, wizja lokalna, itd.) winny być traktowane jako „oświadczenia” z art. 244 § 2 Kpk (zwłaszcza gdy te pytania w ramach rozpytania oraz udzielane odpowiedzi w ramach oświadczeń dotyczą głównie kwestii związanych z inkryminowanym zdarzeniem, a także z samym przebiegiem, prawidłowością, zasadnością oraz legalnością zatrzymania).

Powyższa interpretacja może prowadzić do wniosku, iż przed rozpoczęciem „rozpytania” funkcjonariusz powinien udzielić pouczenia rozpytywanemu zatrzymanemu, że ma on prawo złożyć oświadczenie, a także odmówić złożenia oświadczenia, czyli innymi słowy odmówić odpowiedzi na pytania rozpytującego.

Ponadto literalne brzmienie art. 244 § 2 Kpk pozwala na określenie momentu i formy pouczenia, to jest „natychmiastowo poinformować”. „Natychmiastowo” należy interpretować jako w momencie rozpoczęcia faktycznego pozbawienia wolności, czyli w momencie, w którym funkcjonariusze zaczynają doprowadzać zatrzymanego do właściwej jednostki organu ścigania. Określenie „poinformować” może być zaś słownikowo traktowane jako forma ustnej wypowiedzi.

Koncepcja obowiązku ustnego i natychmiastowego poinformowania zatrzymanego o prawie od składania oświadczeń i prawie do odmowy składania oświadczeń jest też uzasadniona zasadą informowania wyrażaną w art. 16 § 2 Kpk. Wprawdzie z art. 300 Kpk nie wynika wprost takie pouczenie względem osoby podejrzewanej, jednak funkcjonariusz, dokonując zatrzymania już na samym początku tej czynności, powinien dopełnić starań, aby wykluczyć sytuację, w ramach której z uwagi na brak stosownego pouczenia o prawie do odmowy składania oświadczeń zatrzymany w chwili rozpytania dokona samodenuncjacji.

Obowiązek ustnej informacji został wprost wyartykułowany w Wytycznych nr 3 Komendanta Głównego Policji z dnia 30 sierpnia 2017 r. w sprawie wykonywania niektórych czynności dochodzeniowo-śledczych przez policjantów (Dz.Urz. KGP. 2017.59). W myśl § 86 ust. 1 Wytycznych „policjant, natychmiast po zatrzymaniu osoby, informuje ustnie tę osobę o przyczynach zatrzymania i o przysługujących jej prawach, w szczególności o prawie do skorzystania z pomocy adwokata lub radcy prawnego oraz prawie do złożenia oświadczenia i odmowy złożenia oświadczenia, a także innych prawach wskazanych w art. 244 § 2 k.p.k., a następnie wysłuchuje ją. Ponadto w myśl ust. 5 tego paragrafu wysłuchanie zatrzymanego i przyjęcie od niego oświadczenia nie jest przesłuchaniem procesowym. Wysłuchując, należy umożliwić zatrzymanemu złożenie wniosków i oświadczeń w celu wskazania okoliczności, które mogą przemawiać za jego zwolnieniem, w szczególności takich, które wykluczają popełnienie przez niego przestępstwa lub wynikają ze stanu zdrowia. Wysłuchanie nie może naruszać jego niezbywalnych praw w zakresie braku

obowiązku dowodzenia swojej niewinności lub dostarczania dowodów na swoją niekorzyść (prawo do milczenia). Podawane okoliczności winny być niezwłocznie sprawdzane”. Zgodnie z § 86 ust. 6 w protokole z zatrzymania osoby odnotowuje się „oświadczenia złożone przez zatrzymanego po poinformowaniu go o przyczynach zatrzymania i o przysługujących mu prawach, w sposób określony w ust. 1. Wręczając zatrzymanemu pisemne pouczenie o przysługujących zatrzymanemu uprawnieniach w postępowaniu karnym, należy równocześnie wyjaśnić mu zawarte w nim treści. Kopię podpisanego przez zatrzymanego pouczenia załącza się do akt głównych postępowania”.

Dokonując zatem wykładni art. 244 § 2 Kpk, w duchu założeń prawa do obrony w ujęciu materialnym oraz mając na względzie dosłowne brzmienie Wytycznych Komendanta Głównego Policji, należy uznać, że istnieje obowiązek, aby pouczyć zatrzymanego o prawie do składania oświadczeń albo odmowie składania oświadczeń przed rozpytaniem. Tym samym nie jest przekonujący argument prezentowany przez Michała Błońskiego, wedle którego rozpytanie osoby podejrzanej nie narusza art. 74 § 1 Kpk, wyrażającego regułę *nemo se ipsum accusare tenetur*²⁷. Takie rozpytanie osoby podejrzewanej i zatrzymanej może być dopuszczalne, o ile ta osoba odpowiada po usłyszeniu stosownego pouczenia o prawie do milczenia oraz z pełną świadomością, iż to, co teraz mówi, zostanie wykorzystane przeciwko niej procesowo. Ponadto taka osoba podejrzana faktycznie w trakcie rozpytania nie ma wprawdzie obowiązku udzielania funkcjonariuszowi jakichkolwiek informacji, niemniej teza ta odbiega od realiów niektórych czynności z udziałem funkcjonariuszy. Nie sposób uznać, że w trakcie zatrzymania brak jest jakiegokolwiek, nawet najmniejszego psychologicznego przymusu bądź poczucia obowiązku odpowiadania przez zatrzymanego na pytania funkcjonariuszy. Nie trzeba bowiem wprost wymuszać na człowieku odpowiedzi, lecz zdarzają się takie sposoby prowadzenia rozmów przez funkcjonariuszy, iż stwarzają oni poczucie obowiązku odpowiadania na każde ich pytanie (nie wspominając już o sugestiach, że jeśli zatrzymany się nie przyzna, będzie surowsza kara). Sama wręcz postura, ton głosu, sposób odzywania się do zatrzymanego oraz fizyczna aparycja niektórych funkcjonariuszy mogą powodować odczucie presji, które następnie przekłada się na poczucie bycia przymuszonym do odpowiedzi. Wprawdzie nie dochodzi wówczas do naruszenia prawa do obrony w ujęciu formalnym, nie mamy bowiem jeszcze do czynienia z podejrzanym, to jednak powyższe powinno być brane pod uwagę przy późniejszej ocenie wiarygodności zeznań funkcjonariuszy, którzy takiego rozpytania dokonali, oraz konfrontując to z treścią prawa do obrony w ujęciu materialnym.

²⁷ M. Błoński, *op. cit.*, s. 178.

Zdarza się również, iż pouczenia o prawie do składania oświadczeń tudzież o prawie do odmowy składania oświadczeń nie mają miejsca w chwili przed rozpytaniem. Pragmatyka może dostarczyć przykładów, w ramach których pouczenie o prawie do oświadczeń jest udzielane w chwili kończenia faktycznego zatrzymania, któremu towarzyszy wypełnienie formularza protokołu, nie zaś na początku detencji zatrzymywanego. Tym samym można odnieść wrażenie braku wystarczających gwarancji procesowych dla osób podejrzewanych i zatrzymywanych, które mogą być dowolnie w zasadzie rozpytywane co do okoliczności, w których brały udział. Dlatego też z uwagi na operacyjny charakter rozpytania zatrzymany może być poddany atmosferze policyjnej dominacji. To zaś będzie wpływało na ograniczenie swobody jego wypowiedzi.

Jednocześnie obecna formuła art. 244 § 2 Kpk nie jest jednoznaczna i powyższe twierdzenia, wprawdzie znajdujące aksjologiczne uzasadnienie na gruncie art. 6 Kpk, mogą być przysłaniane celami postępowania i zasadą prawdy materialnej. Te wątpliwości wynikają z tego, że procedura karna, pomimo treści art. 244 § 2 Kpk, nie określa wprost charakteru pouczenia o prawie do składania oświadczenia lub prawie do odmowy składania oświadczenia. Nie ma nawet precyzyjnego określenia, które wypowiedzi mogą być traktowane jako oświadczenia zatrzymanego z art. 244 § 2 Kpk. Tym bardziej że jest prezentowany pogląd, iż czynności rozpytania mogą być prowadzone względem osoby podejrzewanej, nawet i zatrzymanej, albowiem nie jest ona stroną postępowania karnego i nie korzysta z uprawnień i obowiązków podejrzanego²⁸.

Na tym gruncie jako aktualny jawi się zatem postulat, aby podjąć się tematu unormowania tej kwestii w procedurze karnej, i to w takim stopniu, aby bez wątpliwości można było uznać, iż na organach ścigania ciąży obowiązek pouczenia o prawie do zachowania milczenia już w chwili faktycznej detencji. W tym miejscu trzeba też podkreślić, że ta koncepcja nie wyklucza czynności rozpytania jako operacyjnego sposobu na ustalenie informacji o przestępstwie. Niemniej rozpytanie powinno zmierzać przede wszystkim do ustalenia źródła dowodowego, nie zaś do ustalenia informacji przekazywanej przez rozpytywane źródło dowodowe. Natomiast w odniesieniu do osób znajdujących się w detencji policyjnej powinien być jeszcze jeden wymóg procesowo określony, to jest pouczenie o tym, iż zatrzymywany już będąc rozpytywany, może zachować milczenie, a w sytuacji gdyby jednak chciał mówić, to powinien być świadomy tego, że jego wypowiedzi zostaną powtórzone przez funkcjonariuszy w zeznaniach. Tym bardziej że w orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreślano, iż prawo do obrony w ujęciu materialnym przysługuje już od momentu faktycznego podejrzenia popełnienia przestępstwa, a nie

²⁸ M. Błoński, *op. cit.*, s. 175 i nast.

od momentu formalnego postawienia zarzutów²⁹. Z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP wprost wynika zaś, że „każdy, przeciw komu prowadzone jest postępowanie karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania”. Takim stadium postępowania są zatem już wszelkie pierwsze czynności procesowe z udziałem sprawy, nawet gdy jeszcze nie postawiono mu formalnie zarzutów. Wobec tego rację ma Czesław Paweł Kłak, iż „nie można «osoby podejrzanej» i «osoby potencjalnie podejrzanej» umieścić poza zakresem podmiotowym zasady *nemo se ipsum accusare tenetur* – w takim bowiem przypadku gwarancje przysługujące podejrzanemu i oskarżonemu nie będą zapewniały mu należytej ochrony. Przyjąć należy zatem, że już osoba potencjalnie podejrzana winna korzystać z prawa do niedostarczania dowodów na swoją niekorzyść, mimo że nie jest jeszcze formalnie podejrzanym”³⁰.

Wobec powyższego zgodzić się trzeba z Izabelą Jankowską-Prochot, że obecna redakcja art. 244 § 2 Kpk w zakresie pouczeń dla zatrzymanego nie jest precyzyjna³¹. Wymagałaby dookreślenia poprzez wskazanie dokładnego momentu takiego pouczenia, a nadto poprzez rozwinięcie definicji oświadczeń i ich skutków procesowych. Ewentualnie, na co wskazał Piotr Kardas³², godna rozważenia jest zmiana art. 300 § 1 Kpk poprzez uwzględnienie, iż te pouczenia należy stosować także wobec osoby podejrzejwanej – w kontekście rozważań nad unormowaniami Dyrektywy 2013/48/UE. Jak bowiem stwierdza P. Kardas, polskie regulacje nie są dostosowane do standardów wynikłych na gruncie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka³³. Wobec tego wprowadzenie materialnego prawa do milczenia nie nadwyręży procedury karnej w zakresie realizacji celów z art. 2 Kpk oraz przy urzeczywistnianiu postulatu prawdy materialnej. Prawo do milczenia dla zatrzymanego będzie zaś wyrazem tego, iż polska procedura karna także wpisuje się w rzeczywisty standard demokratycznego państwa prawa oraz reguły równej broni między jednostką (zatrzymany) a aparatem państwowym w postaci organów ścigania.

Literatura

- Błoński M., *Znaczenie zeznań funkcjonariusza policji opartych na czynności tzw. rozpytania*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 9.
 Gabriel-Węglowski M., *Rozpytanie osoby przed przesłuchaniem a swoboda wypowiedzi*, LEX/el., 2022.
 Jankowska-Prochot I., *Miranda Warning czyli „Masz prawo zachować milczenie...” w irlandzkim i polskim prawie karnym*, „Probacja” 2019, nr 2.

²⁹ Wyrok SN z 9.02.2004 r., sygn. V KK 194/03, LEX: 102907.

³⁰ C.Z. Kłak, „Osoba podejrzana” oraz „potencjalnie podejrzana” w polskim procesie karnym a zasada *nemo se ipsum accusare tenetur*, „Ius Novum” 2012, nr 4, s. 64.

³¹ I. Jankowska-Prochot, *op. cit.*, s. 64–65.

³² P. Kardas, *op. cit.*, s. 4–10.

³³ Zob. *ibidem*, s. 5, 10.

- Kardas P., *Gwarancje prawa do obrony oraz dostęp do obrońcy na wstępnym etapie postępowania karnego – kilka uwag w świetle doktryny Salduz, doktryny Miranda oraz dyrektywy w sprawie dostępu do adwokata*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, styczeń.
- Klejnowska M., *Oskarżony jako osobowe źródło informacji o przestępstwie*, Kraków 2004.
- Kłak C.Z., „Osoba podejrzana” oraz „potencjalnie podejrzana” w polskim procesie karnym a zasada *nemo se ipsum accusare tenetur*, „Ius Novum” 2012, nr 4.
- Kmiecik R., *Dowód ścisły w procesie karnym*, Lublin 1983.
- Kmiecik R., *Prawo dowodowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2008.
- Strzelecki D., *Dopuszczalność przeprowadzenia i wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu na okoliczność informacji uzyskanych od osoby rozpytywanej albo wypytywanej*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 7-8.
- Wąsek A., *O kilku aspektach reguły „nemo se ipsum accusare tenetur” de lego ferenda i de lego lata*, [w:] *Standardy prawa człowieka a polskie prawo karne*, red. J. Skupiński, Warszawa 1995.

Akty prawne

- Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 16.12.1966 r. z Nowego Jorku, ratyfikowany przez Polską Rzeczpospolitą Ludową 3.03.1977 r., Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2016/343 z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym, Dz.U. UE L 2016.65.1.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z dnia 22 października 2013 r. w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności, Dz.Ur. UE L 294.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.

Orzecznictwo

- Postanowienie SN z 28.02.2002 r., sygn. IV KKN 13/02, LEX: 53058.
- Postanowienie SN z 22.02.2007 r., sygn. V KK 183/06, LEX: 274709.
- Postanowienie SN z 4.05.2016 r., sygn. III KK 334/15, LEX: 2044481.
- Postanowienie SN z 10.12.2020 r., sygn. I KK 58/19, LEX: 3159995.
- Uchwała SN z 20.09.2007 r., sygn. I KZP 26/07, LEX: 298949.
- Uchwała SN z 9.11.2021 r., sygn. I KZP 5/21, LEX: 3253397.
- Wyrok Sądu Najwyższego USA z 13.06.1966 r., nr 759, *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966).
- Wyrok SA w Szczecinie z 4.07.2013 r., sygn. II AKa 114/13, LEX: 1350423.
- Wyrok SA w Poznaniu z 17.06.2014 r., sygn. II AKa 107/14, LEX: 1493869.
- Wyrok SA w Łodzi z 18.06.2015 r., sygn. II AKa 84/15, LEX: 2050486.
- Wyrok SA we Wrocławiu z 30.09.2021 r., sygn. II AKa 136/21, LEX: 3304863.
- Wyrok SN z 15.07.1979 r., sygn. V KRN 102/79, LEX: 20907.
- Wyrok SN z 18.02.2003 r., sygn. WA 3/03, LEX: 184211.
- Wyrok SN z 9.02.2004 r., sygn. V KK 194/03, LEX: 102907.
- Wyrok SN z 21.03.2013 r., sygn. III KK 268/12, LEX: 1311768.
- Wyrok SN z 9.03.2023 r., sygn. I KK 505/22, LEX: 3571647.

Olaf Włodkowski

Uniwersytet Zielonogórski

ORCID 0000-0003-3127-6600

owlodkowski@uz.zgora.pl

Zwalczanie za pomocą prawa karnego nadużyć na szkodę interesów finansowych UE. Rozważania na tle Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1371¹

Słowa kluczowe: karnoprawna ochrona interesów finansowych Unii Europejskiej, Dyrektywa PIF, prawo karne Unii Europejskiej

Streszczenie. Artykuł jest syntetycznym omówieniem podstawowych rozwiązań przewidzianych przez Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1371 w sprawie zwalczania za pomocą prawa karnego nadużyć na szkodę interesów finansowych Unii Europejskiej. Poddając analizie poszczególne rozwiązania, oceniono je z perspektywy znaczenia dla zwalczania nadużyć na szkodę interesów finansowych Unii Europejskiej oraz harmonizacji prawa karnego Państw Członkowskich UE w tym zakresie. Dostrzegając znaczenie poddanej ocenie regulacji prawnej, wyrażono stanowisko, że choć służy ona zintensyfikowaniu karnoprawnej ochronie interesów finansowych Unii Europejskiej, to nie można jej ocenić jako wystarczającej. Z tego względu za zasadne uznano podjęcie kolejnych inicjatyw służących ochronie interesów finansowych Unii Europejskiej.

Combating fraud to the detriment of the EU's financial interests through criminal law (Reflections on the background Directive (EU) 2017/1371 of the European Parliament and of the Council)

Keywords: criminal protection of the financial interests of the European Union, PIF Directive, European Union criminal law

Summary. The article is a synthetic discussion of the basic solutions provided for in Directive (EU) 2017/1371 of the European Parliament and of the Council on combating fraud to the detriment of the financial interests of the European Union by means of criminal law. Analyzing individual solutions, they were assessed from the perspective of their significance for combating fraud to the detriment

¹ Artykuł przygotowany w ramach realizacji Projektu badawczego Konkurs Miniatura 3 finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki (decyzja Dyrektora Narodowego Centrum Nauki nr 2019/03/X/HS5/01853 z dnia 4.12.2019 r.) pt. „Karnoprawna ochrona interesów fiskalnych Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i Wspólnot Europejskich na płaszczyźnie Unii Europejskiej” realizowanego w dniach 1.10.-12.10.2021 r. w Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law (Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht, Freiburg, Niemcy). Tekst publikacji przekazany do redakcji czasopisma „Dyskurs Prawniczy i Administracyjny” w dniu 19.12.2021 r.

of the financial interests of the European Union and the harmonization of criminal law of the EU Member States in this area. Recognizing the significance of the legal regulation subject to evaluation, the position was expressed that although it serves to intensify the criminal law protection of the financial interests of the European Union, it cannot be assessed as sufficient. For this reason, it was considered justified to take further initiatives to protect the financial interests of the European Union.

Wprowadzenie

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1371 w sprawie zwalczania za pomocą prawa karnego nadużyć na szkodę interesów finansowych Unii² została przyjęta 5 lipca 2017 r.³ Zgodnie z art. 17 ust. 1 Dyrektywy PIF termin dla implementacji tej dyrektywy został wyznaczony na 6 lipca 2019 r.⁴ Dyrektywa PIF jest pierwszym aktem prawnym w zakresie karnoprawnej ochrony interesów finansowych Unii Europejskich powstałym po wejściu w życie Traktatu z Lizbony z 13 grudnia 2007 r., zmieniającego Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską Traktatu Lizbońskiego⁵. Zgodnie z art. 16 Dyrektywy PIF, niniejsza dyrektywa ze skutkiem od 6 lipca 2019 r. (w stosunku do Państw Członkowskich UE związanych niniejszą dyrektywą) zastępuje Konwencję o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26 lipca 1995 r.⁶ oraz

² O.J. L 198, 28.07.2017, 29, dalej: Dyrektywa PIF.

³ Prace na Dyrektywą PIF rozpoczęły się już w 2012 r. Zob. wniosek Komisji Europejskiej – Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zwalczania nadużyć na szkodę interesów finansowych Unii za pośrednictwem prawa karnego, Bruksela, dn. 11.7.2012 r. COM(2012) 363 final 2012/0193 (COD) C7-0192/12, (dalej: Wniosek KE z 11.7.2012 r.). W omawianym zakresie zob. L. Kuhl, *The Initiative for a Directive on the Protection of the EU Financial Interests by Substantive Criminal Law*, „EuCrim (The European Criminal Law Associations’ Forum)” 2012, no 2, p. 64-66. Wniosek ten poprzedzony był wydaniem Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions On the protection of the financial interests of the European Union by criminal law and by administrative investigations An integrated policy to safeguard taxpayers’ money, Brussels, 26.5.2011 COM(2011) 293 final, (dalej: COM z 26.5.2011).

⁴ O trudnościach związanych z implementacją Dyrektywy PIF w poszczególnych Państwach Członkowskich UE zob. m.in. *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Directive (EU) 2017/1371 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2017 on the fight against fraud to the Union’s financial interests by means of criminal law*, COM(2021) 536 final, 6.9.2021.

⁵ Dz.U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569. Szerzej w tym zakresie zob. A. Venegoni, *La definizione del reato di frode nella legislazione dell’Unione dalla Convenzione PIF alla proposta di Direttiva PIF*, [w:] *Tutela penale degli interessi finanziari dell’unione europea. Stato dell’prospettiva alla luce della creazione della procura Europea*, red. G. Grasso, R. Sicurella, F. Bianco, V. Scalia, Pisa 2018, s. 59-60.

⁶ Dz.U. UE C 316 z 27.11.1995, s. 48; dalej: Konwencja PIF z 1995 r. Przypomnienia wymagają, że równoległe do Konwencji PIF z 1995 r. przyjęto Rozporządzenie Rady (WE, Euratom) nr 2988/95 z 18 grudnia 1995 r. w sprawie ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich (Dz.U. L 312 z 23.12.1995, s. 1), dalej: Rozporządzenie nr 2988/95. W rozporządzeniu tym ustanowiono ogólne zasady dotyczące jednolitych kontroli oraz środków i kar administracyjnych dotyczących nieprawidłowości w odniesieniu do prawa Unii, a przy tym odwołano się do przepisów sektorowych w tej

protokoły do tej Konwencji: Protokół sporządzony na podstawie art. K. 3 Traktatu o Unii Europejskiej do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 27 września 1996 r.⁷, Protokół w sprawie wykładni w trybie prejudycjalnym przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich Konwencji w sprawie ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 29 listopada 1996 r.⁸ i Protokół drugi do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 19 czerwca 1997 r. sporządzony na podstawie art. K. 3 Traktatu o Unii Europejskiej⁹. Dyrektywa PIF nie zwalnia Państw Członkowskie UE z obowiązku stosowania i wykonywania unijnych środków i kar administracyjnych w rozumieniu art. 4 i 5 Rozporządzenia nr 2988/95.

Zasadniczym celem publikacji jest omówienie najważniejszych rozwiązań przewidzianych przez Dyrektywę PIF w odniesieniu do zwalczania za pomocą prawa karnego nadużyć na szkodę interesów finansowych Unii Europejskiej. W tym zakresie za zasadne uznano poddać pod ocenę istotę poszczególnych rozwiązań normatywnych, ustalić ich *ratio legis* oraz podjąć próbę odpowiedzi na pytanie, czy rozwiązania przewidziane przez Dyrektywę PIF stanowić będą podstawę dla harmonizacji ustawodawstw karnych Państw Członkowskich UE w omawianym zakresie. Analizując poszczególne rozwiązania, za zasadne uznano także poczynienie ustaleń, czy Dyrektywa PIF wprowadza, a jeżeli tak, to w jakim zakresie to czyni, odmienne rozwiązania od tych, które przewidziane były w poprzednio obowiązujących regulacjach prawnych. Stanowić to będzie podstawę dla sformułowania końcowej konkluzji, czy rozwiązania przewidziane przez Dyrektywę PIF są przejawem ewolucji rozwiązań w obszarze karnoprawnej ochrony interesów finansowych Unii Europejskiej. Przedmiotem analizy są rozwiązania o charakterze

dziedziny, oszukiwanych działań w rozumieniu Konwencji PIF z 1995 r. oraz do stosowania prawa karnego i postępowań karnych Państw Członkowskich. Zob. m.in. A. Klip, *European Criminal Law. An integrative Approach*, Cambridge-Antwerp-Chicago 2021, s. 285; A. Klip, *Geïntegreerde bescherming van de financiële belangen van de EG: Verschuiving van de staat-staat-benadering naar verticalisering van de procedure?*, [w:] *Transnationale handhaving van de financiële belangen van de Europese Unie. Ontwikkelingen in het Verdrag van Amsterdam en de Corpus Juris*, red. J.A.E. Vervaele, Antwerpen-Groningen 1999, p. 100-101. Natomiast w roku 1996 Komisja wydała Rozporządzenie nr 2185/96 z dnia 11 listopada 1996 r. w sprawie kontroli na miejscu oraz inspekcji przeprowadzanych przez Komisję w celu ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich przed nadużyciami finansowymi i innymi nieprawidłowościami (Dz.U. UE L 292 z 15.11.1996, p. 2-5), dalej: Rozporządzenie nr 2185/96. Jeżeli natomiast chodzi o najpoważniejsze formy oszustw związanych z VAT w szczególności oszustw karuzelowych, związanych z VAT oszustw typu „znikający podmiot gospodarczy”, związanych z VAT oszustw popełnianych w ramach organizacji przestępczej, to 28 listopada 2006 r. przyjęta została Dyrektywa Rady 2006/112/WE w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz.U. UE L 347 z 11.12.2006, s. 1), dalej: Dyrektywa 2006/112/WE.

⁷ Dz.U. UE C 313 z 23.10.1996, s. 1, dalej: Protokół nr 1 do Konwencji PIF z 1995 r.

⁸ Dz.U. UE C 151 z 20.5.1997, s. 1.

⁹ Dz.U. UE C 221 z 19.7.1997, s. 11, dalej: Protokół nr 2 do Konwencji PIF z 1995 r.

materialnoprawnym. Omówienie zagadnień nastąpiło przy wykorzystaniu metody dogmatycznoprawnej.

Przyjęcie Dyrektywy PIF było uzasadnione różnymi względami natury praktycznej. Za taką potrzebą przemawiało w szczególności nieosiągnięcie w pełni realizacji celów, jakie legły u podstaw powstania Konwencji PIF z 1995 r. (niepełne jej wdrożenie w Państwach Członkowskich, niezgodności i braki w obowiązujących przepisach materialnego i procesowego prawa karnego Państw Członkowskich, różnice w odniesieniu do systemu sankcji karnych czy w zakresie przepisów określających odpowiedzialność podmiotów zbiorowych)¹⁰. Zintensyfikowanie przestępczości przeciwko interesom finansowym UE, a także zmiana *modus operandi* sprawców dopuszczających się oszustw na szkodę interesów finansowych UE skutkowało potrzebą podjęcia działań służących wzmocnieniu ochrony interesów finansowych UE. Dodatkową przyczyną zaproponowania nowego instrumentu prawnego była potrzeba przyjęcia konkretnych środków na rzecz ogólnego strategicznego podejścia Komisji do zwalczania nadużyć finansowych¹¹. Jak wskazano w pkt 1 Preambuły do Dyrektywy PIF: „Ochrona interesów finansowych Unii dotyczy nie tylko zarządzania środkami budżetowymi, ale rozciąga się na wszystkie środki, które negatywnie wpływają lub mogą negatywnie wpłynąć na jej aktywa lub aktywa państw członkowskich, w zakresie, w jakim środki te mają znaczenie dla polityk Unii”.

Dyrektywa PIF ustanawia przepisy minimalne dotyczące definiowania przestępstw i sankcji karnych w zakresie walki z nadużyciami i innymi rodzajami nielegalnej działalności naruszającymi interesy finansowe UE (art. 1). Jeżeli chodzi o definicję „interesów finansowych Unii”, to w art. 2 ust. 1 lit. a Dyrektywy PIF wskazano, że oznaczają one: wszystkie dochody, wydatki i aktywa objęte następującymi budżetami, uzyskane za ich pośrednictwem lub należne na ich rzecz: budżetu Unii oraz budżetów instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii ustano-

¹⁰ W tym zakresie zob. Report from the Commission. Implementation by Member States of the Convention on the Protection of the European Communities' financial interests and its protocols Article 10 of the Convention, COM (2004) 709 final z 25.10.2004 r., COM(2008) 77 final z 14.2.2008 r., COM z 26.5.2011, s. 2-3, 7-8 oraz Wniosek KE z 11.7.2012 r., s. 2-4. B. Hecker, zauważa, że: „Die PIF-Konvention geht auf intensive Bemühungen um einheitliche Strafrechtsregelungen gegen betrügerische Handlungen zum Nachteil der EG in den 1990er Jahren zurück. Das Übereinkommen zielt auf die Schaffung eines einheitlichen Betrugsstrafrechts mit angeblich enen Mindeststrafen ab”, *Europäisches Strafrecht*, Berlin 2010, s. 504. Por. m.in. H. Xanthaki, *Mandate*, [w:] *OLAF at the Crossroads. Action against EU fraud*, red. C. Stefanou, S. White, H. Xanthaki, London 2011, s. 17-26; L. Kuhl, *The Initiative...*, s. 63; D.B. Sánchez, *The Directive on the Fight against Fraud to the Union's Financial Interests and its Transposition into the Spanish Law*, „Perspectives on Federalism” 2019, vol. 11, issue 3, s. 125-126.

¹¹ Wniosek KE z 11.7.2012 r., s. 2-4. A. Juszcak, E. Sason, *The Directive on the Fight against Fraud to the Union's Financial Interests by Means of Criminal Law (PFI Directive). Laying Down the Foundation for a Better Protection of the Union's Financial Interests?*, „EuCrim (The European Criminal Law Associations' Forum)” 2017, nr 2, p. 80-81.

wionych na mocy Traktatów lub budżety bezpośrednio lub pośrednio zarządzane i monitorowane przez te podmioty.

Do podstawowych rozwiązań przewidzianych przez Dyrektywę PIF zaliczyć należy: uznanie za przestępstwa zachowań stanowiących nadużycia naruszające interesy finansowe Unii Europejskiej (art. 3) oraz innych zachowań naruszających interesy finansowe Unii Europejskiej (art. 4); określenie definicji funkcjonariusza publicznego (art. 4 ust. 4); wprowadzenie karalności podlegania, pomocnictwa i usiłowania do przestępstw wymienionych w art. 3 i art. 4 (art. 5); określenie norm minimalnych w zakresie sankcji karnych stosowanych wobec osób fizycznych (art. 7); przewidzenie przesłanek odpowiedzialności osób prawnych oraz norm minimalnych w zakresie sankcji stosowanych wobec osób prawnych (art. 6 i 9); rozwiązania stwarzające możliwość zabezpieczenia i konfiskaty mienia w odniesieniu do sprawców przestępstw, o których mowa w art. 3-5 Dyrektywy PIF (art. 10); określenie okresów przedawnienia (art. 12); wprowadzenie rozwiązań w zakresie dotyczącym jurysdykcji (art. 11). Ponadto Dyrektywa PIF odnosi się do: interakcji z innymi mającymi zastosowanie aktami prawnymi Unii (art. 14); współpracy między Państwami Członkowskimi UE a Komisją (OLAF) i innymi instytucjami, organami lub jednostkami organizacyjnymi Unii (art. 15); zastąpienia Konwencji PIF z 1995 r. wraz z protokołami przez Dyrektywę PIF (art. 16); transpozycji przez Państwa Członkowskie UE (art. 17), jak również określa obowiązki sprawozdawcze Państw Członkowskich UE oraz Komisji Europejskiej (art. 18).

Znaczenie tego aktu prawnego jest niezwykle doniosłe dla ochrony interesów finansowych UE, zwłaszcza jeżeli zwróci się uwagę na skalę zjawiska nadużyć na szkodę interesów finansowych Unii Europejskiej¹². Przyjęcie Dyrektywy PIF wpisuje się w ogólną strategię Komisji w zakresie zwalczania przestępczości skierowanej przeciwko interesom finansowym UE¹³. Wskazuje się, że w porównaniu z wcześniejszymi okresami strategia ta przybiera postać bardziej przejrzystą. Zaważalne jest dążenie do kompleksowego uregulowania narzędzi stwarzających możliwość zwalczania przestępczości skierowanej przeciwko interesom finansowym

¹² Zob. m.in. *The OLAF report 2020 Twenty-first report of the European Anti-Fraud Office*, Luxembourg 2021.

¹³ Na temat strategii zwalczania przestępczości przeciwko interesom finansowym UE przed wejściem w życie Traktatu Lizbońskiego zob. m.in. S. White, *Protection of the Financial Interests of the European Communities. The Fight against Fraud and Corruption*, Hague-London-Boston 1998; I.E. Fromm, *Ius puniendi: The Right of the Institutions of the EC to Protect the Financial Interests of the EC from Fraud (Art. 280 paragraph 4 EC Treaty)?*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 2008, no 16, p. 25-142; T. Seibert, *The European Fight against Fraud – The Community's Competence to Enact Criminal Laws and Its Power to Approximate National Criminal Law by Directives*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 2008, no 16, p. 89-124; S. White, *EU anti-fraud enforcement: enforcement overcoming obstacles*, „Journal of Financial Crime” 2010, vol. 17, no. 1, 2010, p. 81-99.

UE. Nie bez znaczenia pozostaje również to, że Dyrektywa PIF ma znaczenie dla realizacji zadań przez Prokuraturę Europejską (EPPO)¹⁴ oraz Urząd do spraw zwalczania nadużyć (OLAF)¹⁵.

Dokonując porównania rozwiązań przewidzianych przez Dyrektywę PIF oraz poprzednio obowiązującą Konwencję PIF z 1995 r. (wraz ze sporządzonymi do niej Protokołami), wskazania wymaga, że Dyrektywa PIF nie stanowi powtórzenia poprzednio obowiązującej regulacji. Choć Dyrektywa PIF przewiduje wiele zbliżonych rozwiązań normatywnych do poprzednio obowiązujących, to nie można tracić z pola widzenia, że dyrektywa ta wprowadza liczne nowe rozwiązania służące ochronie interesów finansowych Unii Europejskiej. W szczególności należy wskazać na: odmienne ujęcie definicji przestępstw naruszających interesy finansowe UE; wprowadzenie przestępstwa sprzeniewierzenia; rozszerzenie definicji funkcjonariusza publicznego dla celu zwalczania przestępstwa korupcji oraz sprzeniewierzenia; zobowiązanie Państw Członkowskich UE do wprowadzenia karalności usiłowania przestępstw z art. 3 i 4 te same Dyrektywy, rozwiązań określających okresy przedawnienia (art. 12 Dyrektywy PIF).

Dyrektywa PIF ujednolica rozwiązania przewidziane przez Konwencję PIF z 1995 r. i protokoły do niej. Takie rozwiązanie ma jeszcze ten walor, że stanowić będzie istotny punkt odniesienia dla podejmowania dalszych inicjatyw na tej płaszczyźnie.

Mimo zbieżności części rozwiązań przewidzianych przez Dyrektywę PIF z rozwiązaniami przewidzianymi przez Konwencję PIF z 1995 r., Dyrektywa PIF w założeniu doprowadzić ma do osiągnięcia wyższego poziomu harmonizacji rozwiązań w zakresie ochrony interesów finansowych Unii Europejskiej w porządkach prawnych Państw Członkowskich UE niż Konwencja PIF z 1995 r. wraz z Protokołami do niej. Przy tej okazji warto poczynić istotne spostrzeżenie, zgodnie z którym samo upodobnienie regulacji prawnych nie oznacza, że praktyka ścigania i karania będzie we wszystkich Państwach Członkowskich UE taka sama. Harmonizacja wymaga europeizacji praktyki¹⁶.

¹⁴ Rozporządzenie Rady (UE) 2017/1939 z dnia 12 października 2017 r. wdrażające wzmocnioną współpracę w zakresie ustanowienia Prokuratury Europejskiej, Dz.U. UE L 283 z 31.10.2017, p. 1-71. Zob. K. Ligeti, *Approximation of substantive criminal law and the establishment of the European Public Prosecutor's Office*, [w:] *Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward*, red. F. Galli, A. Weyembergh, Bruxelles 2013, p. 73-75, 78-80 i 82; A. Weyembergh, Ch. Bariera, *The future cooperation between OLAF and the European Public Prosecutor's Office*, „New Journal of European Criminal Law” 2018, vol. 9, no 1, p. 67-68.

¹⁵ A. Juszcak, E. Sason, *op. cit.*, p. 80. Zob. także art. 15 Dyrektywy PIF.

¹⁶ Szerzej zob. H. Satzger, *Die Europäisierung des Strafrechts. Eine Untersuchung zum Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München 2001, s. 291-473 cyt. za A.J. Szwarc, *Europeizacja Prawa Karnego*, [w:] *Nauka wobec współczesnych zagadnień prawa karnego w Polsce. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Aleksandrowi Tobisowi*, red. B. Janiszewski, Poznań 2004.

Analiza podstawowych rozwiązań przewidzianych przez Dyrektywę PIF

1. Przestępstwa dotyczące nadużyć naruszających interesy finansowe Unii Europejskiej

Dyrektywa PIF rozróżnia nadużycia naruszające interesy finansowe Unii (art. 3) od innych przestępstw naruszających interesy finansowe Unii Europejskiej (art. 4). W art. 3 Dyrektywy PIF zastrzeżono, że chodzi wyłącznie o umyślnie popełnione nadużycia naruszające interesy finansowe Unii Europejskiej. Jednocześnie Dyrektywa PIF nie wyjaśnia, w jaki sposób dla potrzeb niniejszej Dyrektywy należy rozumieć umyślnie popełnione przestępstwo.

Dyrektywa PIF, wzorem za Konwencją PIF z 1995 r., rozróżnia przestępstwa dotyczące nadużyć naruszających interesy finansowe UE w zakresie wydatków (art. 3 ust. 2 lit. a i b) oraz w zakresie dochodów (art. 3 ust. 2 lit. c i d).

W odniesieniu do przestępstw naruszających interesy finansowe UE w zakresie wydatków Dyrektywa PIF rozróżnia: „nadużycia naruszające interesy finansowe UE w odniesieniu do wydatków niezwiązanych z zamówieniami publicznymi” (art. 3 ust. 2 lit. a) oraz „nadużycia naruszające interesy finansowe UE w odniesieniu do wydatków związanych z zamówieniami publicznymi” (art. 3 ust. 2 lit. b). Zgodnie z art. 3 ust. 2 lit. a Dyrektywy PIF za „nadużycie naruszające interesy finansowe UE w odniesieniu do wydatków niezwiązanych z zamówieniami publicznymi” uważa się działanie lub zaniechanie odnoszące się do:

- a) wykorzystywania lub przedstawiania nieprawdziwych, niepoprawnych lub niepełnych oświadczeń lub dokumentów, skutkującego sprzeniewierzeniem lub bezprawnym zatrzymaniem środków finansowych lub aktywów z budżetu Unii lub z budżetów, którymi Unia zarządza lub którymi zarządza się w jej imieniu;
- b) nieujawnienia informacji z naruszeniem szczególnego obowiązku, z tym samym skutkiem;
- c) niewłaściwego wykorzystania takich środków finansowych lub aktywów do celów innych niż te, na które pierwotnie zostały przyznane.

W przypadku „nadużyć naruszających interesy finansowe Unii w odniesieniu do wydatków związanych z zamówieniami publicznymi”, zgodnie art. 3 ust. 2 lit. b Dyrektywy PIF, chodzi o działanie lub zaniechanie odnoszące się do:

- a) wykorzystywania lub przedstawiania nieprawdziwych, niepoprawnych lub niepełnych oświadczeń lub dokumentów, skutkującego sprzeniewierzeniem lub bezprawnym zatrzymaniem środków finansowych lub aktywów z budżetu Unii lub z budżetów, którymi Unia zarządza lub którymi zarządza się w jej imieniu;
- b) nieujawnienia informacji z naruszeniem szczególnego obowiązku, z tym samym skutkiem;

- c) niewłaściwego wykorzystania takich środków finansowych lub aktywów do celów innych niż te, na które pierwotnie zostały przyznane, ze szkodą dla interesów finansowych Unii.

Z perspektywy drugiej z wyróżnionych grup przestępstw konieczne jest ustalenie znaczenia zwrotu „wydatki związane z zamówieniami publicznymi”, o którym mowa w art. 3 ust. 2 lit. b. Dyrektywy PIF, ponieważ sam dokument tego zwrotu tego nie wyjaśnia. Z tego względu konieczne jest odniesienie się do art. 101 ust. 1 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) nr 966/2012 z 25 października 2012 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002. Z przepisu tego wynika, że: „zamówienia publiczne są umowami o charakterze odpłatnym zawieranymi na piśmie między co najmniej jednym podmiotem gospodarczym a co najmniej jedną instytucją zamawiającą w rozumieniu art. 117 i 190, w celu uzyskania, w zamian za zapłatę ceny wypłacanej w całości lub w części z budżetu, dostaw ruchomości lub nieruchomości, wykonania robót budowlanych lub świadczenia usług. Takie zamówienia obejmują: a) zamówienia dotyczące nieruchomości, b) zamówienia na dostawy, c) zamówienia na roboty budowlane, d) zamówienia na usługi”.

Dwie kolejne grupy przestępstw określonych przez Dyrektywę PIF to przestępstwa w odniesieniu do dochodów innych niż dochody pochodzące z zasobów własnych z tytułu VAT oraz przestępstwa w odniesieniu do dochodów pochodzących z zasobów własnych z tytułu VAT. Wymaga podkreślenia, że wprowadzając tekst pierwotny projektu Dyrektywy PIF nie przewidywał tych dwóch kategorii przestępstw w taki sposób, w jaki czyni to Dyrektywa PIF w wersji obowiązującej¹⁷, to jednak należy mieć na uwadze, że zdaniem Komisji oszustwa związane z VAT mieściły się w kategorii oszustwa wskazanego w art. 3 projektu Dyrektywy PIF. Sprzeciw wobec takiego rozumienia oszustwa w trakcie prac nad tekstem Dyrektywy PIF wyraziła Rada¹⁸. Doprowadziło to w konsekwencji do wstrzymania prac nad Dyrektywą PIF. Zwrot w pracach przyniosło orzeczenie ETS z 8 września 2015 r. w sprawie Taricco i inni¹⁹, wydane na tle przepisów Konwencji PIF, którego treść doprowadziła do podjęcia dalszych prac nad rzezoną Dyrektywą. W orzeczeniu tym ETS podkreślił, że „Pojęcie «nadużycie» zostało określone w art. 1 Konwencji PIF jako polegające na jakimkolwiek umyślnym działaniu lub zaniechaniu dotyczącym [...] wykorzystania lub przedstawienia fałszywych, nieścisłych lub niekompletnych oświadczeń lub dokumentów, które ma na celu bezprawne zmniejszenie środków budżetu ogólnego [Unii] lub budżetów zarządzanych przez

¹⁷ Zob. art. 3 Wniosku KE z 11.7.2012 r.

¹⁸ General Approach on the PIF Directive of 10 June 2013 (Council document: 10729/13).

¹⁹ Taricco i inni, C-105/14, Dz.U. UE C 194 z 24.6.2014.

[Unię] lub w [jej] imieniu. Pojęcie to obejmuje w związku z tym wpływy pochodzące z zastosowania jednolitej stawki podatku do zharmonizowanej podstawy opodatkowania podatkiem VAT ustalonej według zasad Unii. Wniosku tego nie podważa okoliczność, że podatek VAT nie był pobierany bezpośrednio na rachunek Unii, ponieważ Konwencja PIF nie przewiduje wyraźnie takiego warunku, który byłby sprzeczny z celem tej konwencji, jakim jest zwalczanie w jak najszerszym zakresie oszustw zagrażających interesom finansowym Unii²⁰.

Jeżeli chodzi o przestępstwa w odniesieniu do dochodów innych niż dochody pochodzące z zasobów własnych z tytułu VAT, to zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt c, ta grupa przestępstw obejmuje działania lub zaniechania odnoszące się do:

- a) wykorzystywania lub przedstawiania nieprawdziwych, niepoprawnych lub niepełnych oświadczeń lub dokumentów, skutkujące bezprawnym uszczupleniem zasobów budżetu Unii lub budżetów, którymi Unia zarządza lub którymi zarządza się w jej imieniu;
- b) nieujawnienia informacji z naruszeniem szczególnego obowiązku, z tym samym skutkiem powyżej wskazanym;
- c) niewłaściwego wykorzystania korzyści uzyskanych zgodnie z prawem, z tym samym skutkiem (co wskazano w pkt a).

Natomiast w odniesieniu do dochodów pochodzących z zasobów własnych z tytułu VAT Dyrektywa PIF wskazuje w art. 3 ust. 2 lit. d, że chodzi tu o działanie lub zaniechanie w ramach transgranicznego oszukańczego systemu skutkującego uszczupleniem zasobów budżetu Unii polegające na:

- a) wykorzystywaniu lub przedstawianiu nieprawdziwych, niepoprawnych lub niepełnych oświadczeń lub dokumentów związanych z VAT;
- b) nieujawnienia informacji związanych z VAT, z naruszeniem szczególnego obowiązku;
- c) przedstawienia prawidłowych oświadczeń związanych z VAT do celów oszukańczego ukrycia braku płatności lub bezprawnego tworzenia praw do zwrotu VAT.

²⁰ Szerzej w omawianym zakresie zob. L. Picotti, *La protezione penale degli interessi finanziari dell'unione europea nell'era post-lisbona: la direttiva pif nel contesto di una riforma "di sistema"*, [w:] *Tutela penale degli interessi finanziari dell'unione europea. Stato dell'prospettiv alla luce della creazione della procura Europea*, red. G. Grasso, R. Sicurella, F. Bianco, V. Scalia, Pisa 2018, s. 26; A. Juszcak, E. Sason, *op. cit.*, s. 84; C.F. Maesa, *Directive (EU) 2017/1371 on the Fight Against Fraud to the Union's Financial Interests by Means of Criminal Law: A Missed Goal?*, „European Papers” 2018, vol. 3, no 3, s. 1461 i in.; G. Vitale, *La sentenza Taricco della Corte di giustizia, tra effetti diretti delle norme del Trattato ed autonomia procedurale degli Stati membri*, [w:] *Tutela penale degli interessi finanziari dell'unione europea. Stato dell'prospettiv alla luce della creazione della procura Europea*, red. G. Grasso, R. Sicurella, F. Bianco, V. Scalia, Pisa 2018, p. 145-173.

2. Inne przestępstwa naruszające interesy finansowe Unii Europejskiej

Prawodawca Unijny uznał za zasadne rozróżnienie karalności dwóch odrębnych grup przestępstw: przestępstwa stanowiące nadużycia na szkodę interesów finansowych Unii Europejskiej od innych przestępstw naruszających interesy finansowe Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 4 Dyrektywy PIF katalog innych przestępstw naruszających interesy finansowe Unii Europejskiej obejmuje: pranie pieniędzy (art. 4 ust. 1), korupcję czynną i korupcję bierną (art. 4 ust. 2) oraz przestępstwo sprzeniewierzenia (art. 4 ust. 3)²¹. W relacji do Konwencji PIF z 1995 oraz Protokołu nr 1 do Dyrektywy PIF z 1995 r. oraz Protokołu nr 2 do Konwencji PIF z 1995 r., Dyrektywa PIF rozszerza katalog innych przestępstw naruszających interesy finansowe Unii o przestępstwo sprzeniewierzenia²².

W odniesieniu do przestępstwa prania pieniędzy zgodnie z art. 4 ust. 1, Dyrektywa PIF przewiduje odesłanie do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu²³. Dyrektywa PIF zastrzega jednak, aby Państwa Członkowskie UE podjęły niezbędne środki w celu zapewnienia, by pranie pieniędzy opisane w art. 1 ust. 3 wyżej wskazanej dyrektywy związane z mieniem pochodzącym z przestępstw objętych zakresem stosowania Dyrektywy PIF stanowiło przestępstwo.

W odniesieniu do korupcji, Dyrektywa PIF utrzymuje zasadność karalności tego zachowania jako przestępstwa. W pkt 8 Preambuły do Dyrektywy PIF wskazano, że: „Szczególnie poważne zagrożenie dla interesów finansowych Unii stanowi korupcja, która w wielu przypadkach może być powiązana również z zachowaniem mającym charakter nadużycia. Jako że urzędnicy publiczni mają obowiązek dokonywania oceny lub korzystania ze swobody uznania w sposób bezstronny, wręczanie łapówek w celu wpłynięcia na ocenę lub swobodę uznania urzędnika publicznego oraz przyjmowanie takich łapówek powinno być ujęte w definicji korupcji, niezależnie od prawa lub uregulowań mających zastosowanie w państwie danego urzędnika publicznego lub do danej organizacji międzynarodowej”. W zakresie korupcji, zgodnie z art. 4 ust. 2, Dyrektywa PIF odróżnia korupcję bierną od korupcji czynnej.

²¹ Przypomnienia wymaga, że Konwencja PIF z 1995 r. nie przewidywała obowiązku wprowadzenia karalności korupcji i prania pieniędzy. Dość szybko ustalono, że inne przestępstwa, takie jak korupcja czy pranie pieniędzy, mają związek z oszustwami na szkodę interesów finansowych Wspólnot Europejskich. Protokołem nr 1 do Konwencji PIF z 1995 r. zobowiązano Państwa Członkowskie do wprowadzenia niezbędnych środków w celu zapewnienia karalności korupcji w zakresie wskazanym w niniejszym protokole. W odniesieniu do karalności prania pieniędzy przyjęto Protokół nr 2 do Konwencji PIF.

²² W omawianym zakresie zob. także A. Juszcak, E. Sason, *op. cit.*, s. 84.

²³ Dz.U. UE L 141 z 5.6.2015, s. 73.

Jeżeli chodzi o definicje korupcji biernej i korupcji czynnej, to w porównaniu do art. 2 i 3 Protokołu nr 1 do Konwencji PIF z 1995 r., Dyrektywa PIF nie wprowadza znaczących zmian. W rozumieniu art. 4 ust. 2 lit. a Dyrektywy PIF korupcja bierna oznacza „działanie urzędnika publicznego, który bezpośrednio lub przez pośrednika żąda lub uzyskuje korzyść jakiegokolwiek rodzaju dla siebie lub dla osoby trzeciej lub przyjmuje obietnicę takiej korzyści w zamian za podjęcie działań lub wstrzymanie się od działań – leżących w zakresie jego obowiązków lub przy wykonywaniu jego funkcji – w sposób, który szkodzi lub może zaszkodzić interesom finansowym Unii”. Natomiast korupcja czynna zgodnie z art. 4 ust. 2 lit. b Dyrektywy PIF oznacza „działanie osoby, która obiecuje, proponuje lub wręcza urzędnikowi publicznemu, bezpośrednio lub przez pośrednika, korzyść jakiegokolwiek rodzaju przeznaczoną dla niego lub dla osoby trzeciej w zamian za podjęcie działań lub wstrzymanie się od działań – leżących w zakresie jego obowiązków lub przy wykonywaniu jego funkcji – w sposób, który szkodzi lub może zaszkodzić interesom finansowym Unii”.

Jeżeli chodzi o „sprzeniewierzenie” to w pkt 9 preambuły do Dyrektywy PIF wskazano, że „interesom finansowym Unii mogą szkodzić określone rodzaje zachowania urzędnika publicznego, któremu powierzono zarządzanie środkami finansowymi lub aktywami – niezależnie od tego, czy działa on w charakterze osoby zarządzającej, czy też w charakterze osoby sprawującej funkcję nadzorczą – które to rodzaje zachowania zmierzają do sprzeniewierzenia środków finansowych lub aktywów, na skutek czego interesom finansowym Unii zostaje wyrządzona szkoda. Niezbędne jest zatem wprowadzenie precyzyjnej definicji przestępstw polegających na takim działaniu”. *Ratio legis* wprowadzenia takiego rozwiązania nie budzi wątpliwości. Dyrektywa PIF w art. 3 ust. 4 wyjaśnia, że sprzeniewierzenie oznacza „działanie urzędnika publicznego, któremu bezpośrednio lub pośrednio powierzono zarządzanie środkami finansowymi lub aktywami, polegające na zaciągnięciu zobowiązań na środki finansowe lub wypłaty tych środków lub na przywłaszczeniu lub wykorzystaniu aktywów, w sposób sprzeczny z celem, który był dla nich przewidziany w jakikolwiek sposób, ze szkodą dla interesów finansowych Unii. Dyrektywa PIF ogranicza karalność tego zachowania do przypadków popełnienia go umyślnie”.

3. Definicja urzędnika publicznego

Dla celów Dyrektywy PIF za zasadne uznano także podanie definicji „urzędnika publicznego” (art. 4 ust. 4)²⁴. W rozumieniu Dyrektywy PIF przez urzędnika

²⁴ Definicja „urzędnika publicznego” została wyjaśniona dopiero w art. 4 Dyrektywy PIF, podczas gdy w art. 2 („Definicje i zakres stosowania”) tej dyrektywy prawodawca unijny przewidział definicje „interesów finansowych Unii Europejskiej” oraz „osoby prawnej”.

publicznego należy rozumieć „urzędnika unijnego lub urzędnika krajowego, w tym krajowego urzędnika innego państwa członkowskiego i krajowego urzędnika państwa trzeciego”. Z kolei definicję „urzędnika krajowego” podaje art. 4 ust. 4 lit. a pkt i, a definicję „urzędnika krajowego” art. 4 ust. 4 lit. a pkt ii Dyrektywy PIF.

Na tle poprzedniej regulacji prawnej Dyrektywa PIF definiuje odmiennie „urzędnika publicznego”²⁵ i „funkcjonariusza” w rozumieniu art. 1 pkt 1 Protokołu nr 1 do Konwencji PIF z 1995 r. W pkt 10 preambuły do Dyrektywy PIF wskazano, że „aby właściwie chronić środki finansowe Unii przed korupcją i sprzeniewierzeniem, definicja urzędnika publicznego powinna objąć osoby, które nie zajmują oficjalnego stanowiska, ale mimo to powierza im się i sprawują one, w podobny sposób, funkcję publiczną w odniesieniu do środków finansowych Unii, na przykład wykonawców uczestniczących w zarządzaniu takimi środkami finansowymi”. Między pkt 10 Preambuły do Dyrektywy PIF a art. 4 ust. 4 Dyrektywy PIF zachodzi korelacja. Dyrektywa PIF definiuje „funkcjonariusza publicznego” w sposób szeroki. W myśl Dyrektywy PIF funkcjonariuszem publicznym jest każda osoba pełniąca funkcję publiczną²⁶. Rozszerzenie definicji „urzędnika publicznego” o wyżej wskazany krąg osób ocenić należy pozytywnie.

4. Karalność podżegania, pomocnictwa i usiłowania do przestępstw z art. 3-4 Dyrektywy PIF

Przepisem art. 5 Dyrektywa PIF nakłada na Państwa Członkowskie UE obowiązek zapewnienia, aby podżeganie i pomocnictwo (art. 5 ust. 1) oraz usiłowanie (art. 5 ust. 2) do przestępstw określonych w art. 3-4 cytowanej Dyrektywy było karalne jako przestępstwo²⁷. W preambule do Dyrektywy PIF nie ustosunkowano się do *ratio legis* tego rozwiązania. Harmonizacja prawa karnego na tej płaszczyźnie jest oczywista. Wynika z istoty zachowań, jakim jest podżeganie, pomocnictwo i usiłowanie. Jest przejawem wzmocnienia karnoprawnej ochrony interesów finansowych Unii Europejskiej. Zasadne jest dążenie nie tylko do harmonizacji w odniesieniu do definiowania przestępstw, ale również w zakresie zasad odpowiedzialności karnej i sankcji karnej. W tym znaczeniu omawiana regulacja stanowi uzupełnienie rozwiązań z art. 3-4 Dyrektywy PIF. Następuje to na dwóch płaszczyznach. Po

²⁵ Konwencja PIF nie przewidywała definicji „urzędnika publicznego” czy „funkcjonariusza publicznego”. Dopiero w Protokole nr 1 do Dyrektywy PIF zamieszczono definicję „funkcjonariusza” (art. 1 pkt 1).

²⁶ A. Juszcak, E. Sason, *op. cit.*, s. 84.

²⁷ Obowiązek zapewnienia przez Państwa Członkowskie UE, aby podżeganie, pomocnictwo i usiłowanie było karalne, przewidują także inne Dyrektywy UE. Z tego względu wskazania wymaga, że rozwiązanie wynikające z art. 5 Dyrektywy PIF wpisuje się w ogólny kierunek harmonizacji prawa karnego w zakresie zwalczania różnych przejawów przestępczości.

pierwsze, na płaszczyźnie form uczestnictwa w popełnieniu czynu zabronionego za nie wystarczające uznano zapewnienie, aby sprawstwo do przestępstw określonych w art. 3-4 Dyrektywy PIF było karalne. Poddając ocenie to rozwiązanie, nie sposób jednak nie zauważyć, że art. 5 Dyrektywy PIF, jak również pozostałe przepisy nie nakładają na Państwa Członkowskie UE obowiązku zapewnienia, aby współsprawstwo, sprawstwo kierownicze, sprawstwo polecające czy sprawstwo organizacyjne było karalne jako przestępstwo. Ten stan rzeczy ocenić należy negatywnie. Podżeganie i pomocnictwo nie są jedynymi formami sprawczego współuczestnictwa w popełnieniu czynu zabronionego.

Po drugie, w odniesieniu do form stadialnych uznano za niewystarczające zapewnienie, aby tylko dokonanie było karalne. Wskazania wymaga jednak, że zgodnie z art. 5 ust. 2 Dyrektywy PIF obowiązek zapewnienia, aby usiłowanie było karalne jako przestępstwo dotyczy tylko przestępstw z art. 3 i 4 ust. 3. Dyrektywa PIF nie nakłada jednak na Państwa Członkowskie UE obowiązku zapewnienia, aby przygotowanie do przestępstw określonych w art. 3 i 4 Dyrektywy PIF było karalne. Odpowiada to ogólnemu założeniu polityczno-kryminalnemu w porządkach prawnych poszczególnych Państw Członkowskich UE, zgodnie z którym karalność przygotowania powinna być wyjątkiem, a nie zasadą. Co prawda, zgodnie z art. 1 Dyrektywa PIF ustanawia przepisy minimalne dotyczące definiowania przestępstw i sankcji karnych w zakresie walki z nadużyciami i innymi rodzajami nielegalnej działalności naruszającymi interesy finansowe Unii Europejskiej, to jednak trudno jest ocenić, czy i w jakim zakresie poszczególne Państwa Członkowskie UE wprowadzą rozwiązania wykraczające poza te normy minimalne w zakresie dotyczącym wprowadzenia karalności współsprawstwa, sprawstwa kierowniczego i sprawstwa polecającego²⁸.

Odnosząc się do poddanych ocenie rozwiązań, nie sposób nie zauważyć także, że Dyrektywa PIF nie definiuje, co należy rozumieć przez podżeganie, pomocnictwo oraz usiłowanie. Brak wskazania definicji podżegania, pomocnictwa i usiłowania ocenić należy w kategoriach celowych. Nie jest bowiem celem Dyrektywy PIF harmonizacja podstawowych instytucji prawa karnego²⁹. Przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 1 Dyrektywa PIF ustanawia przepisy minimalne dotyczące definiowania przestępstw i sankcji karnych w zakresie walki z nadużyciami i innymi

²⁸ W pkt 16 Preambuły do Dyrektywy PIF wskazano, że: „jako niniejsza dyrektywa przewiduje przepisy minimalne, Państwa Członkowskie mogą w odniesieniu do przestępstw naruszających interesy finansowe Unii przyjąć lub zachować bardziej restrykcyjne przepisy”. Zob. Wniosek KE z 11.7.2012 r., s. 8-9.

²⁹ Nie można jednak nie zauważyć, że brak harmonizacji w omawianym zakresie będzie różnicować porządku prawne Państw Członkowskich UE. Przykładowo można wskazać na różnicowanie modelu odpowiedzialności karnej za podżeganie jako bezskutkowego czy skutkowego typu czynu zabronionego.

rodzajami nielegalnej działalności naruszającymi interesy finansowe Unii Europejskiej, z myślą o wzmocnieniu ochrony przed przestępstwami naruszającymi te interesy finansowe, zgodnie z dorobkiem prawnym Unii w tej dziedzinie. Pojawia się także pytanie, czy poszczególne Państwa Członkowskie UE byłyby zainteresowane rezygnacją z wypracowanych przez wiele lat konstrukcji normatywnych prawa karnego³⁰.

Z brzmienia art. 5 Dyrektywy PIF wynika także, że Państwa Członkowskie UE mają obowiązek zapewnić, aby podżeganie, pomocnictwo i usiłowanie podlegało karze jako przestępstwo. Niedookreślono przy tym, o jaką kategorię przestępstwa pod względem ciężaru gatunkowego chodzi. Przypomnienia wymaga, że podział przestępstw pod względem ciężaru gatunkowego kształtuje się w różnicowany sposób w kodeksach karnych poszczególnych Państw Członkowskich UE. Dyrektywa PIF nie określa także rodzaju kary i granic kary, jaka powinna zostać przewidziana przez Państwa Członkowskie UE za podżeganie, pomocnictwo i usiłowanie. Posłużono się tu jedynie ogólną formułą, zgodnie z którą przestępstwa, o których mowa w art. 5 Dyrektywy PIF, podlegać mają skutecznym, proporcjonalnym i odstraszającym sankcjom karnym (art. 7 ust. 1 Dyrektywy PIF). W rzeczywistości granice karalności podżegania, pomocnictwa i usiłowania w poszczególnych Państwach Członkowskich UE będą znacząco się różniły.

5. Sankcje karne stosowane wobec osób fizycznych

W celu zapewnienia odpowiedniej ochrony interesów finansowych Unii Europejskiej, Dyrektywa PIF zawiera odrębne przepisy, określające, jakie rodzaje sankcji powinny zostać przewidziane przez Państwa Członkowskie UE wobec osób dopuszczających się przestępstw określonych w art. 3-4. Jeżeli chodzi o sankcje stosowane wobec osób fizycznych, to Dyrektywa PIF wskazuje na dwa rodzaje: karne³¹ oraz o charakterze pozakarnym (zob. m.in. art. 7 ust. 4 Dyrektywy PIF)³². W dalszej części opracowania omówione zostaną sankcje karne stosowane wobec osób fizycznych. W odniesieniu do sankcji karnych Dyrektywa PIF przewiduje rozwiązania o charakterze ogólnym i szczegółowym. Nie zobowiązuje ona Pań-

³⁰ Zbliżone stanowisko prezentuje D.B. Sánchez, zauważając, że: „In any case, it must be assumed that it is very complex to establish harmonised rules in this respect since the concepts of ‘participation forms’ and ‘inchoate crimes’ have a long tradition in the criminal law systems of the Member States, which in some cases comes from the nineteenth century. Therefore, it will not be easy to unify criteria. Member States would probably show great reluctance to alter these traditional notions”, *idem*, *The Directive...*, s. 135. Zob. także L. Picotti, *La protezione...*, s. 30.

³¹ Na temat koncepcji rozumienia sankcji karnych w prawie europejskim zob. m.in. J. Öberg, *The definition of criminal sanctions in the EU*, „European Criminal Law Review” 2013, nr 3, s. 275-279.

³² Możliwość stosowania sankcji alternatywnych wobec sankcji karnych w określonych warunkach przewidywała Konwencja PIF z 1995 r. w art. 2 ust. 2.

stwa Członkowskiego UE jedynie do przewidzenia wobec osób fizycznych sankcji karnych, ale przewiduje także rozwiązania, które to uszczegóławiają.

Na wstępie należy wskazać, że w pkt 15 Preambuły do Dyrektywy PIF podniesiono, iż: „w celu zapewnienia odpowiedniej ochrony interesów finansowych Unii w całej Unii za pomocą środków, które powinny działać odstraszająco, państwa członkowskie powinny przewidzieć określone rodzaje i poziomy sankcji za popełnienie przestępstw zdefiniowanych w niniejszej dyrektywie. Poziomy sankcji nie powinny wykraczać ponad to, co jest proporcjonalne w odniesieniu do przestępstw”³³.

Jeżeli chodzi o warunek ogólny, to zgodnie z art. 7 ust. 1 Dyrektywy PIF Państwa Członkowskie UE zobowiązane są do zapewnienia, by przestępstwa, o których mowa w art. 3, 4 i 5, podlegały skutecznym, proporcjonalnym i odstraszającym sankcjom karnym³⁴. Dyrektywa PIF nie podaje jednak, co należy rozumieć przez sankcje skuteczne, proporcjonalne i odstraszające. Użyta w art. 7 ust. 1 Dyrektywy PIF formuła jest powtórzeniem art. 2 ust. 1 Konwencji PIF z 1995 r., art. 5 ust. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji PIF z 1995 r. oraz art. 4 ust. 1 Protokołu nr 2 do Konwencji PIF z 1995 r. Wskazania wymaga, że formuła ta jest standardowo wykorzystywana w innych Dyrektywach UE z obszaru harmonizacji regulacji kształtujących prawo karne dla określenia sankcji karnych stosowanych wobec osób fizycznych oraz osób prawnych. Z tego względu rozwiązania tego nie można ocenić jako nowatorskiego. Dyrektywa PIF wskazuje na dwa rodzaje sankcji karnych stosowanych wobec osób fizycznych: kary oraz konfiskata (narzędzi użytych do popełnienia przestępstwa oraz korzyści pochodzących z popełnionego przestępstwa). Ta ostatnia dolegliwość w zależności od ustawodawstwa karnego danego Państwa Członkowskiego UE jest karą albo środkiem karnym.

³³ Trafnie zauważa C.F. Maesa, że: „The definition of a harmonised set of sanctions is essential to ensure an effective and equivalent protection of the Union's financial interests in the MSs and in all the Union's bodies. In the absence of uniform level of penalties, the risk of non-homogeneous protection of the Union's financial interests throughout the EU and the consequent risk of forum shopping is high. The perpetrators of offences against the financial interests of the Union could in fact decide to commit the offence in a State where the sanctions regime is more lenient”, *eadem*, *Directive (EU) 2017/1371*, p. 1463.

³⁴ Użyta w art. 7 ust. 1 Dyrektywy PIF formuła nawiązuje do wyroku Trybunał Sprawiedliwości w tzw. sprawie kukurydzianej grecko-jugosłowiańskiej – wyrok z 21.09.1989 r. w sprawie C-68-88, Komisja p. Grecji, ECR 1989, 02965, w którym wskazano, że: „For that purpose, whilst the choice of penalties remains within their discretion, they must ensure in particular that infringements of Community law are penalized under conditions, both procedural and substantive, which are analogous to those applicable to infringements of national law of a similar nature and importance and which, in any event, make the penalty effective, proportionate and dissuasive. Moreover, the national authorities must proceed, with respect to infringements of Community law, with the same diligence as that which they bring to bear in implementing corresponding national laws”. Zob. także B. Srebro, *Ochrona interesów finansowych Unii Europejskiej*, Zakamycze 2004, s. 45, 126-128; M. Szwarc-Kuczer, *Harmonizacja znamion przestępstw i kar w Traktacie z Lizbony*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 5, s. 13.

Jeżeli chodzi o rozwiązania szczegółowe, to na wstępie należy wskazać, że konieczne było wprowadzenie dodatkowych rozwiązań. Jak oceniono w literaturze przedmiotu, użyta w Konwencji PIF z 1995 r. ogólna formuła w odniesieniu do sankcji karnych okazała się niewystarczająca i doprowadziła w rzeczywistości do daleko idących niespójności w systemach karnych Państw Członkowskich UE³⁵. Zgodnie z art. 7 ust. 2 Dyrektywy PIF Państwa Członkowskie UE zobowiązane są do podjęcia niezbędnych środków w celu zapewnienia, by przestępstwa, o których mowa w art. 3 i 4, były zagrożone karą, której maksymalny wymiar przewiduje pozbawienie wolności³⁶. W porządkach prawnych Państw Członkowskich UE pozbawienie wolności jest karą. Odnosząc się do omawianego rozwiązania, zasadne jest zwrócenie uwagi na dwie kwestie. Po pierwsze, górna granica inaczej niż w przypadku sankcji karnych określonych w art. 7 ust. 3 i Dyrektywy PIF nie została wskazana. Po drugie, dolna granica nie została w żaden bliższy sposób dookreślona³⁷. Nie oznacza to jednak, że Państwa Członkowskie UE mogą ją określić w sposób w pełni dowolny. Przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 7 ust. 1 Dyrektywy PIF Państwa Członkowskie UE zobowiązane są do zapewnienia, że

³⁵ Jak zauważa D.B. Sánchez: „The PIF Convention opened up a way of harmonising criminal sanctions for offences affecting the financial interests of the EU, by requiring Member States to adopt ‘effective, proportionate and dissuasive criminal penalties, including, at least in cases of serious fraud, penalties involving deprivation of liberty which can give rise to extradition’ (Article 5 (1)). This attempt at harmonisation was a flawed one, to the extent that it left to national authorities the task of adopting criteria to grade, in the light of their respective legal systems, the seriousness of criminal offences, resulting in an uneven ranking of penalties across Member States (Carrera Hernández, 2001). This idea may be illustrated well through comparative examination of the treatment of passive corruption in Germany, Italy and Spain. While all three criminal codes punish this offence with a penalty of imprisonment, striking variation is observed. The same offence would be punished with imprisonment between 6 months and 5 years in Germany (*Strafgesetzbuch* Code § 332), between 6 and 10 years in Italy (*Codice Penale*, Article 319), and between 3 and 6 years in Spain (*Código Penal*, Article 419). Thus, the criminal sanction for the perpetrator may vary between 6 months and 10 years for the same offence. To avoid situations like the one described above, the PIF Directive can be seen as a step forward when it comes to the harmonisation of penalties since it provides Member States with more precise requirements.”, *idem*, *The Directive...*, s. 135 i podana tam literatura. Nie można jednak tracić z pola widzenia, jak trafnie zauważył H. Satzger, iż: „Criminal sanctions are the harshest weapons in the arsenal of a state when reacting to misconduct. The existing national regimes of sanctions and the means of their imposition and execution still differ considerably from country to country as they are closely tied to national cultural, social and historical roots. Indeed, the coherence of the national sanctioning systems and the values and ideas on which they are based should not be destroyed by EU harmonisation directives. The fundamental principles of the criminal law sanctioning systems form part of the «national identities» of the Member States, which shall – according to Art. 4 (2) of the Treaty on European Union (TEU) – be respected by the Union”. H. Satzger, *The Harmonisation of Criminal Sanctions in the European Union*, „EuCrim (The European Criminal Law Associations’ Forum)” 2019, no 2, s. 116. Zob. także W. de Bondt, *The missing link between „necessity” and „approximation of criminal sanctions” in the UE*, „European Criminal Law Review” 2014, no 3, s. 147-168 i podana tam literatura.

³⁶ Zob. Wniosek KE z 11.7.2012 r., s. 10-11.

³⁷ Wniosek KE z 11.7.2012 r. wyznaczał w art. 8 ust. 1 projektu Dyrektywy dolną granicę jako 6 miesięcy pozbawienia wolności.

przestępstwa, o których mowa w art. 3, 4, będą podlegać skutecznym, proporcjonalnym i odstrasżającym sankcjom karnym. Dyrektywa PIF ogranicza zatem Państwa Członkowskie UE w dowolności jej określenia. Mając na uwadze katalogi kar przewidzianych w poszczególnych Państwach Członkowskich UE, dolegliwością taką może być kara grzywny, której górna granica została określona w ustawodawstwie danego Państwa Członkowskiego UE na wysokim poziomie³⁸. Zarówno w zakresie określenia dolnej granicy, jak również górnej granicy Państwa Członkowskie UE mogą je określić w sposób odmienny³⁹. W odniesieniu do przestępstw, które „wiążą się z wyrządzeniem znacznej szkody lub uzyskaniem znacznej korzyści majątkowej”, Dyrektywa PIF dookreśla górną granicę kary pozbawienia wolności, jaka powinna zostać przewidziana w porządkach prawnych Państw Członkowskich UE. Zgodnie z art. 7 ust. 3 Państwa Członkowskie UE podejmują niezbędne środki w celu zapewnienia, by przestępstwa, o których mowa w art. 3 i 4, podlegały karze, której maksymalny wymiar wynosi co najmniej cztery lata pozbawienia wolności, w przypadku gdy przestępstwa te wiążą się z wyrządzeniem znacznej szkody lub uzyskaniem znacznej korzyści. W pkt 18 Preambuły do Dyrektywy PIF wskazano, że: „wprowadzenie minimalnych poziomów maksymalnego wymiaru sankcji w postaci pozbawienia wolności jest niezbędne do zapewnienia odpowiedniej ochrony interesów finansowych Unii w całej Unii. Sankcje mają działać jako silny środek odstrasżający potencjalnych przestępców, wywierający skutki w całej Unii”. Dyrektywa PIF wskazuje, że „znaczna szkoda lub znaczna korzyść” to taka szkoda lub taka korzyść, która przekracza 100 000 EUR” (art. 7 ust. 3 Dyrektywy PIF). W odniesieniu do przestępstw, o których mowa w art. 3 ust. 2 lit. d, szkodę lub korzyść wynikającą z tych przestępstw uważa się zawsze za znaczną (art. 7 ust. 3). Znaczną szkodę lub korzyść traktować należy jako okoliczność uzasadniającą wyodrębnienie typu kwalifikowanego przestępstwa. W odniesieniu do przestępstw określonych w art. 3 ust. 2 lit. a), b) lub c) lub w art. 4 Dyrektywy PIF, w tych przypadkach, gdy wysokość szkody lub korzyści majątkowej jest niższa niż 10 000 Euro, Dyrektywa PIF przewiduje rozwiązanie, zgodnie z którym Państwa Członkowskie UE mogą przewidzieć inny rodzaj sankcji niż karne. W takich przypadkach alternatywnym modelem odpowiedzialności do sankcji karnej może być odpowiedzialność administracyjna. Koresponduje to z zasadą proporcjonalności (ustanowioną w art. 5 ust. 4 Traktacie o Unii Europejskiej oraz w odniesieniu do kar za czyny zabronione w art. 49 ust. 3 Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej)⁴⁰.

³⁸ Por. wyrok z 8.08.1999 r. w sprawie C-186/98, postępowanie karne p. Maria Amelia Nunes i Ewangelina de Matos ECR [1999] I-4883.

³⁹ Por. E. Zielińska, *Harmonizacja sankcji karnych w Unii Europejskiej*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, Zakamycze 2006, s. 711-712.

⁴⁰ Por. pkt 12 Preambuły do Dyrektywy PIF.

Dla zwalczania przestępczości gospodarczej, w tym przeciwko interesom finansowym UE, konieczne jest wprowadzenie rozwiązań służących pozbawieniu sprawcy owoców z popełnionego przestępstwa oraz narzędzi użytych do ich popełnienia⁴¹. Na potrzebę wprowadzenia takich rozwiązań w porządkach Państw Członkowskich UE zwraca się od dawna na forum Unii Europejskiej. W prawie karnym Unii Europejskiej jednym z podstawowych aktów prawnych, które określają instytucje zabezpieczenia i konfiskaty, jest Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/42/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie zabezpieczenia i konfiskaty narzędzi służących do popełnienia przestępstwa i korzyści pochodzących z przestępstwa w Unii Europejskiej⁴². Rozwiązania przewidziane przez Dyrektywę PIF korespondują z ogólną strategią Unii Europejskiej w tym zakresie. Jak wynika z art. 10 Dyrektywy PIF: „Państwa Członkowskie podejmują niezbędne środki, by umożliwić zabezpieczenie i konfiskatę narzędzi służących do popełnienia przestępstw, o których mowa w art. 3, 4 i 5, i korzyści pochodzących z tych przestępstw”. W odniesieniu do Państw Członkowskich UE związanych tą Dyrektywą, z art. 10 zd. 2 Dyrektywy PIF podjęcie środków służących zabezpieczeniu oraz konfiskacie powinno nastąpić zgodnie z Dyrektywą 2014/42/UE. Art. 1 tej Dyrektywy określa minimalne zasady dotyczące zabezpieczania mienia w celu ewentualnej późniejszej konfiskaty oraz zasady dotyczące konfiskaty mienia w sprawach karnych. Odnosząc się do treści art. 1 Dyrektywy 2014/42/UE, należy mieć na uwadze, że ustawodawstwo krajowe dotyczące konfiskaty może być bardziej rozbudowane i zapewniać większe uprawnienia⁴³.

Dopuszczenie się jednego z przestępstw określonych w art. 3-5 Dyrektywy PIF w ramach organizacji przestępczej powinno zostać uznane przez Państwa Członkowskie UE za okoliczność obciążającą. W zakresie rozumienia zwrotu „organizacja przestępcza” Dyrektywa PIF zgodnie z art. 8 odsyła do Decyzji Ramowej Rady 2008/841/WSiSW z 24 października 2008 r. w sprawie zwalczania przestępczości zorganizowanej⁴⁴. W tym zakresie konieczne jest odniesienie się do

⁴¹ Zob. COM z 26.5.2011, s. 11; D.B. Sánchez, *The Directive...*, s. 135-136.

⁴² Dz.U. UE L 127 z 29.4.2014, s. 39, dalej: Dyrektywa 2014/42/UE. Jak trafnie zwrócono uwagę w pkt 3 Preambuly do tej Dyrektywy: „Among the most effective means of combating organised crime is providing for severe legal consequences for committing such crime, as well as effective detection and the freezing and confiscation of the instrumentalities and proceeds of crime”.

⁴³ M. Thunberg Schunke, *Extended confiscation in criminal law national, european and international perspectives*, Cambridge–Antwerp–Portland 2017, s. 33.

⁴⁴ Dz.U. UE L 300, 11.11.2008, s. 42-45; dalej: Decyzja Ramowa Rady 2008/841. Art. 1 Decyzji Ramowej Rady 2008/841 rozróżnia „organizację przestępczą” i „zorganizowaną grupę”. Jeżeli chodzi o „organizację przestępczą”, to wspomniana Decyzja definiuje ją jako „zorganizowaną grupę, istniejącą przez pewien czas, składającą się z więcej niż dwóch osób, działających wspólnie w celu popełnienia przestępstw, których maksymalne zagrożenie karą przekracza co najmniej cztery lata pozbawienia wolności lub aresztu lub które podlegają surowszej karze, w celu osiągnięcia, bezpośrednio lub pośrednio, korzyści finansowej lub innej korzyści materialnej”.

art. 1 tej Decyzji. W pkt 19 Preambuły do Dyrektywy PIF zastrzeżono jednak, że Państwa Członkowskie UE nie mają obowiązku ustanowienia takiej okoliczności obciążającej, jeżeli prawo krajowe przewiduje, że przestępstwa w rozumieniu Decyzji Ramowej 2008/841/WSiSW podlegają karze jako przestępstwa odrębne, co może skutkować surowszymi sankcjami.

Dyrektywa PIF rozstrzyga, że stosowanie sankcji karnych nie wyklucza stosowania wobec tej samej osoby za ten sam czyn odpowiedzialności dyscyplinarnej (art. 7 ust. 5)⁴⁵. W pkt 17 preambuły do Dyrektywy PIF wskazano, że: „Niniejsza dyrektywa nie wpływa na odpowiednie i skuteczne stosowanie środków dyscyplinarnych lub kar niemających charakteru karnego. Sankcje, których nie można uznać za równoważne sankcjom karnym, nałożone na tę samą osobę za to samo zachowanie, mogą być brane pod uwagę przy skazywaniu tej osoby za przestępstwo zdefiniowane w niniejszej dyrektywie. W przypadku innych sankcji należy w pełni przestrzegać zakazu ponownego sądzenia lub karania w postępowaniu karnym za ten sam czyn zabroniony pod groźbą kary (*ne bis in idem*)”.

Dokonując analizy porównawczej rozwiązań przewidzianych przez Dyrektywę PIF z rozwiązaniami przewidzianymi przez inne Dyrektywy obszaru unijnego prawa karnego, wymaga wskazania, że Dyrektywa PIF przewiduje zbliżone rozwiązania do rozwiązań przewidzianych przez inne Dyrektywy⁴⁶.

6. Odpowiedzialność osób prawnych (przestanki odpowiedzialności, sankcje)

Koncepcja odpowiedzialności podmiotów zbiorowych znana jest ustawodawstwu Państw Członkowskich UE od dawna. Na potrzebę przewidzenia w porządkach krajowych takiej odpowiedzialności konsekwentnie wskazuje się od dawna w licznych aktach Unii Europejskiej. W zakresie ochrony interesów finansowych UE rozwiązania w zakresie odpowiedzialności osób prawnych i stosowania wobec nich sankcji przewidywała Konwencja PIF (art. 4) oraz protokoły do niej (art. 4 Protokołu nr 2 do Konwencji PIF). W tym znaczeniu rozwiązania przewidziane przez Dyrektywę PIF wpisują się w ogólną strategię Unii Europejskiej. W pkt 14 Preambuły do Dyrektywy PIF wskazano, że „w zakresie, w jakim interesom finansowym Unii może szkodzić lub zagrażać zachowanie dające się przypisać osobom

⁴⁵ Por. art. 5 ust. 2 Protokołu nr 1 do Konwencji PIF z 1995 r.

⁴⁶ Por. m.in. art. 5 i 7 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE z 5 kwietnia 2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępująca decyzję ramową Rady 2002/629/WSiSW (Dz.Urz. UE L 101/1); art. 5 i 9 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1673 z 23 października 2018 r. w sprawie zwalczania prania pieniędzy za pomocą środków prawnokarnych (Dz.Urz. UE L 284/29), dalej jako Dyrektywa 2018/1673.

prawnym, osoby prawne powinny ponosić odpowiedzialność za przestępstwa zdefiniowane w niniejszej dyrektywie, które popełniono w ich imieniu”.

Dyrektywa PIF nie wskazuje na model odpowiedzialności osób prawnych, jaki Państwa Członkowskie UE powinny zapewnić. Pozostawia to rozstrzygnięciu Państwom Członkowskim UE. To, co różnicuje porządek prawny Państw Członkowskich UE w zakresie odpowiedzialności osób prawnych, to w szczególności model tej odpowiedzialności. Niektóre z ustawodawstw Państw Członkowskich UE przewidują model odpowiedzialności karnej czy model odpowiedzialności administracyjnej, znane są również takie modele odpowiedzialności osób prawnych, których nie można zakwalifikować do odpowiedzialności karnej czy administracyjnej⁴⁷. Odpowiedzialność osób prawnych nie jest ani odpowiedzialnością zastępczą, ani odpowiedzialnością alternatywną w stosunku do odpowiedzialności karnej sprawcy przestępstwa. Jeżeli chodzi o relacje między indywidualną odpowiedzialnością sprawcy przestępstwa z art. 3-5 Dyrektywy PIF a odpowiedzialnością osób prawnych (art. 6), to Dyrektywa PIF wskazuje, że odpowiedzialność osoby prawnej nie wyklucza możliwości prowadzenia postępowania karnego przeciwko osobom fizycznym będącym sprawcami przestępstw, o których mowa w art. 3 i 4 Dyrektywy PIF lub ponoszącym odpowiedzialność karną za podżeganie, pomocnictwo lub usiłowanie (por. art. 5 Dyrektywy PIF).

Dyrektywa PIF przewiduje szeroki zakres odpowiedzialności osoby prawnej. Został on także rozszerzony na podżeganie, pomocnictwo oraz usiłowanie popełnienia przestępstwa, o którym mowa w art. 3-4 Dyrektywy PIF (zob. art. 6 ust. 1).

W zakresie przesłanek odpowiedzialności osoby prawnej Dyrektywa PIF podaje definicję „osoby prawnej” (art. 2 ust. 1 lit. b) oraz przesłanki materialne (art. 6 ust. 1 i 2). Pomija jednak przesłanki o charakterze formalnym. Dla potrzeb niniejszej Dyrektywy zgodnie z art. 2 ust. 1 lit. b „osoba prawna” oznacza podmiot posiadający osobowość prawną na mocy obowiązującego prawa, z wyjątkiem państw lub podmiotów prawa publicznego wykonujących władzę publiczną oraz publicznych organizacji międzynarodowych. W odniesieniu do przesłanki o charakterze materialnym Dyrektywa PIF jako warunek odpowiedzialności osoby prawnej przewiduje: popełnienie na korzyść tego podmiotu przez osobę fizyczną działającą indywidualnie lub jako członek organu osoby prawnej, która pełni funkcję kierowniczą w ramach tej osoby prawnej na podstawie: a) upoważnienia do reprezentowania osoby prawnej, b) upoważnienia do podejmowania decyzji w imieniu osoby prawnej, c) upoważnienia do sprawowania kontroli w ramach tej osoby prawnej (art. 6 ust. 1). Dyrektywa PIF nakłada także na Państwa Członkowskie UE obowiązek zapewnienia możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności osób

⁴⁷ W omawianym zakresie zob. D.B. Sánchez, *The Directive...*, s. 137-138; L. Picotti, *La protezione...*, s. 33.

prawnych, w przypadku gdy brak nadzoru lub kontroli ze strony osoby, o której mowa art. 6 ust. 1 Dyrektywy PIF, umożliwił popełnienie przez osobę działającą z upoważnienia danej osoby prawnej przestępstw, o których mowa w art. 3, 4 lub 5, na korzyść tej osoby prawnej (art. 6 ust. 2).

Jeżeli chodzi o sankcje stosowane wobec osób prawnych to identycznie, jak w przypadku osób fizycznych, Dyrektywa PIF wskazuje, że osoby prawne powinny podlegać skutecznym, proporcjonalnym i odstraszającym sankcjom. Regulacja dotycząca rodzaju sankcji stosowanych wobec osób prawnych została określona w art. 9 Dyrektywy PIF: po pierwsze jest to grzywna karna, po drugie są to inne sankcje, które można byłoby określić jako środki⁴⁸. Obie grupy sankcji znacząco się względem siebie różnią. Jeżeli chodzi o grzywnę, to Dyrektywa PIF czyni tę sankcję obligatoryjną. Dyrektywa PIF nie określa modelu, jak również minimalnych i maksymalnych jej granic. Nie wskazuje również na przykładowy katalog okoliczności, jakie organ nakładający grzywnę karną powinien wziąć pod uwagę przy jej wymiarze. Podobną uwagę należy odnieść do katalogu okoliczności łagodzących i obciążających czy wysokości wyrządzonej szkody. Taki stan rzeczy prowadzić będzie jedynie do „częstkowej” harmonizacji porządków prawnych Państw Członkowskich UE w omawianym zakresie. *De facto* porządki prawne Państw Członkowskich UE będą się znacząco względem siebie różniły. Zasadnym jest dążenie do harmonizacji nie tylko w zakresie rodzaju sankcji stosowanych wobec osób prawnych poprzez ich określenie, ale również na innych płaszczyznach.

Do innych sankcji wymienionych w Dyrektywie PIF należą: a) pozbawienie prawa do korzystania ze świadczeń publicznych lub pomocy publicznej, b) czasowe lub stałe wykluczenie z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, c) czasowy lub stały zakaz prowadzenia działalności gospodarczej, d) umieszczenie pod nadzorem sądowym, e) likwidacja sądowa, f) czasowe lub stałe zamknięcie zakładów wykorzystywanych do popełnienia przestępstwa. Charakter tych sankcji jest zróżnicowany, co ocenić należy pozytywnie.

Niestety, tak jak w przypadku grzywny karnej, regulacja dotycząca tych sankcji poza ich katalogiem nie przewiduje jakichkolwiek dodatkowych rozwiązań odnoszących się w szczególności do długości ich stosowania, (nie)możliwości kumulatywnego ich stosowania, klauzul ograniczających stosowania tych środków z perspektywy następstw, jakie ich wykonanie może spowodować. Dyrektywa PIF nie odnosi się także do zagadnienia zasadności kumulacji różnych sankcji stosowanych wobec osób prawnych (grzywna i inne sankcje).

Dokonując próby sformułowania ogólnej konkluzji w odniesieniu do regulacji dotyczącej sankcji stosowanych wobec osób prawnych, należy wskazać, że harmoni-

⁴⁸ Oczywiście jest, że niezależnie od przyjętej koncepcji odpowiedzialności osób prawnych katalog sankcji stosowanych wobec osób prawnych nie może być tożsamy z katalogiem sankcji stosowanych wobec osób fizycznych.

zacja na tej płaszczyźnie przybiera postać norm minimalnych (por. art. 1 Dyrektywy PIF). Nie zawsze mniej będzie oznaczało lepiej⁴⁹.

Jeżeli chodzi o sankcje, to zasadne jest, że nie przybiera ona postaci jednorodnej tylko w postaci kary grzywny. Poprzestanie jedynie na grzywnie karnej ocenić należałoby jako niewystarczające. Zasadnym jest wzbogacenie tego systemu także o inne środki. Patrząc jednak z perspektywy całościowej, trudno ocenić ten system sankcji jako bogaty pod względem treściowym. Przy możliwej do wykorzystania dostępności przewidziano dość wąski zakres sankcji. Formułując także ocenę podsumowującą na tym polu, trudno ocenić te rozwiązania w kategoriach rozwoju czy ewolucji. Wszystkie Państwa Członkowskie UE od dłuższego czasu przewidują regulacje odnoszące się do odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, w tym te, które przewiduje art. 9 Dyrektywy PIF.

7. Przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kar stosowanych wobec fizycznych

Ważnym rozwiązaniem wprowadzonym przez Dyrektywę PIF jest ustalenie okresów przedawnienia. Konwencja PIF, jak również Protokół nr 1 do Dyrektywy PIF i Protokół nr 2 do Konwencji PIF, nie przewidywała rozwiązań odnoszących się do okresów przedawnienia⁵⁰. W Dyrektywie PIF okresy przedawnienia zostały określone w art. 12. W Dyrektywie PIF rozrózniono okresy przedawnienia karalności i przedawnienia wykonania kar. Harmonizacja terminów przedawnienia dotyczy jednak tylko przedawnienia karalności i wykonywania kar w odniesieniu do osób fizycznych. W zakresie przedawnienia karalności Dyrektywa PIF wprowadza warunki o charakterze ogólnym oraz warunki o charakterze szczegółowym. Regulacja ta jest dość złożona⁵¹. Jeżeli chodzi o warunek ogólny, to określa go art. 12 ust. 1 PIF.

⁴⁹ Zbliżone stanowisko zajmuje L. Picotti, konkludując, że: „Nulla è innovato, infine, per quanto riguarda le previsioni sanzionatorie nei confronti delle persone giuridiche e degli enti, per cui vi è il solo l'obbligo di prevedere sanzioni pecuniarie, di natura anche non penale, essendo lasciata interamente alla discrezionalità degli Stati la possibilità di definire altre tipologie di sanzioni, elencate solo esemplificativamente nell'art. 9 direttiva PIF, nonché la loro entità. È chiara dunque l'insufficienza di una tale disciplina a garantire l'“equivalenza” oltre che l'“effettività” delle sanzioni penali da applicare in concreto in tutti i diversi Stati membri”, *La protezione...*, s. 45.

⁵⁰ Zob. A. Juszczak, E. Sason, *The Directive...*, s. 85.

⁵¹ Jak trafnie podkreśla D.B. Sánchez: „However, the rules concerning harmonisation in this point are very vague. Firstly, because the expression ‘sufficient period’ may be understood by Member States in a very different sense. Secondly, because the PIF Directive does not establish any period of prescription for those offences in which there is not a ‘considerable damage or advantage’. Thirdly, even for those cases in which the PIF Directive advocates for a limitation period of 5 years, this is only a minimum threshold, so Member States can foresee very different rules for prescription of offences. Consequently, the current disparity among national legislations may persist in the future”, *idem, The Directive...*, s. 139. Zob. także C.F. Maesa, *Directive (EU) 2017/1371...*, p. 1466.

Przepis ten wskazuje, że „Państwa członkowskie podejmują niezbędne środki w celu ustanowienia okresu przedawnienia umożliwiającego prowadzenie postępowania przygotowawczego, wniesienie oskarżenia, przeprowadzenie rozprawy sądowej i wydanie orzeczenia w sprawie przestępstw, o których mowa w art. 3, 4 i 5, w dostatecznie długim okresie po tym, jak przestępstwa te zostaną popełnione, w celu skutecznego ścigania takich przestępstw”. Jeżeli chodzi o warunki szczegółowe, to odmiennie niż w przypadku warunków ogólnych dotyczą one tylko przestępstw określonych w art. 3 i 4 Dyrektywy PIF. Warunki o charakterze szczegółowym przewidują powiązanie okresów przedawnienia z rodzajami kar i ich wysokością przewidziane za poszczególne przestępstwa określone w tej Dyrektywie. W przypadku przestępstw zagrożonych sankcją, której maksymalny wymiar wynosi co najmniej cztery lata pozbawienia wolności, zgodnie z art. 12 ust. 2 Dyrektywy PIF okres przedawnienia powinien wynosić co najmniej pięć lat od popełnienia przestępstwa⁵². Wskazany powyżej termin przedawnienia Państwa Członkowskie UE mogą określić jako krótszy pod warunkiem, że okres ten nie będzie jednak krótszy niż 3 lata przy jednoczesnym spełnieniu warunku przewidzenia okoliczności stanowiących podstawę dla zawieszenia lub przerwania biegu przedawnienia (art. 12 ust. 2 Dyrektywy PIF). Z kolei terminy przedawnienia wykonania kar Dyrektywa PIF określa w art. 12 ust. 4, wskazując 5 lat. Art. 12 ust. 4 odnosi go jednak do kary w wymiarze większym niż jeden rok pozbawienia wolności oraz kary pozbawienia wolności, w przypadku gdy przestępstwo zagrożone jest karą, której maksymalny wymiar wynosi co najmniej cztery lata pozbawienia wolności.

Podsumowanie

Przeprowadzona analiza podstawowych rozwiązań przewidzianych przez Dyrektywę PIF stanowi podstawę do sformułowania następującej końcowej konkluzji. Skuteczne zwalczanie przestępczości na szkodę interesów finansowych Unii Europejskiej wymaga stosowania jednolitych środków we wszystkich Państwach Członkowskich UE. Dyrektywa PIF jest pierwszym aktem prawnym przyjętym po ponad 20 latach od wejścia w życie Konwencji PIF. Charakter przestępczości na szkodę interesów finansowych Unii Europejskiej, zmiana *modus operandi* sprawców, skala tej przestępczości, jak również brak spójnych rozwiązań w poszczególnych krajach Unii Europejskiej stanowiły podstawę dla wprowadzenia nowych rozwiązań służących jej zwalczaniu. Dyrektywa PIF ujednoliciła poprzednio obowiązujące rozwiązania oraz wprowadza wiele nowych. Jednakże zakres rozwiązań przewidzianych przez Dyrektywę PIF jest ograniczony rodzajem aktu prawnego, jakim jest dyrek-

⁵² Zob. także pkt 22 Preambuły do Dyrektywy PIF.

tywa. W rzeczywistości zakres rozwiązań przewidzianych przez Dyrektywę PIF ograniczony został do minimum. Z tego względu wiele instytucji z obszaru prawa karnego nie zostało poddanych uregulowaniu. Natomiast te, które zostały, w wielu przypadkach przybierają postać ogólnikową. Taki stan rzeczy, wbrew założonemu celowi, nie pozwoli w rzeczywistości na pełną harmonizację regulacji normatywnych z obszaru prawa karnego Państw Członkowskich UE. *De facto* nie może wpłynąć skutecznie na osiągnięcie założonego celu, jakim jest skuteczne zwalczanie nadużyć na szkodę interesów finansowych Unii Europejskiej. Choć Dyrektywa PIF jest istotnym aktem prawnym służącym zwalczaniu zjawiska nadużyć na szkodę interesów finansowych UE, to biorąc pod uwagę wskazane zastrzeżenia, konieczne jest podjęcie kolejnych odważnych inicjatyw na tej płaszczyźnie.

Literatura

- Bondt W. de, *The missing link between „necessity” and „approximation of criminal sanctions” in the UE*, „European Criminal Law Review” 2014, no 3.
- Fromm I.E., *„Ius puniendi”: The Right of the Institutions of the EC to Protect the Financial Interests of the EC from Fraud (Art. 280 paragraph 4 EC Treaty)?*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 2008, nr 16.
- Hecker B., *Europäisches Strafrecht*, Berlin 2010.
- Juszczak A., Sason E., *The Directive on the Fight against Fraud to the Union’s Financial Interests by Means of Criminal Law (PFI Directive). Laying Down the Foundation for a Better Protection of the Union’s Financial Interests?*, „EuCrim (The European Criminal Law Associations’ Forum)” 2017, nr 2.
- Klip A., *European Criminal Law. An integrative Approach*, Cambridge–Antwerp–Chicago 2021.
- Klip A., *Geïntegreerde bescherming van de financiële belangen van de EG: Verschuiving van de staat–staat–benadering naar verticalisering van de procedure?*, [w:] *Transnationale handhaving van de financiële belangen van de Europese Unie Ontwikkelingen in het Verdrag van Amsterdam en de Corpus Juris*, red. J.A.E. Vervaele, Antwerpen–Groningen 1999.
- Kuhl L., *The Initiative for a Directive on the Protection of the EU Financial Interests by Substantive Criminal Law*, „EuCrim (The European Criminal Law Associations’ Forum)” 2012, nr 2.
- Ligeti K., *Approximation of substantive criminal law and the establishment of the European Public Prosecutor’s Office*, [w:] *Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward*, red. F. Galli, A. Weyembergh, Bruxelles 2013.
- Maesa C.F., *Directive (EU) 2017/1371 on the Fight Against Fraud to the Union’s Financial Interests by Means of Criminal Law: A Missed Goal?*, „European Papers” 2018, vol. 3, nr 3.
- Öberg J., *The definition of criminal sanctions in the EU*, „European Criminal Law Review” 2013, nr 3.
- Picotti L., *La protezione penale degli interessi finanziari dell’unione europea nell’era post-lisbona: la direttiva pif nel contesto di una riforma “di sistema”*, [w:] *Tutela penale degli interessi finanziari dell’unione europea. Stato dell’prospettiva alla luce della creazione della procura Europea*, red. G. Grasso, R. Sicurella, F. Bianco, V. Scalia, Pisa 2018.
- Satzger H., *Die Europäisierung des Strafrechts. Eine Untersuchung zum Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht*, Köln–Berlin–Bonn–München 2001.
- Satzger H., *The Harmonisation of Criminal Sanctions in the European Union*, „EuCrim (The European Criminal Law Associations’ Forum)” 2019, no 2.
- Seibert T., *The European Fight against Fraud – The Community’s Competence to Enact Criminal Laws and Its Power to Approximate National Criminal Law by Directives*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 2008, nr 16.

- Sánchez D.B., *The Directive on the Fight against Fraud to the Union's Financial Interests and its Transposition into the Spanish Law*, „Perspectives on Federalism” 2019, vol. 11, issue 3.
- Srebro B., *Ochrona interesów finansowych Unii Europejskiej*, Zakamycze 2004.
- Szwarc-Kuczer M., *Harmonizacja znamion przestępstw i kar w Traktacie z Lizbony*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 5.
- Thunberg Schunke M., *Extended confiscation in criminal law national, european and international perspectives*, Cambridge–Antwerp–Portland 2017.
- Venegoni A., *La definizione del reato di frode nella legislazione dell'Unione dalla Convenzione PIF alla proposta di Direttiva PIF*, [w:] *Tutela penale degli interessi finanziari dell'unione europea. Stato dell'prospettiv alla luce della creazione della procura Europea*, red. G. Grasso, R. Sicurella, F. Bianco, V. Scalia, Pisa 2018.
- Vitale G., *La sentenza Taricco della Corte di giustizia, tra effetti diretti delle norme del Trattato ed autonomia procedurale degli Stati membri*, [w:] *Tutela penale degli interessi finanziari dell'unione europea. Stato dell'prospettiv alla luce della creazione della procura Europea*, red. G. Grasso, R. Sicurella, F. Bianco, V. Scalia, Pisa 2018.
- Weyembergh A., Bariera Ch., *The future cooperation between OLAF and the European Public Prosecutor's Office*, „New Journal of European Criminal Law” 2018, vol. 9, nr 1.
- White S., *Protection of the Financial Interests of the European Communities: The Fight against Fraud and Corruption*, Hague–London–Boston 1998.
- White S., *EU anti-fraud enforcement: enforcement overcoming obstacles*, „Journal of Financial Crime” 2010, vol. 17, nr 1.
- Xanthaki H., *Mandate*, [w:] *OLAF at the Crossroads. Action against EU fraud*, red. C. Stefanou, S. White, H. Xanthaki, London 2011.
- Zielińska E., *Harmonizacja sankcji karnych w Unii Europejskiej*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, Zakamycze 2006.

Orzecznictwo

- Wyrok TS z 21.09.1989 r. w sprawie C-68/88, Komisja p. Grecji, ECR 1989, 02965.
- Wyrok TS z 8.07.1999 r., C-186/98, postępowanie karne przeciwko Maria Amélia Nunes i Evangelina de Matos, ECR 1999, nr 7, poz. I-4883.
- Wyrok TS z 8.09.2015 r., Taricco i inni, C-105/14, Dz.U. C 194 z 24.6.2014.

Akty prawne prawa wspólnotowego Unii Europejskiej

- Decyzja Ramowa Rady 2008/841/WSiSW z dnia 24 października 2008 r. w sprawie zwalczania przestępczości zorganizowanej, Dz.U. UE L 300, 11.11.2008, s. 42–45.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2011/36/UE z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępująca decyzję ramową Rady 2002/629/WSiSW, Dz. Urz. UE L 101/1.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2014/42/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie zabezpieczenia i konfiskaty narzędzi służących do popełnienia przestępstwa i korzyści pochodzących z przestępstwa w Unii Europejskiej, Dz.U. UE L 127 z 29.4.2014, s. 39.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, Dz.U. UE L 141 z 5.6.2015, s. 73.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1371 z dnia 5 lipca 2017 r. w sprawie zwalczania za pośrednictwem prawa karnego nadużyć na szkodę interesów finansowych Unii, Dz.U. UE L z 2017 r. Nr 198, s. 29.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1673 z dnia 23 października 2018 r. w sprawie zwalczania prania pieniędzy za pomocą środków prawno-karnych, Dz. Urz. UE L 284/29.

- Dyrektywa Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej, Dz.U. UE L 347 z 11.12.2006, s. 1.
- Konwencja o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich, sporządzona w Brukseli dnia 26 lipca 1995 r.
- Protokół drugi do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z dnia 26 lipca 1995 r., sporządzony w Brukseli dnia 19 czerwca 1997 r., Dz.U. z 2009 r. Nr 208, poz. 1603.
- Protokół sporządzony na podstawie art. K. 3 Traktatu o Unii Europejskiej do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 27 września 1996 r., Dz.U. UE C 313 z 23.10.1996, s. 1.
- Protokół w sprawie wykładni w trybie prejudycjalnym przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich Konwencji w sprawie ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 29 listopada 1996 r. (97/C 151/01), Dz.U. UE C 151 z 20.5.1997, s. 1.
- Rozporządzenie Rady (WE, Euratom) nr 2988/95 z dnia 18 grudnia 1995 r. w sprawie ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich, Dz.U. UE L 312 z 23.12.1995, s. 1.
- Rozporządzenie nr 2185/96 z dnia 11 listopada 1996 r. w sprawie kontroli na miejscu oraz inspekcji przeprowadzanych przez Komisję w celu ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich przed nadużyciami finansowymi i innymi nieprawidłowościami, Dz.U. UE L 292 z 15.11.1996, s. 2-5.
- Rozporządzenie Rady (UE) 2017/1939 z dnia 12 października 2017 r. wdrażające wzmocnioną współpracę w zakresie ustanowienia Prokuratury Europejskiej, Dz.U. UE L 283 z 31.10.2017, p. 1-71.
- Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, sporządzony w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r., Dz.U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569.

Inne

- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions On the protection of the financial interests of the European Union by criminal law and by administrative investigations An integrated policy to safeguard taxpayers' money, Brussels, 26.5.2011 COM(2011) 293 *final*.
- Report from the Commission. Implementation by Member States of the Convention on the Protection of the European Communities' financial interests and its protocols Article 10 of the Convention, COM (2004) 709 *final* z 25.10.2004 r. i COM(2008) 77 *final* z 14.2.2008 r.
- Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Directive (EU) 2017/1371 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2017 on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law, COM(2021) 536 *final*, 6.9.2021.
- The OLAF report 2020 Twenty-first report of the European Anti-Fraud Office*, 1 January to 31 December 2020, Luxembourg 2021.
- Wniosek Komisji Europejskiej – Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zwalczania nadużyć na szkodę interesów finansowych Unii za pośrednictwem prawa karnego, Bruksela, dnia 11.7.2012 r. COM(2012) 363 *final* 2012/0193 (COD) C7-0192/12.

Dariusz Jan Kuberski

Akademia Kujawsko-Pomorska
prokurator Prokuratury Krajowej
ORCID 0000-0003-3771-0551
d.kuberski@akp.bydgoszcz.pl

Ochrona prawa do wizerunku uczestników postępowania karnego w ujęciu konstytucyjnym

Słowa kluczowe: ochrona wizerunku osoby, dobra osobiste, osoba publiczna, prawo do prywatności, prawo do informacji, podejrzany, prawo do obrony

Streszczenie. W artykule poruszono problem zakresu ochrony wizerunku uczestników postępowania karnego w ujęciu konstytucyjnym. Autor wskazuje na różny sposób rozumienia pojęcia wizerunku w piśmiennictwie i orzecznictwie sądowym, zwraca też uwagę na istotną różnicę pomiędzy intensywnością ochrony wizerunku podejrzanego i świadka. W artykule poruszono zagadnienie kolizji dwóch praw: prawa do prywatności oraz prawa do informacji, wskazano też, że przyznanie priorytetu dobrom osobistym, w tym prawu do wizerunku, prowadzi do ograniczenia przepływu informacji. Zwrócono uwagę, że decyzja prokuratora lub sądu o ujawnieniu wizerunku podejrzanego stanowi formę rozstrzygnięcia kolizji interesów: indywidualnego podejrzanego i grupowego (społeczeństwa uprawnionego do pozyskiwania informacji). W publikacji dokonano analizy przepisów Prawa prasowego, które ograniczają wolności prasy w odniesieniu do ujawnienia wizerunku podejrzanego. Zwrócono uwagę, że ujawnienie w prasie danych pozwalających zidentyfikować osobę, przeciwko której toczy się postępowanie przygotowawcze, ingeruje bezpośrednio w sferę jej życia prywatnego, często także rodzinnego, może również prowadzić do naruszenia czci i dobrego imienia. Wskazano na przesłanki ujawnienia wizerunku podejrzanego, takie jak: potrzeba zapobieżenia dalszej przestępczej działalności podejrzanego, ustalenie przez organy ścigania nowych faktów i dowodów, realizacja funkcji wychowawczej postępowania karnego, ostrzeżenie i uspokojenie opinii publicznej. W artykule wskazano na słabszy zakres ochrony prawnej wizerunku osoby powszechnie znanej, wynikający z art. 14 ust. 6 Prawa prasowego, jeżeli wizerunek wykonano w związku z pełnieniem przez nią funkcji publicznych. Zwrócono uwagę, że dziennikarz ma prawo przedstawiać nieprawidłowości w funkcjonowaniu życia społecznego, których dopuścili się urzędnicy państwowi, samorządowi. Autor opowiada się za utrzymaniem obowiązujących ograniczeń prawa do informacji zawartych w art. 13 ust. 2 i 3 Prawa prasowego z uwagi na konieczność poszanowania prawa do prywatności. Zaprezentowano pogląd, że brak wskazanych ograniczeń czyniłby iluzoryczną fundamentalną zasadę procesu karnego – domniemania niewinności. Autor podkreśla, że każdy człowiek oskarżony o popełnienie przestępstwa ma prawo, aby uznawano go za niewinnego dopóty, dopóki jego wina nie zostanie mu udowodniona zgodnie z prawem podczas publicznego procesu.

Constitutional Aspects of the Protection of the Right to One's Image in Disciplinary Proceedings

Keywords: image protection, personal rights, public figure, right to privacy, right to information, suspect, right to defense

Summary. The article discusses the scope of protection of the image of participants in criminal proceedings from a constitutional perspective. The author points out the different understandings of the concept of image in legal writing and judicial decisions and notes the significant difference in the intensity of image protection between a suspect and a witness. The article discusses the conflict between two rights: the right to privacy and the right to information. It highlights that prioritizing personal rights, including the right to image, limits the flow of information. It is noted that a prosecutor's or court's decision to disclose a suspect's image represents a resolution of the conflict between individual and societal interests. The publication analyzes the Press Law provisions limiting press freedom with regard to disclosing the image of a suspect. It underlines that publishing in the press any data enabling identification of a person against whom preparatory proceedings are pending directly interferes with their private life, often also family life, and may violate their honor and reputation. The article identifies conditions under which a suspect's image may be disclosed, such as the need to prevent further criminal activity, help law enforcement establish new facts and evidence, fulfill the educational function of criminal proceedings, and warn and reassure the public. It also indicates that persons widely known to the public enjoy weaker legal protection of their image under Article 14(6) of the Press Law, when the image is related to the performance of public functions. The journalist's right to report irregularities committed by public or local government officials is emphasized. The author advocates maintaining the current restrictions on the right to information provided in Article 13(2) and (3) of the Press Law, stressing the need to respect the right to privacy. The article presents the view that without these limitations, the fundamental principle of criminal proceedings—the presumption of innocence—would be illusory. The author emphasizes that every person accused of committing a crime has the right to be considered innocent until proven guilty in a public trial with all necessary guarantees for their defense.

Ustalenie zakresu ochrony wizerunku uczestników postępowania karnego tylko pozornie nie nastręcza trudności. Jednocześnie zagadnienie to stanowi przedmiot narastających sporów interpretacyjnych, w szczególności w odniesieniu do eksponowanego w dyskursie prawniczym problemu, czy ochrona wizerunku w obowiązującym systemie prawnym nie jest nadmierna, w szczególności z uwagi na uzasadnione względami społecznymi prawo każdego obywatela do informacji. Rozstrzygnięcie tych sprzecznych racji wymaga odniesień do postanowień Konstytucji, a ostateczna ocena jest zdeterminowana argumentami o silnej podbudowie aksjologicznej. Ponieważ problem ten nie został dotychczas w sposób jednoznaczny rozstrzygnięty w orzecznictwie konstytucyjnym, poświęcono mu w niniejszym opracowaniu szczególną uwagę.

Omówienie tak ujętego tematu wymaga przede wszystkim ustalenia, czym jest wizerunek człowieka. Pod pojęciem tym należy rozumieć podobiznę osoby utrwaloną w postaci: obrazu, rysunku, fotografii bądź sposób percepcji danej osoby (np. polityka przez jego elektorat) lub rzeczy¹. Wizerunek oznacza obraz fizyczny człowieka, jako przedstawienie jego postaci, a zwłaszcza twarzy, w rozumieniu przenośnym może odnosić się także do takich cech człowieka, których ujawnienie umożliwia jego identyfikację. Wizerunek to „dostrzegalne, fizyczne

¹ Źródło: sjp.pwn.pl [dostęp: 30.04.2025].

cechy człowieka, tworzące jego wygląd i pozwalające na identyfikację osoby wśród ludzi jako obraz fizyczny, portret, rozpoznawalną podobiznę”². W innym ujęciu definicyjnym wizerunek oznacza „wytwór niematerialny, który za pomocą środków plastycznych przedstawia rozpoznawalną podobiznę danej osoby (lub danych osób). Obok klasycznych portretów malarskich są to także fotografie i karykatury”³. W zbliżony sposób „wizerunek” pojmowany jest jako „skonkretyzowane ustalenie obrazu fizycznego człowieka, zdadne do zwielokrotnienia i rozpowszechnienia”⁴.

W orzecznictwie zwrócono uwagę, że „[...] wizerunek poza dostrzegalnymi dla otoczenia cechami fizycznymi, tworzącymi wygląd danej jednostki i pozwalającymi – jak się określa – na jej identyfikację wśród innych ludzi, może obejmować dodatkowe utrwalone elementy związane z wykonywanym zawodem, jak charakterystyka, ubiór, sposób poruszania się i kontaktowania z otoczeniem”⁵.

Zgodnie z art. 23 Kodeksu cywilnego (dalej: k.c.) wizerunek pozostaje pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach. W wypadku zagrożenia prawa do wizerunku, uprawniony na podstawie art. 24 k.c. może żądać zaniechania tego działania, chyba że nie jest ono bezprawne. W razie dokonanego naruszenia może on także żądać, ażeby osoba, która dopuściła się naruszenia, dopełniła czynności potrzebnych do usunięcia jego skutków, w szczególności ażeby złożyła oświadczenie odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie. Uprawniony może również żądać zadośćuczynienia pieniężnego albo zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny. Jeżeli skutek naruszenia prawa do wizerunku została wyrządzona szkoda majątkowa, poszkodowany może żądać jej naprawienia na zasadach ogólnych.

Niezależną ochronę prawa do wizerunku przewiduje przepis art. 13 ust. 2 Prawa prasowego⁶, zgodnie z którym nie wolno publikować w prasie wizerunku i innych danych osobowych osób, przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze lub sądowe, jak również wizerunku i innych danych osobowych świadków, pokrzywdzonych i poszkodowanych, chyba że osoby te wyrażą na to zgodę. Właściwy prokurator lub sąd może jednak zezwolić, ze względu na ważny interes społeczny, na ujawnienie wizerunku i innych danych osobowych osób, przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze lub sądowe (art. 13 ust. 3 Prawa prasowego).

² Taką definicję wizerunku zawarł SN w wyroku z 15.10.2009 r., sygn. I CSK 72/09.

³ J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół praw do wizerunku*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wnalezczości i Ochrony Własności Intelektualnej” 2002, z. 80, s. 11–31; cyt. za: A. Matlak, *Cywilnoprawna ochrona wizerunku*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2004, R. 13, z. 2, s. 319.

⁴ T. Grzeszak, *Reklama a ochrona dóbr osobistych (naruszenie praw osobistych wykorzystanych w reklamie żyjących osób fizycznych)*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2000, z. 2, s. 10.

⁵ Wyrok SN z 20.05.2004 r., sygn. II CK 330/03.

⁶ Dz.U. z 2018 r. poz. 1914.

Zachodzi więc istotna różnica między intensywnością ochrony wizerunku podejrzanego z jednej strony a świadka, pokrzywdzonego i poszkodowanego z drugiej strony. W odniesieniu do podejrzanego jest ona słabsza, prawo do ochrony wizerunku może doznać wyłączenia na podstawie decyzji organu procesowego z uwagi na ważny interes społeczny. Taką ochronę określa się jako względną⁷. Natomiast wszystkie wskazane kategorie podmiotów, będąc dysponentami dóbr osobistych, mogą wyrazić zgodę na ujawnienie swojego wizerunku. Osoba, która udzieliła zgody, powinna wiedzieć, w jakiej formie jej wizerunek będzie przedstawiony, gdzie będzie opublikowany i w jakim czasie, a także jaki komentarz będzie temu towarzyszył⁸.

Ciężar wykazania uzyskania zezwolenia od uprawnionego obciąża tego, kto z wizerunku danej osoby korzysta. Zgody nie należy domniemywać. Może ona być w każdym czasie odwołana. Posiadanie zezwolenia na rozpowszechnianie wizerunku (a nie tylko na wykonanie zdjęcia) wyłącza bezprawność działania osoby rozpowszechniającej ten wizerunek. Należy mieć na uwadze, że udzielenie zgody ma charakter jednorazowy. Okoliczność, że rozpowszechnienie wizerunku nastąpiło za zgodą portretowanego, nie zwalnia osób trzecich, które zamierzają dalej rozpowszechniać taki wizerunek, od uzyskania ponownej zgody ze strony uprawnionego⁹.

W piśmiennictwie zwrócono uwagę, że aby móc stwierdzić naruszenie prawa do wizerunku, spełnione muszą zostać trzy warunki:

- osoba musi być rozpoznawalna na podstawie charakterystycznych cech; zgodnie z szerokim podejściem do definiowania tego dobra, składają się na nie nie tylko wygląd twarzy czy sylwetka człowieka; mogą to być też inne charakterystyczne, indywidualizujące elementy;
- elementy te pozwalają na identyfikację osoby, a nie skojarzenie z nią;
- osoba portretowana jest rozpoznawana nie tylko przez krąg najbliższych osób¹⁰.

Niewątpliwie regulacja zawarta w art. 13 ust. 2 i 3 Prawa prasowego ogranicza wolność prasy. Celem tego ograniczenia jest potrzeba poszanowania interesów indywidualnych podejrzanego – prawa do ochrony intymności i prywatności, także ochrony prawa do wizerunku. Ujawnienie w prasie danych pozwalających zidentyfikować osobę, przeciwko której toczy się postępowanie przygotowawcze, ingeruje bezpośrednio w sferę jej życia prywatnego, często także rodzinnego, może również prowadzić do naruszenia czci i dobrego imienia¹¹.

⁷ Por. SN w uzasadnieniu wyroku z 18.03.2008 r., sygn. IV CSK 474/07, OSNC Nr 6/2009, poz. 87.

⁸ Wyrok SA w Warszawie z 12.02.1998 r., sygn. I ACa 1044/97.

⁹ Wyrok SA w Warszawie z 29.09.2006 r., sygn. I ACa 385/2006.

¹⁰ J. Sieńczyło-Chlabicz, J. Banasiuk, *Cywilnoprawna ochrona wizerunku osób powszechnie znanych w dobie komercjalizacji dóbr osobistych*, Warszawa 2014, s. 79-80.

¹¹ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r., sygn. II CKN 1095/99, OSNC Nr 3/2003, poz. 42.

Publikacja wizerunku podejrzanego stanowi formę stygmatyzacji, zarówno samych podejrzanych, jak i ich rodzin. Negatywne skutki ujawnienia wizerunku w środowisku społecznym bywają dotkliwe i długotrwałe, a niekiedy wręcz nieodwracalne. Konsekwencji tych nierzadko nie jest w stanie wyeliminować nawet późniejsze wydanie wyroku uniewinniającego, który zapada z reguły po znacznym upływie czasu od chwili przedstawienia podejrzanemu zarzutu. Z tych też powodów Trybunał Konstytucyjny uznał, że art. 13 ust. 3 Prawa prasowego w zakresie, w jakim nie przewidywał zażalenia do sądu na wydane przez prokuratora zezwolenie na ujawnienie danych osobowych i wizerunku osób, przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze, jest niezgodny z art. 77 ust. 2 i art. 45 ust. 1 Konstytucji¹².

Decyzja sądu lub prokuratora o ujawnieniu wizerunku podejrzanego wymaga – jak wskazano wcześniej – występowania ważnego interesu społecznego, a więc interesu o określonym stopniu doniosłości. Kodeks postępowania karnego nie definiuje pojęcia interesu społecznego. Jest to klauzula generalna. Za uprawnione uznać należy założenie, że „interes społeczny” występuje wtedy, gdy ujawnienie wizerunku podejrzanego jest podyktowane względami istotnymi dla ogółu społeczeństwa, a nie jedynie poszczególnych osób. Należy podzielić pogląd, że termin „interes społeczny”, będący synonimem wyrażen „interes publiczny” lub „interes wymiaru sprawiedliwości”, jest semantycznie nieostry¹³. „Interes społeczny” jest terminem o treściowo zbliżonym zakresie, co „interes wymiaru sprawiedliwości”. Ten ostatni wyraża się w realizacji zadań określonych w art. 2 § 1 k.p.k., a więc między innymi w tym, aby sprawca przestępstwa został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a także zostały uwzględnione prawnie chronione interesy pokrzywdzonego. Są to więc cele zbieżne z szeroko rozumianym interesem społecznym.

Ochrony prawa do wizerunku można również poszukiwać na gruncie przepisów karnych. Na podstawie art. 190a § 2 Kodeksu karnego (dalej: k.k.) odpowiedzialności karnej podlega zachowanie polegające na podszywaniu się pod inną osobę, przy wykorzystaniu jej wizerunku, za pomocą którego jest ona publicznie identyfikowana, przez co wyrządzono jej szkodę majątkową lub osobistą. Przepis art. 191a § 1 k.k. przewiduje natomiast odpowiedzialność karną w związku z utrwalaniem wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, przy użyciu w tym celu przemocy, groźby bezprawnej lub podstęp. Wskazany przepis przewiduje także odpowiedzialność karną z tytułu rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej bez jej zgody. W art. 202 § 4b

¹² Por. wyrok TK z 18.07.2011 r., K 25/09 OTK ZU nr 6/A/2011, poz. 57.

¹³ I. Nowikowski, *Interes społeczny jako powód zmiany trybu ścigania przestępstw z oskarżenia prywatnego*, „Teki Komisji Prawniczej Polskiej Akademii Nauk Oddział w Lublinie” 2010, s. 150-163, <http://www.pan-ol.lublin.pl/wydawnictwa/TPraw3/Nowikowski.pdf> [dostęp: 30.04.2025].

k.k. ustawodawca przewiduje odpowiedzialność karną w stosunku do osoby, która produkuje, rozpowszechnia, prezentuje, przechowuje lub posiada treści pornograficzne przedstawiające wytworzony albo przetworzony wizerunek małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej. Przepisy Kodeksu karnego przewidują więc ochronę wizerunku osoby, przede wszystkim w obszarze naruszeń wolności seksualnej człowieka, a także naruszeń, które w związku z bezprawnym wykorzystaniem wizerunku prowadzą do powstania szkód osobistych lub majątkowych.

Ustawodawca w prawie polskim nie statuuje natomiast ochrony karnoprawej prawa do wizerunku uczestników postępowań sądowych. W większości systemów prawnych naruszenie prawa do wizerunku podlega także jedynie odpowiedzialności cywilnej¹⁴. Odmienne w Wielkiej Brytanii¹⁵ – traktowane jest jako zakłócenie prawidłowego przebiegu sprawowania wymiaru sprawiedliwości, w szczególności toku procesu.

Zagadnienie ochrony prawa do wizerunku podejrzanego w szerokim zakresie było przedmiotem orzecznictwa unijnego. Przykładowo w sprawie Sciacca przeciwko Włochom¹⁶ Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: Trybunał) uznał, że w przedstawionej sprawie doszło do naruszenia art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka¹⁷ (dalej: Konwencji), w związku z naruszeniem prawa do poszanowania życia prywatnego. Ustalono mianowicie, że w toku postępowania przygotowawczego skarżącą oskarżono o znowę przestępczą, oszustwa podatkowe i fałszerstwo. Po konferencji prasowej z udziałem prokuratury i policji skarbowej w dwóch dziennikach opublikowano artykuły na temat okoliczności stanowiących podstawę wszczęcia postępowania, ilustrowane fotografią przedstawiającą wizerunek skarżącej. Udostępnioną prasie fotografię wykonała policja skarbową.

Także w sprawie Toma przeciwko Rumunii¹⁸ Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że doszło do naruszenia art. 8 Konwencji (prawo do poszanowania życia prywatnego). Działanie policji polegało na wezwaniu dziennikarzy i umożliwieniu im sfilmowania skarżącego na posterunku policji, bez jego zgody oraz w celu opublikowania

¹⁴ Por. J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku uczestników postępowania sądowego – uwagi porównawcze, zalecenia Komitetu Ministrów Rady Europy oraz stanowisko Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, s. 35–48, https://repozytorium.uni.wroc.pl/Content/42740/PDF/05_Justyna_Balcarczyk.pdf [dostęp: 25.04.2025].

¹⁵ Contempt of Court Act 1981. c. 49 (U.K.).

¹⁶ Wyrok Trybunału (pierwsza izba) z 11.01.2005 r., Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH przeciwko Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna.

¹⁷ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.

¹⁸ Wyrok TS z 30.06.2016 r., C-205/15, DIRECTIA GENERALĂ REGIONALĂ A FINANTELOR PUBLICE BRASOV v. Vasile Toma i BIROUL EXECUTORULUI JUDEȚĂTORESC HORATIU-VASILE CRUDULECI, ZOTSiS 2016, nr 6, poz. I-499.

zdjęć w mediach, co stanowiło ingerencję w prawo skarżącego do poszanowania jego życia prywatnego. Trybunał stwierdził, że ingerencja w prawo skarżącego do poszanowania jego życia prywatnego nie zmierzała do jednego z uprawnionych celów przewidzianych w art. 8 ust. 2 Konwencji.

Podjmując próbę konkretyzacji przesłanek ujawnienia wizerunku podejrzanego na gruncie prawa krajowego, można wskazać na najczęściej przywoływane powody tej decyzji. Należą do nich przede wszystkim: potrzeba zapobieżenia dalszej przestępczej działalności podejrzanego, ustalenie przez organy ścigania nowych faktów i pozyskania dowodów, realizacja funkcji wychowawczej postępowania karnego, ostrzeżenie i uspokojenie opinii publicznej, a także ujawnienie osób pokrzywdzonych przestępstwem.

W sposób oczywisty nasuwa się pytanie, czy wskazane wyżej powody są wystarczająco doniosłe i uzasadniają ingerencję w prawo do wizerunku? Czy można powoływać się na wychowawcze aspekty prowadzonego postępowania karnego, nie bacząc na przysługujące każdemu podejrzanemu domniemanie niewinności? Czy wygaszanie emocji społecznych związanych z ujawnieniem wizerunku domniemanego sprawcy nie sprawia, że wskazane domniemanie niewinności staje się jedynie instytucją formalną o fasadowym znaczeniu?

Odpowiedź na powyższe pytania powinna uwzględniać również zakres praw gwarantowanych w art. 54 ust. 1 *in fine* Konstytucji, który stanowi: „każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji”.

Próbę rozwiązania poruszonego problemu, wynikającego z przeciwstawności wskazanych praw i chronionych wartości, podjął Rzecznik Praw Obywatelskich w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym¹⁹. Wyraził mianowicie pogląd, że obowiązujący art. 13 ust. 2 Prawa prasowego w zakresie, w jakim zakazuje bezwarunkowej publikacji danych i wizerunku osób wykonujących działalność publiczną, jest niezgodny z art. 54 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. W myśl tego poglądu umożliwienie publikacji danych i wizerunku osoby publicznej, przeciwko której toczy się postępowanie karne, dotyczące wykonywanej przez nią działalności publicznej, powinno wynikać z priorytetu zasady swobody wypowiedzi w stosunku do zasady ochrony prawa do prywatności. Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich stosunek nadrzędności prawa do informacji wynika z potrzeby realizacji podstawowej w demokratycznym państwie zasady prawa do informacji o zjawiskach mających wpływ na funkcjonowanie państwa i społeczeństwa, a także o sprawcach tych naruszeń, dotyczących publicznoprawnych nakazów i zakazów, których przestrzeganie ma podstawowe znaczenie dla rozwoju i trwania

¹⁹ Stanowisko zaprezentowane w sprawie VII.564.22.2015.MO przed Trybunałem Konstytucyjnym, sygn. akt P 119/15.

państwa prawa oraz społeczeństwa obywatelskiego. Zgodnie z tym twierdzeniem przeważające znaczenie w opisywanej sytuacji należy przyznać zasadzie swobody wypowiedzi, która spełniając rolę czynnika kontrolującego prawidłowość funkcjonujących w państwie mechanizmów, zapewnia też funkcjonowanie społeczeństwa, opierając się na wartościach przez nie podzielanych. W konsekwencji prawo podejrzanego gwarantowane w art. 47 Konstytucji, zgodnie z którym „każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym” – według tych twierdzeń – podlegałoby ograniczeniu na podstawie testu proporcjonalności zawartego w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Wskazany przepis ustawy zasadniczej pozwala bowiem na wprowadzenie na mocy ustawy ograniczeń w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw, wtedy gdy są one konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób.

Wobec tak kategorycznej oceny konkurencji norm wyrażonej przez Rzecznika Praw Obywatelskich rozważyć należy, czy dla realizacji zasady swobody wypowiedzi spełniającej wskazane wyżej cele jest niezbędne i jednocześnie konieczne, by dziennikarze mogli przekazywać społeczeństwu dane i wizerunek osób publicznych, co do których działań organy ścigania postawiły określone zarzuty. W konsekwencji, czy rzeczywiście wobec manifestującej się w oczywisty sposób kolizji dwóch praw: prawa do prywatności oraz prawa do informacji, przyznanie priorytetu dobrom osobistym, w tym prawu do wizerunku, prowadzi do nieuzasadnionego tamowania przepływu informacji.

Dokonując oceny kolizji norm, nie można też tracić z pola widzenia daleko posuniętej liberalizacji ochrony osób publicznych w systemie obowiązującego prawa. Zgodnie z art. 81 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych²⁰, nie wymaga zezwolenia rozpowszechnianie wizerunku osoby powszechnie znanej, jeżeli wizerunek wykonano w związku z pełnieniem przez nią funkcji publicznych, w szczególności politycznych, społecznych, zawodowych. Podobną ekscepcję w zakresie ochrony prywatności przewiduje również art. 14 ust. 6 Prawa prasowego, który zabrania bez zgody osoby zainteresowanej publikowania informacji oraz danych dotyczących prywatnej sfery życia, chyba że wiąże się to bezpośrednio z działalnością publiczną danej osoby.

Ewentualne przyznanie prymatu zasadzie swobody wypowiedzi kosztem prawa do prywatności prowadziłoby do uznania art. 13 ust. 2 Prawa prasowego jako niezgodnego z art. 54 ust. 1 Konstytucji, jeśli chodzi o osoby publiczne, przeciwko którym toczy się postępowanie karne.

²⁰ Dz.U. z 2019 r., poz. 1231, t.j. z dnia 3.07.2019.

Za taką oceną mogłyby przemawiać pewne racje. Przede wszystkim informacje przekazane społeczeństwu umożliwiają uświadomienie jego członków o zachowaniu osoby sprawującej funkcje publiczne, a także mającej dostęp do środków publicznych i nimi gospodarującej. Wskazany argument nabiera jeszcze silniejszego znaczenia w tych wypadkach, gdy chodzi o ujawnienie wizerunku osoby pochodzącej z wyborów powszechnych. W piśmiennictwie wskazywano, że dziennikarz ma prawo przedstawiać rozmaite formy zakłócenia prawidłowego funkcjonowania życia społecznego, w tym różnego rodzaju przewinień lub nieprawidłowości, których dopuścili się wysocy urzędnicy państwowi, samorządowi, a społeczeństwo ma prawo do otrzymania pełnej informacji o popełnieniu przestępstwa przez osobę publiczną oraz o toczącym się przeciwko niej postępowaniu²¹. Podnoszono też argument, że ujawnianie wizerunku osób powszechnie znanych wykonujących działalność publiczną, w sytuacji gdy toczy się przeciwko nim postępowanie karne, nie narusza gwarantowanej w art. 47 Konstytucji zasady ochrony prawa do prywatności, ponieważ wiadomo, że osoba prywatna, która wstępuje w sferę o charakterze publicznym, musi liczyć się z osłabieniem ochrony jej prywatności²².

Takie ekstensywne ujęcie prawa do informacji wymaga udzielenia odpowiedzi na pytanie, kogo należy traktować jako osobę publiczną: czy każdą osobę funkcjonującą w życiu publicznym, czy też pojęcie to należy zawęzić tylko do tych osób, które podejmują czynności w związku z pełnioną funkcją publiczną, zajmowanym stanowiskiem lub wykonywanym mandatem zaufania publicznego²³. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazano, że element dysponowania środkami publicznymi samoistnie i niejako automatycznie przesądza o publiczności funkcji²⁴. Mając na uwadze, że przedmiotem analizy jest zagadnienie dopuszczalności ujawnienia wizerunku w postępowaniu karnym, za najbardziej miarodajną uznać należy definicję autentyczną „osoby pełniącej funkcję publiczną” zawartą w art. 115 § 19 k.k. W rozumieniu tego przepisu jest nią „funkcjonariusz publiczny, członek organu samorządowego, osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, chyba że wykonuje wyłącznie czynności usługowe, a także inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową”.

Dla ustalenia dopuszczalnych granic ingerencji w prawo do wizerunku przydatna może okazać się treść Zaleceń Komitetu Ministrów Rady Europy Rec (2003)13,

²¹ R. Koper, *Jawność rozprawy głównej a ochrona prawa do prywatności w procesie karnym*, Oficyna 2010, wydanie elektroniczne, uwagi w części 3. 5. 1. 2. Zezwolenie udzielane przez sąd.

²² Por. *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. 1: *Komentarz do artykułów 1-18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 645.

²³ J. Sieńczyło-Chlabicz, *Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę*, Zakamycze 2006, s. 234-235.

²⁴ Wyrok SN z 10.07.2013 r., IV KK 92/13.

skierowanych do państw członkowskich w sprawie zasad informacji przekazywanych przez media odnośnie do postępowań karnych²⁵. Godnym podkreślenia jest to, że zgodnie z art. 8 Zaleceń, dotyczącym ochrony prawa do prywatności w toku trwających postępowań karnych, udzielanie informacji na temat podejrzanych, oskarżonych, skazanych lub innych stron w postępowaniach karnych powinno być zgodne z ich prawem do ochrony prywatności, określonym w artykule 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Wskazany przepis Konwencji stanowi, że każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. Ochrona ta przysługuje nie tylko podejrzany, lecz także ich rodzinom. W Zaleceniach zwrócono uwagę, że podejmując decyzję o ujawnieniu informacji, należy dogłębnie rozważyć ewentualny szkodliwy wpływ, jaki może wyrzucić na powyżej wskazane osoby ujawnienie informacji. W uzasadnieniu do Zaleceń wskazano także, że nie można odmówić osobom ochrony wynikającej z art. 8 wymienionej Konwencji z racji faktu ich udziału w postępowaniu karnym. Podkreślono też, że samo ujawnienie wizerunku oskarżonego bądź skazanego może stanowić bardziej dotkliwą karę niż zasądzona sankcja karna. Dodatkowo może to uniemożliwić reintegrację takiej osoby w społeczeństwie²⁶.

Podkreślenia wymaga, że art. 18 Zaleceń odnoszący się do zasad sprawozdawczości sądowej, dotyczącej już zakończonego postępowania karnego, wskazuje, że ochrona prywatności wywiedziona z art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności powinna obejmować także prawo do ochrony tożsamości skazanego w powiązaniu z popełnionym przestępstwem, co ma zapobiegać naruszaniu i uniemożliwianiu reintegracji społecznej osoby, która wykonała wyrok sądowy.

Nawiązując natomiast do poglądów prezentowanych na gruncie prawa polskiego, należy odnieść się do proponowanego przez Rzecznika Praw Obywatelskich²⁷ katalogu okoliczności, które powinny być brane pod uwagę przy rozstrzyganiu konfliktu swobody wypowiedzi z prawem do prywatności. Zalicza do nich: wartość wypowiedzi dla debaty o sprawach publicznych, stopień znajomości osoby, której wypowiedź dotyczy, oraz – co stanowi przedmiot tej wypowiedzi – wcześniejsze postępowanie tej osoby, sposób uzyskania informacji i jej wiarygodność, a także okoliczności wykonania zdjęć tej osoby, zawartość, forma i następstwa publikacji oraz surowość sankcji wymierzonej sprawcy naruszenia prywatności.

²⁵ Zalecenia zostały przyjęte przez Komitet Ministrów Rady Europy 10 lipca 2003 r., na 848 posiedzeniu. Dostępne pod adresem: http://www.ebu.ch/CMSimages/en/leg_ref_coe_r2003_13_criminal_proceedings_100703_tcm6-5020 [dostęp: 30.04.2025].

²⁶ Szerzej na ten temat: J. Balcarczyk, *op. cit.*, s. 35–48.

²⁷ Stanowisko zaprezentowane w sprawie VII.564.22.2015.MO, *op. cit.*

Nie negując społecznego wymiaru i znaczenia prawa do informacji, nie sposób nie zauważyć, że proponowane w stanowisku Rzecznika Praw Obywatelskich kryteria oceny podstaw ujawnienia wizerunku podejrzanego nie odnoszą się do wszystkich aspektów decyzji o ujawnieniu wizerunku. Z przedstawionej propozycji nie wynika bowiem, kto: sąd czy dziennikarz ma dokonywać oceny występowania przesłanek publikacji wizerunku podejrzanego. W konsekwencji jako oczywiste nasuwa się pytanie, czy wskazane przesłanki ujawnienia wizerunku mają być badane *ex post*, a więc już po ujawnieniu wizerunku podejrzanego, czy przed podjęciem tej decyzji. Każda z tych możliwości wywołuje istotne zastrzeżenia. Jeśli bowiem ocena ta miałaby być dokonywana przed podjęciem decyzji o publikacji, a więc *ex ante*, oznacza to, że dysponentem tej decyzji ma być dziennikarz, a więc podmiot zainteresowany publikacją; jeżeli natomiast ocena zasadności ujawnienia wizerunku przez dziennikarza miałaby być dokonywana *ex post*, oznacza to, że zasadność publikacji wizerunku miałby oceniać sąd, a więc już po dokonaniu naruszenia prawa do wizerunku. Każde z tych rozwiązań w sposób oczywisty jawi się jako wadliwe.

Na tle zarysowanych poglądów na temat ochrony wizerunku podejrzanego w postępowaniu przygotowawczym, podejmując próbę przedstawienia własnego stanowiska, zasadnym wydaje się podkreślić, że treść omawianych regulacji prawnych jest zdeterminowana nie tyle funkcjonalnie, co aksjologicznie, gdyż w istocie stanowi pochodną sporu o miejsce, w którym należy wytyczyć granicę między opozycyjnymi wartościami: prawem do prywatności a prawem do informacji. Nie można oczywiście pomijać znaczenia ujawnienia wizerunku podejrzanego dla efektów postępowania karnego, chociażby w związku z wydaniem listu gończego w celu ustalenia miejsca pobytu oskarżonego, w stosunku do którego zapadło postanowienie o tymczasowym aresztowaniu (art. 280 § 1 pkt 2 k.p.k.), czy też z uwagi na potrzebę ustalenia osób pokrzywdzonych przestępstwem. Te względy prakseologiczne niewątpliwie przemawiają za potrzebą ujawnienia wizerunku podejrzanego. Oczywistym jest również, że ujawnienie to następuje z uwagi na ważny interes społeczny, realizuje bowiem funkcje państwa, jaką jest sprawowanie wymiaru sprawiedliwości.

Decyzja o ujawnieniu wizerunku podejrzanego stanowi wypadkową krzyżowania się interesów: indywidualnego (podejrzanego, objętego domniemaniem niewinności) i grupowego (społeczeństwa uprawnionego do pozyskiwania informacji). Prywatność ulega niewątpliwie uszczupleniu w każdym wypadku, gdy decyzja o ujawnieniu informacji osobowej zapada niezależnie od woli samego zainteresowanego, pozbawiając go wpływu na kształtowanie swego wizerunku w stosunkach społecznych²⁸.

²⁸ Por. wyrok TK z 12.12.2005 r., sygn. K 32/04, OTK ZU Nr 11/A/2005, poz. 132.

Zgodzić należy się z poglądem zaprezentowanym przez Sąd Najwyższy, zgodnie z którym przewidziane w art. 13 ust. 2 i 3 Prawa prasowego ograniczenie wolności prasy uzasadnione jest poszanowaniem interesów indywidualnych osób uczestniczących w postępowaniu karnym – prawa do ochrony wizerunku, intymności i prywatności. W pojęciu prywatności mieści się bowiem między innymi uprawnienie jednostki do decydowania o zasięgu informacji udostępnianych i komunikowanych innym osobom, zwane autonomią informacyjną²⁹. „Z dobrodziejstwa utajnienia swoich danych osobowych i wizerunku mogą skorzystać również osoby publiczne, osoby pełniące funkcje publiczne czy osoby powszechnie znane”³⁰.

Opowiadając się za potrzebą utrzymania ograniczeń prawa do informacji zawartych w 13 ust. 2 i 3 Prawa prasowego, ze względu na konieczność poszanowania prawa do prywatności mam na uwadze nie tylko względy pragmatyczne, lecz przede wszystkim uwarunkowania społeczno-kulturowe, w tym znaczenie i realny wpływ informacji prasowej na kształtowanie poglądów i postaw społecznych. W obliczu przemożnego wpływu mediów na kształtowanie opinii publicznej brak wskazanych ograniczeń czyniłby fundamentalną zasadę procesu karnego – domniemania niewinności (art. 5 § 2 k.k.) – instytucją pozorną o zasięgu działania ograniczonym do wąskiego kręgu adresatów, czyli sądów i profesjonalnych uczestników postępowania karnego. Nie wymaga szerszej argumentacji twierdzenie, że nie taki zakres oddziaływania domniemania niewinności realizuje jej rzeczywistą funkcję, wykraczającą daleko poza ramy procesu karnego. Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 11 ust. 1 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka³¹ każdy człowiek oskarżony o popełnienie przestępstwa ma prawo, aby uznawano go za niewinnego dopóty, dopóki jego wina nie zostanie mu udowodniona zgodnie z prawem podczas publicznego procesu, w którym miał wszystkie gwarancje konieczne dla swojej obrony. Podobnie art. 14 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych³² stanowi, że każda osoba oskarżona o popełnienie przestępstwa ma prawo być uważana za niewinną aż do udowodnienia jej winy zgodnie z ustawą. Również art. 6 ust. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka potwierdza, że każdego oskarżonego o popełnienie czynu zagrożonego karą uważa się za niewinnego do czasu udowodnienia mu winy zgodnie z ustawą. Powyższa zasada wysłowiona została również w art. 42 ust. 3 Konstytucji, który stanowi, że każdego uważa się za niewinnego, dopóki jego wina nie zostanie stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu.

²⁹ Tak SN w wyroku z 5.04.2002 r., sygn. II CKN 1095/99, OSNC Nr 3/2003, poz. 42.

³⁰ Wyrok SN z 18.03.2008 r., IV CSK 474/2007, OSNC 2009, nr 6, poz. 87.

³¹ Zbiór praw człowieka i zasad ich stosowania uchwalony przez Zgromadzenie Ogólne ONZ rezolucją 217/III A w dniu 10 grudnia 1948 roku w Paryżu, United Nations, A/RES/3/217.

³² Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., Dz.U.1977.38.167 z dnia 1977.12.29.

Powszechna z uwagi na zakres oddziaływania prasy stygmatyzacja podejrzanego, wynikająca z ujawnienia jego wizerunku, narusza wskazane zasady, wywołując skutki wykraczające poza czas trwania postępowania karnego, rzutując również na dalsze życie podejrzanego, nawet po odbyciu przez niego orzeczonej kary.

Nie można również pomijać jakże doniosłej okoliczności, że ujawnienie wizerunku podejrzanego już w trakcie postępowania w istocie realizuje funkcje właściwe dla środka karnego przewidzianego w art. 39 k.k. – podania wyroku do publicznej wiadomości. Nie wymaga też szerszej argumentacji, że ujawnienie wizerunku podejrzanego może być o wiele bardziej dolegliwe niż wykonanie wskazanego środka karnego, które ogranicza się do podania imienia i nazwiska skazanego oraz okoliczności czynu wraz z jego kwalifikacją prawną.

Poczynione odniesienia w niezwykle wyrazisty sposób ujawniają dysonans wynikający z ujawnienia wizerunku w trakcie prowadzonego postępowania w zestawieniu ze środkiem karnym orzekanym już po fakcie przesądzenia o sprawstwie i winie sprawcy czynu.

Dokonując oceny relacji, w jakich pozostają poszczególne prawa odnoszące się do chronionych konstytucyjnie dóbr i wartości, należy pamiętać, że zakres tej ochrony podlega stałej ewolucji, ponieważ jest ona ściśle związana z panującym w społeczeństwie systemem wartości. Często są one wewnętrznie skonfliktowane, zrelatywizowane. Można z dużą dozą prawdopodobieństwa prognozować, że wybór priorytetu między ochroną wizerunku a prawem do informacji dokonywany aktualnie nie będzie tożsamy z tym, jaki zostanie dokonany w perspektywie kolejnych 10-20 lat. Obowiązujący w tym względzie system prawny pełni bowiem jedynie rolę służebną, odzwierciedlając przeważające w społeczeństwie racje o jednoznacznie aksjologicznej wymowie.

De lege lata pozostaje jedynie wyrazić oczekiwanie, aby rozstrzygnięcie o losach ludzi, o ich elementarnych prawach, w tym o uprawnieniach zupełnie szczególnych, do których należy prawo do ochrony wizerunku, było atrybutem tych, którzy potrafią z niego korzystać w sposób rozważny i powściągliwy, ważąc w sposób właściwy racje społeczne i bacząc, by nie doznały uszczerbku dobra jednostki.

Literatura

- Balcarczyk J., *Prawo do wizerunku uczestników postępowania sądowego – uwagi porównawcze, zalecenia Komitetu Ministrów Rady Europy oraz stanowisko Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, https://repozytorium.uni.wroc.pl/Content/42740/PDF/05_Justyna_Balcarczyk.pdf.
- Barta J., Markiewicz R., *Wokół praw do wizerunku*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej” 2002, z. 80.
- Grzeszak T., *Reklama a ochrona dóbr osobistych (naruszenie praw osobistych wykorzystanych w reklamie żyjących osób fizycznych)*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2000, z. 2.
- Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. 1: *Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010.

- Koper R., *Jawność rozprawy głównej a ochrona prawa do prywatności w procesie karnym*, Oficyna 2010.
- Nowikowski I., *Interes społeczny jako powód zmiany trybu ścigania przestępstw z oskarżenia prywatnego*, „Teki Komisji Prawniczej Polskiej Akademii Nauk Oddział w Lublinie” 2010, <http://www.pan-ol.lublin.pl/wydawnictwa/TPraw3/Nowikowski.pdf>.
- Sieńczyło-Chłabicz J., *Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę*, Zakamycze 2006, s. 234-235.
- Sieńczyło-Chłabicz J., Banasiuk J., *Cywilnoprawna ochrona wizerunku osób powszechnie znanych w dobie komercjalizacji dóbr osobistych*, Warszawa 2014.

Orzecznictwo

- Wyrok SN z 5.04.2002 r., sygn. II CKN 1095/99, OSNC Nr 3/2003, poz. 42.
- Wyrok SN z 20.05.2004 r., sygn. II CK 330/03.
- Wyrok SN z 18.03.2008 r., sygn. IV CSK 474/07, OSNC Nr 6/2009, poz. 87.
- Wyrok SN z 15.10.2009 r., sygn. I CSK 72/09.
- Wyrok SN z 10.07.2013, sygn. IV KK 92/13.
- Wyrok SA w Warszawie z 12.02.1998 r., sygn. I ACa 1044/97.
- Wyrok SA w Warszawie z 29.09.2006 r., sygn. I ACa 385/2006.
- Wyrok TK z 12.12.2005 r., sygn. K 32/04, OTK ZU Nr 11/A/2005, poz. 132.
- Wyrok TK z 18.07.2011 r., K 25/09 OTK ZU nr 6/A/2011, poz. 57.
- Wyrok TS (pierwsza izba) z 11.01.2005 r., Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH przeciwko Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, sprawa C-26/03.
- Wyrok TS z 30.06.2016 r., C-205/15, DIRECTIA GENERALĂ REGIONALĂ A FINANTELOR PUBLICE BRASOV v. Vasile Toma I BIROUL EXECUTORULUI JUDECĂTORESC HORATIU-VASILE CRUDULECI, ZOTSiS 2016, nr 6, poz. I-499.

Dominika Skoczylas

Uniwersytet Szczeciński

ORCID 0000-0003-1231-8078

dominika.skoczylas@usz.edu.pl

Cyberprzestrzeń samobójców w kontekście prawnokarnym i administracyjnoprawnym

Słowa kluczowe: cyberprzestępczość, cyberprzestrzeń, cyberterroryzm, cyberworking, samobójstwa prowokowane przez internet

Streszczenie. Celem rozdziału jest wskazanie, jak cyberprzestrzeń może kształtować postawy aktywizujące i propagujące zachowania mające na celu promowanie samobójstwa w określonych grupach docelowych. Przedmiotem badania jest w pierwszej kolejności określenie zagrożeń związanych z propagowaniem określonych wzorców zachowań w cyberprzestrzeni, szczególnie w aspekcie ochrony życia i zdrowia użytkowników sieci. Po drugie, przedstawienie regulacji prawnych, w tym prawnokarnych i administracyjnoprawnych, umożliwiających skuteczną ochronę prawną osób korzystających z nowoczesnych technologii informacyjno-komunikacyjnych. Pierwsza część pracy odnosi się do określenia rodzaju i metod oraz działań stosowanych w cyberprzestrzeni, których skutkiem jest prowokowanie samobójstw w świecie rzeczywistym. Wskazana zostanie również materia ochrony cyberprzestrzeni w odniesieniu do jej użytkowników oraz aspekty prawnokarne. Druga przedstawia możliwe formy pomocy i czynności podejmowane prewencyjnie, w celu zmniejszenia skali zjawiska e-samobójstw. Przywołana zostanie praktyka pracy administracyjnej (socjalnej) cyberworkerów. Analiza tematu pozwoli odpowiedzieć na pytania: „czy treści zawarte w internecie mogą znacząco wpływać na bezpieczeństwo jednostki w świecie rzeczywistym?”, „czy aktualnie obowiązujące regulacje prawne są w stanie skutecznie ochronić jednostkę przed zagrożeniami cyberprzestrzeni?”, „czy przeniesienie działań pracowników administracji publicznej do sieci może mieć swoje pozytywne skutki?”. Jeżeli administratorzy stron i użytkownicy platform internetowych będą w stanie szybko i właściwie reagować na incydenty sieciowe, wówczas możliwe będzie zastosowanie optymalnych rozwiązań prawnokarnych i administracyjnoprawnych. Przyjęte metody badawcze obejmują komparatystyczną analizę podstawowych aktów prawnych, m.in.: aktów prawa unijnego oraz literatury przedmiotu. Z uwagi na niemałe zainteresowanie w zakresie wykorzystywania narzędzi teleinformatycznych jako środków przekazu informacji propagujących akty samobójcze wśród użytkowników internetu, wskazany temat wydaje się nad wyraz oryginalny i aktualny. Ponadto może być przydatny dla administratorów i użytkowników stron internetowych w kwestii kwalifikacji zagrożenia i zgłoszenia incydentu odpowiednim instytucjom.

The cyberspace of suicides in the criminal and administrative context

Keywords: cybercrime, cyberspace, cyberterrorism, cyberworking, suicides provoked via the Internet

Summary. The aim of the chapter is to show how cyberspace can shape attitudes that activate and promote behavior aimed at promoting suicide in specific target groups. The subject of the study is, in the first place, to identify threats related to the promotion of certain patterns of behavior in

cyberspace, especially in terms of protecting the life and health of network users. Secondly, the presentation of legal regulations, including criminal and administrative law, enabling effective legal protection of people using modern information and communication technologies. The first part of the work relates to the determination of the type and methods of activities used in cyberspace, which result in provoking suicides in the real world. The matter of cyberspace protection in relation to its users and criminal law aspects will also be indicated. The second one presents possible forms of help and preventive measures taken to reduce the scale of the e-suicide phenomenon. The administrative (social) work practice of cyberworkers will be referenced. The analysis of the topic will allow you to answer the questions: „can the content on the Internet significantly affect the safety of an individual in the real world?”, „are the current legal regulations able to effectively protect an individual against cyberspace threats?”, „is the transfer of activities of public administration employees to the network can have its positive effects?”. If website administrators and users of internet platforms are able to react quickly and appropriately to network incidents, then it will be possible to apply optimal criminal and administrative law solutions. The adopted research methods include a comparative analysis of basic legal acts, including EU law acts and subject literature. Due to considerable interest in the use of ICT tools as a means of transmitting information promoting suicide acts among Internet users, the indicated topic seems extremely original and up-to-date. In addition, it can be useful for administrators and website users to classify the threat and report the incident to appropriate institutions.

Spółeczeństwo informacyjne, komunikacja elektroniczna, cyberbezpieczeństwo – uwagi wprowadzające

Zainteresowanie nowoczesnymi rozwiązaniami technologicznymi ukształtowało nowy model społeczeństwa, nazwanego społeczeństwem informacyjnym. Charakteryzuje je nieustanna potrzeba dostępu do informacji i przetwarzania danych. Niewątpliwie środki komunikacji elektronicznej umożliwiają nieograniczoną wymianę informacji. Za elektronicznym przekazem przemawiają głównie: innowacyjność urządzeń i narzędzi teleinformatycznych, szybki i nieprzerwany obieg informacji, globalna łączność, możliwość porozumiewania się w dowolnym momencie, niewielkie koszty przesyłania komunikatów, transmitowalność informacji, podtrzymywanie więzi międzyludzkiej, załatwianie spraw urzędowych online. Tym samym wzrasta liczba usług, które można zrealizować, posługując się środkami komunikacji elektronicznej, a dotyczą one m.in. korzystania z poczty elektronicznej, e-baz danych i różnego typu e-usług: administracyjnych, medycznych czy finansowych¹. Społeczeństwo informacyjne traktuje internet jako źródło informacji, a odnalezione w sieci treści jako pewnego rodzaju wskazówki niezbędne do prawidłowego funkcjonowania jednostki tak w świecie rzeczywistym, jak i wirtualnym. Digitalizacja i komputeryzacja miały wpływ na zmianę form komunikacji międzyludzkiej na odległość. Przekazywanie zarówno tekstu, dźwięku, jak i obrazu zwiększyło proces integracji w skali globalnej. Usługi multimedialne pozwalają na instalację specjalnych połączeń i używanie hiperłączy, stwarzając nieograniczone

¹ M. Gołka, *Czym jest społeczeństwo informacyjne?*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, nr 4(26), s. 258–260.

możliwości telekomunikacyjne. Selekttywne łączenie wszystkiego i wszystkich na świecie w efekcie wpływa na globalizację produkcji, gospodarki, nauki, technologii, inwestycji, kultury i relacji społecznych².

Globalny zasięg technologii komunikacyjnej służy nie tylko wymianie informacji czy zawieraniu transakcji elektronicznych, ale ma walor międzyludzki, tzn. sprzyja budowaniu relacji społecznych. Podkreślić należy aktywność Unii Europejskiej w przedmiocie wprowadzania zasad bezpieczeństwa sieci i systemów teleinformatycznych. Na uwagę zasługują: rozporządzenie eIDAS³, oraz dyrektywa NIS⁴ i jej następczyni – dyrektywa NIS2⁵. Rozporządzenie eIDAS uzasadnia znaczenie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania. Jednocześnie zagrożenie bezpieczeństwa transakcji elektronicznych uznaje za kluczowe ze względu na prawidłowe funkcjonowanie rynku wewnętrznego Unii Europejskiej. Z kolei dyrektywa NIS reguluje obowiązki państw co do przyjęcia jednolitej strategii ochrony bezpieczeństwa sieci i systemów teleinformatycznych, konkretnie w kwestii świadczenia usług kluczowych i cyfrowych czy reagowania na tzw. incydenty sieciowe. Unijna polityka zakłada przyjęcie właściwych standardów w zakresie cyberbezpieczeństwa na poziomie krajowym. Zważywszy na z jednej strony rozbieżności w implementacji dyrektywy NIS w poszczególnych państwach członkowskich Unii Europejskiej, a także intensyfikację cyberzagrożeń podjęto decyzję w zakresie aktualizacji działań (polityki) na rzecz osiągnięcia wysokiego wspólnego poziomu cyberbezpieczeństwa w całej Unii. Pokłosiem powyższego jest dyrektywa NIS2, która konkretyzuje m.in. obowiązki państw członkowskich w materii przyjęcia krajowych strategii cyberbezpieczeństwa, kwestie dotyczące zarządzania kryzysowego w cyberbezpieczeństwie, środki zarządzania ryzykiem w cyberbezpieczeństwie czy zasady i obowiązki w zakresie wymiany informacji o cyberbezpieczeństwie. Ponadto dokonuje podziału na tzw. podmioty kluczowe i podmioty ważne.

Treści zawarte w internecie mogą mieć często mylne i sprzeczne znaczenie, natomiast doniosłe konsekwencje dla zdrowia i życia ludzkiego. Wyzwania, które można

² M. Castells, *The New Public Sphere: Global Civil Society, Communication Networks, and Global Governances*, „The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science” 2008, vol. 616, issue 1, s. 81.

³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE, Dz. Urz. UE L 257/73 z 28.08.2014 r.; dalej: rozporządzenie eIDAS.

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1148 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii, Dz. Urz. UE L 194; dalej: dyrektywa NIS.

⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2555 z dnia 14 grudnia 2022 r. w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu cyberbezpieczeństwa na terytorium Unii, zmieniająca rozporządzenie (UE) nr 910/2014 i dyrektywę (UE) 2018/1972 oraz uchylająca dyrektywę (UE) 2016/1148 (Dz. Urz. UE L Nr 333, s. 80), dalej: dyrektywa NIS2.

zauważyć, dotyczą z jednej strony monitoringu zachowań użytkowników cyberprzestrzeni, z drugiej analizy potencjalnych zagrożeń. Szansą na zapewnienie bezpieczeństwa sieciowego może być zastosowanie sztucznej inteligencji oraz skonstruowanie struktury reagowania na realne zagrożenia świadczenia e-usług i poufności danych osobowych. Interdyscyplinarny charakter zagadnień pozwala na przyjęcie założenia, że bezpieczeństwo internetu zależy od świadomości społeczeństwa, prowadzonej polityki oraz wdrożenia najlepszej wiedzy administracyjnoprawnej, informatycznej i matematycznej w procesie zwalczania cyberprzestępczości⁶. Stąd rozwiązania prawne należałoby przełożyć na bezpieczeństwo sieci i systemów teleinformatycznych.

Jednym z największych zagrożeń komunikacji elektronicznej jest uzależnienie od internetu, w szczególności traktowanie informacji w nim zawartych jako fundamentalnych zasad postrzegania świata i innego człowieka. Cyberprzestrzeń stanowi doskonały obszar działania cyberprzestępców, cyberchuliganów, cyberterrorystów. Jest również potencjalnym źródłem promowania niekoniecznie właściwych wzorców zachowania wśród młodych ludzi. Jak słusznie zauważył Piotr Kurkowski, to właśnie ta grupa jest w największym stopniu narażona na ryzyko wystąpienia zagrożeń właściwego korzystania z cyberprzestrzeni, do których należy zaliczyć: dostęp do platform zawierających treści pornograficzne, popularyzujących przemoc, agresję, terroryzm czy nakłaniających do popełniania samobójstw⁷. W tym zakresie to dorośli powinni zachować szczególną czujność i kontrolować komunikację elektroniczną małoletnich.

Nadmierne użytkowanie nowoczesnych technologii może doprowadzić do zastąpienia bezpośredniego kontaktu interpersonalnego – kontaktem wirtualnym. Przebywanie w sieci oczywiście samo w sobie nie jest zjawiskiem negatywnym, ale może takim się stać ze względu na przeciążenie informacyjne i uzależnienie od komputera. Anonimowość kontaktów w cyberprzestrzeni sprzyja zbieraniu informacji na temat metod i sposobów dokonywania irracjonalnych zachowań, których najczęściej człowiek w rzeczywistości by nie popełnił. Utrata więzi emocjonalnych z najbliższymi, a jednocześnie poszukiwanie przyjaciół i wsparcia wśród anonimowych użytkowników internetu może pogłębiać zaburzenia natury psychologicznej i obniżenie własnej wartości, depresję, a nawet powodować pojawienie się myśli samobójczych. Zerwanie kontaktów bezpośrednich (socjomania internetowa) ułatwia prowokowanie niebezpiecznych zachowań⁸. Może się zatem wydawać, że

⁶ M.D. Cavelty, A. Wenger, *Cyber security meets security politics: Complex technology, fragmented politics, and networked science*, „Contemporary Security Policy” 2019, nr 41(1) s. 21.

⁷ P. Kurkowski, *Wpływ łączności internetowej na komunikację społeczną*, „Młoda Humanistyka” 2018, nr 2(12), s. 6-7, <http://www.humanistyka.com/index.php/MH/article/view/210/186> [dostęp: 18.05.2021].

⁸ A. Knapik, M. Kozłowska, B. Kocyan, *Rosnący problem uzależnień behawioralnych – uwięzieni w sieci*, [w:] *Online i offline. Obraz współczesnego społeczeństwa*, red. M. Janiszewska, P. Szymczyk, Lublin 2018, s. 34-35.

narzędzia teleinformatyczne mogą stworzyć czy uzupełnić relacje międzyludzkie. Komunikacja masowa jest zdecydowanie prostsza i szybsza niż nawiązanie relacji w świecie rzeczywistym. Dzięki czatom i komunikatorom możliwe staje się dopasowanie określonego grona osób do indywidualnych preferencji użytkownika na podstawie podobnych poglądów czy zainteresowań. Pogłębionej analizy wymaga to, czy zapewnienie jedynie kontaktów wirtualnych nie zagraża rozpadowi społeczeństwa i pogłębieniu poczucia samotności⁹.

Komunikacja elektroniczna pozwala na swobodny przepływ informacji i danych. Ochronę danych osobowych przetwarzanych w elektronicznych rejestrach można zapewnić w dwojaki sposób: zaniechać jakiegokolwiek udostępniania danych osobowych w internecie albo odpowiednio zabezpieczać je hasłami czy blokadami dostępu. Regulacje w zakresie ochrony danych osobowych zawarte w RODO¹⁰ wskazują specyficzne zasady ochrony danych osobowych. Rozporządzenie obejmuje bezpieczeństwo użytkowników sieci będących osobami fizycznymi. W motywie 30 preambuły mowa o identyfikatorach internetowych osób fizycznych, takich jak adresy IP, identyfikatory plików cookie – generowane przez ich urządzenia, aplikacje, narzędzia i protokoły czy też inne identyfikatory, generowane na przykład przez etykiety RFID. W rezultacie szczególną ochronę prawną uzyskują również ślady identyfikujące przemieszczanie się użytkownika w sieci. Zresztą dla administratorów platform internetowych rodzaj danych udostępnianych w internecie nierzadko umożliwia identyfikację i ustalenie tożsamości jednostek, które planują popełnić samobójstwa.

Ponadto w sieci można odnaleźć treści nakłaniające do dokonania czynów zabronionych, wskazujące cel określonego postępowania, jednocześnie wspierające niekoniernie słuszną ideę. Nieograniczona przestrzeń dyskusji, za jaką uznawany jest internet, coraz częściej, niestety, wykracza poza granice wyznaczonych przez społeczeństwo standardów. Stając się wówczas miejscem, w którym bezkarność zachowań może spowodować wyjątkowo niebezpieczne skutki, jakim jest targnięcie się na własne życie. Użytkownicy internetu niezwykle łatwo i szybko przekazują swoje dane osobowe, ryzykując tym, że mogą zostać one wykorzystane przez osoby bądź zorganizowane grupy do popełnienia czynów przestępczych. Często dobrowolnie społeczeństwo udziela bardzo ekskluzywnych informacji na swój temat, które mogą być wykorzystane w już niezależnych od nich celach. Doskonale zdają sobie z tego sprawę użytkownicy i administratorzy mediów społecznościowych

⁹ J.A.G.M. Van Dijk, *The Network Society. Social Aspects of New Media*, Second edition, London–Thousand Oaks–New Delhi 2006, s. 156.

¹⁰ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz.Urz. UE L 119/1; dalej: RODO.

i aplikacji mobilnych. Warto zastanowić się nad tym, czy faktycznie współcześnie można ustrzec się od ryzyka, jakie niesie ze sobą wykorzystywanie nowoczesnych narzędzi komunikacji elektronicznej¹¹.

Propagowanie zachowań destrukcyjnych czy odnoszących się wprost do promowania samobójstwa w świecie wirtualnym jest zdecydowanie łatwiejsze niż w rzeczywistości. Dlatego też badając temat cyberprzestrzeni samobójców, przede wszystkim należy skupić się na charakterystyce cyberprzestrzeni jako miejsca wymiany informacji o metodach i sposobach zachęcających do popełniania samobójstw. Ponadto określić zaangażowanie organów władzy publicznej, instytucji publicznych i prywatnych w ramach pomocy osobom, które są potencjalnie narażone na zjawisko e-samobójstw.

Cyberbezpieczeństwo użytkowników internetu

Fundamentalne znaczenie na płaszczyźnie ochrony użytkownika sieci ma zapewnienie bezpieczeństwa w świecie wirtualnym. Pojęcie cyberbezpieczeństwa w ustawowym brzemieniu oznacza odporność systemów informacyjnych na działania, których efektem może być naruszenie poufności, integralności, dostępności i autentyczności przetwarzanych danych lub związanych z nimi usług oferowanych przez te systemy¹². Należy wyjaśnić, że cyberbezpieczeństwo jest na tyle ważnym elementem funkcjonowania społeczeństwa i państwa, że niezbędne jest wprowadzenie konkretnych, aczkolwiek nie nazbyt restrykcyjnych rozwiązań prawnych. Oznacza to, że przyjęte regulacje powinny zapewnić bezpieczeństwo w skali makro, tj. w odniesieniu do infrastruktury krytycznej i usług kluczowych, oraz w skali mikro – poszczególnych użytkowników sieci. Z tym że w drugim znaczeniu ustawodawca powinien uważać, aby wprowadzone zasady nie zagrażały prywatności i wolności komunikacji elektronicznej¹³. Innymi słowy: „bezpieczeństwo w cyberprzestrzeni należy traktować bardzo szeroko, ze względu na zachowanie odpowiedniego poziomu ochrony wszystkich użytkowników sieci”¹⁴.

Z uwagi na intensyfikację cyberzagrożeń, szczególną uwagę należy zwrócić na wdrożenie określonych standardów ochrony użytkowników e-informacji. Cyber-

¹¹ G.N. Reddy, G.J.U. Reddy, *A study of cyber security challenges and its emergning trends on latest technologies*, https://www.researchgate.net/publication/260126665_A_Study_Of_Cyber_Security_Challenges_And_Its_Emerging_Trends_On_Latest_Technologies [dostęp: 22.04 2024].

¹² Art. 2 pkt 4 ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa (Dz.U. z 2024 r. poz. 1077, 1222).

¹³ G.T. Nojeim, *Cybersecurity and Freedom on the Internet*, „Journal of National Security Law & Policy” 2010, vol. 4, no 1, s. 137.

¹⁴ D. Skoczylas, *The Act on the National Cybersecurity System and Other Legal Regulations in the Context of Ensuring State Cybersecurity. Selected Issues*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2020, t. XXX, nr 2, s. 107.

bezpieczeństwo indywidualne obejmuje bezpieczeństwo informacji i danych osobowych oraz ochronę prywatności. W znaczeniu powszechnym dotyczy zapewnienia bezpieczeństwa infrastruktury krytycznej państwa, usług kluczowych, serwerów i systemów teleinformatycznych, zachowania ciągłości połączeń i świadczenia e-usług. Nie sposób nie zgodzić się jednak z twierdzeniem, że potencjalnie najbardziej narażeni na działania cyberprzestępców czy cyberterrorystów (jako grupa najmniej świadoma tego typu zagrożeń) są poszczególni obywatele. Tomasz Hoffmann wskazuje, że zadaniem cyberbezpieczeństwa jest pomóc zarówno obywatelom, przedsiębiorcom, jak i państwu w celu osiągnięcia: „[...] odpowiednich celów informacyjnych w sposób bezpieczny, niezawodny z zachowaniem zasad prywatności”¹⁵. Szczególnie niebezpiecznym zjawiskiem jest prowadzenie kampanii dezinformacyjnej (propagandowej) przez organizacje terrorystyczne w internecie. Tendencje wzrostu zachowań o charakterze przestępczym w sieci spowodowane są możliwością przeprowadzenia niespodziewanego i szybkiego ataku¹⁶, co w perspektywie zysku wydaje się bardzo korzystne dla dokonującego ataku.

Atak cybernetyczny może przybierać różne formy. Nie musi być to zawsze zagrożenie dotyczące zakłócenia działania systemu teleinformatycznego czy wykradzenia danych osobowych. Bardzo często treści zawarte w internecie prowokują bądź wywołują określone zachowania użytkowników, którzy traktują je jako swoisty poradnik, niezbędny do postępowania w rzeczywistości. Anonimowość, a przy tym ułatwiona możliwość kontaktu sprzyja poszukiwaniu wirtualnych przyjaciół i odszukiwaniu odpowiedzi na nurtujące pytania. Profil użytkownika często ewidentnie wskazuje, że mamy do czynienia z osobą, która w internecie szuka informacji na temat dokonania samobójstwa bądź skutecznych metod samoookaleczenia. Na forach internetowych można uzyskać wsparcie, wiadomości określające samobójstwo jako jedyną właściwą formę wyjścia z zaistniałej sytuacji. Zdarza się również, że pod wpływem treści umieszczonych w sieci samobójstwa popełniają grupy osób, a nawet prowadzą transmisję on-line dokonania takiego aktu¹⁷. Samobójstwa prowokowane przez internet stanowią rezultat działania podżegaczy, mających ściśle wytyczony cel takiego postępowania.

Społeczeństwo zdaje sobie sprawę, że szkody powstałe w wyniku działania cyberprzestępców dotyczą tak całego państwa, jak i poszczególnych obywateli. Obecnie pojęcie cyberzagrożeń należy traktować bardzo szeroko. Nie są to bowiem już proste ataki hakerskie czy czynności z zakresu spamowania – niestety, mają one

¹⁵ T. Hoffmann, *Wybrane aspekty cyberbezpieczeństwa w Polsce*, Poznań 2018, s. 19-20.

¹⁶ W.G. Sharp, Sr., *The Past, Present, and Future of Cybersecurity*, „Journal of National Security Law & Policy” 2010, vol. 4, nr 1, s. 25.

¹⁷ W. Duranowski, *Podstawowe zagrożenia zdrowotne związane z używaniem komputera i internetu*, [w:] *Zagrożenia cyberprzestrzeni. Kompleksowy program dla pracowników służb społecznych*, red. J. Lizut, Warszawa 2014, s. 74.

znacznie poważniejsze skutki niż zainfekowanie komputera złośliwym oprogramowaniem. Obejmują m.in. oszustwa internetowe, kradzież danych osobowych, nielegalne transfery finansowe, e-wyłudzenia czy cyberszpiegostwo¹⁸. Obok szkód majątkowych, cyberprzestępcy próbują wywołać tzw. szkody osobiste, np. podżegając do określonego zachowania się czy rozpowszechniając pewne informacje.

Przyczyny pojawienia się myśli samobójczych mogą mieć zgoła odmienny charakter. Emil Durkheim wydzielił cztery kategorie samobójstw: egoistyczne wyrażające się w znikomej integracji ze społeczeństwem, a nawet jej braku, zaniku poczucia przynależności, identyfikacji społecznej (np. osoby samotne); altruistyczne – dokonywane ze względu na silną integrację społeczną, w ramach wyższej idei, oddania życia za innych (np. zamachowcy-samobójcy); anomiczne, spowodowane niestabilną sytuacją społeczną, niejasnością norm, przejawiające się w uleganiu wpływowi globalizmu oraz fatalistyczne będące rezultatem nadmiernej kontroli i ograniczeń (np. w wyniku dyskryminacji społecznej)¹⁹. Współcześnie samobójstwa prowokowane przez internet najczęściej dotyczą osób samotnych, o niskim poczuciu własnej wartości, odrzuconych przez społeczeństwo, mających wątłe relacje rodzinne, ale też tych, którzy cenią sobie indywidualizm, konsumpcjonizm i kulturę masową.

Charakter działań prowokatorów e-samobójstw może przybierać różne formy. Najczęściej są to czynności polegające na tzw. aktywizmie, czyli niedestrukcyjnym wykorzystywaniu internetu dla osiągnięcia zamierzonego celu. Najprościej rzecz ujmując, aktywiści zachęcają do popełnienia czynu poprzez komunikację z potencjalnym samobójcą, prezentację własnych poglądów, publikowanie tekstów, prowadzenie aktywnej dyskusji na forach czy przekazywanie informacji²⁰. Cyberaktywiści prowadzą działania wspierające pewną ideę, rozpowszechniając informację na dużą skalę. Zdecydowanie poważniejsze zjawiska to cyberterroryzm samobójczy i zachowania cyberprzestępców prowokujące akty samobójcze. Pierwsze z nich charakteryzuje się nakłanianiem do popełnienia czynu poprzez wskazanie określonego celu tego postępowania, np. ze względu na pobudki egoistyczne, polityczne czy religijne. Cyberterroryzm samobójczy najczęściej jest wynikiem wzbudzenia strachu i wywołania stanu zagrożenia u jednostki. Prowokator, stosując środki przymusu, jednocześnie motywuje przyszłego samobójcę do działania, wskazując, że samobójstwo jest jedynym możliwym rozwiązaniem zaistniałej sytuacji. W internecie dostępnych jest wiele informacji wzbudzających nienawiść do określonych osób,

¹⁸ L. Tabansky, *Cybercrime: A National Security Issue?*, [w:] *Cyberspace and National Security Selected Articles*, red. G. Siboni, Tel Aviv 2013, s. 71.

¹⁹ P. Rodziński, K. Rutkowski, A. Ostachowska, *Progresja myśli samobójczych do zachowań samobójczych w świetle wybranych modeli suicydologicznych*, „Psychiatria Polska” 2017, nr 51(3), s. 519-520.

²⁰ A. Suchorzewska, *Ochrona prawna systemów informatycznych wobec zagrożenia cyberterroryzmem*, Warszawa 2010, s. 64.

grup społecznych, wyznawców innych religii, które stanowią doskonałe narzędzie w rękach prowokatorów²¹. Cyberprzemoc w kontekście e-samobójstw charakteryzuje się elektroniczną agresją w celu uzyskania pewnej korzyści majątkowej czy osobistej, które można osiągnąć po popełnieniu przez jednostkę samobójstwa. W najbardziej wymownym przypadku prowokator, który namawia do samobójstwa, wcześniej uzyskuje dostęp do danych czy numeru konta przyszłego samobójcy. Kodeks karny penalizuje takie zachowania, co wprost wyraża treść art. 151: „kto namową lub przez udzielenie pomocy doprowadza człowieka do targnięcia się na własne życie, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”²². W takim razie można pokusić się o stwierdzenie, że: „[...] kierowanie wykonaniem samobójstwa i polecenia jego wykonania [...]” wolno potraktować jako zachowania „[...]” którymi można przekroczyć normę sankcjonowaną zawartą w art. 151 k.k.”²³. Warto przy tym zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt, mianowicie przesłankę braku zdolności (ograniczoną zdolność) rozpoznania znaczenia czynu przez osobę pokrzywdzoną. Prowokator kreując określoną narrację, tak naprawdę wpływa na wolę adresata komunikatu (co determinuje jego dalsze postępowanie). Należy zgodzić się z Agnieszką Niedźwiedź, która podkreśla, że „[...] osoba nakłaniania do targnięcia na własne życie nie będzie mogła z żadnej przyczyny, kierować swoim postępowaniem lub rozpoznać znaczenia swojego czynu”²⁴. Zdaniem Autorki takie działania uwypuklają kontekst szczególnej penalizacji czynów dokonywanych przez prowokatora i stanowią pole do dyskusji w zakresie modyfikacji typu zasadniczego wskazanego w art. 151 k.k.

Wyjaśnienia wymaga materia postrzegania internetowych prowokacji skierowanych do potencjalnych samobójców w kategoriach cyberprzestępczości. W tym aspekcie na uwagę zasługuje konwencja Rady Europy o cyberprzestępczości²⁵, w której akcent został położony na zapobieganie działaniom zmierzającym do naruszenia podstawowych zasad poufności, integralności i dostępności systemów informatycznych, sieci i danych informatycznych oraz ich nieprawidłowego (nielegalnego) wykorzystywania. Wszystko po to, aby uczynić cyberprzestrzeń bezpiecznym miejscem komunikacji międzyludzkiej. Rozpowszechnianie treści dla cybersamobójców można sklasyfikować zarówno jako przestępstwa przeciwko

²¹ D. Deptała, *Terroryzm samobójczy. Wybrane problemy*, „Prace Naukowe Akademii im. Jana Długosza w Częstochowie” 2016, t. 8, s. 59–60, 63.

²² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 2025 r. poz. 383; dalej: k.k.

²³ K. Burdziak, *Kierowanie wykonaniem samobójstwa i polecenie jego wykonania w polskim prawie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014, R. LXXVI, nr 4, s. 184.

²⁴ A. Niedźwiedź, *Czy akt samobójczy jest świadomym i dobrowolnym aktem woli samobójcy? Rozważania nad prawnokarnymi aspektami odpowiedzialności za przestępstwo stypizowane w art. 151 k.k.*, „Prawo i Więź” 2021, nr 4(38), s. 358.

²⁵ Konwencja Rady Europy o cyberprzestępczości, sporządzona w Budapeszcie dnia 23 listopada 2001 r., Dz.U. z 2015 r. poz. 728; dalej: konwencja o cyberprzestępczości.

poufności, integralności i dostępności danych informatycznych i systemów. Mogą one polegać np. na oszustwie komputerowym, kiedy to cyberaktywista wykorzystuje dane cybersamobójcy do nielegalnej transakcji internetowej. Niestety, za pomocą narzędzi teleinformatycznych można uzyskać także nieuprawniony dostęp do systemu, przechwytywać transmisje danych oraz przysyłać informacje, których wiarygodność bardzo trudno sprawdzić, w szczególności osobie, która uznaje je za właściwe i autentyczne²⁶.

Ochrona prawna przed cyberprzestępczością obok wybryków aktywnych chuliganów, cyberprzestępców czy cyberterrorystów znana jest pod nazwą cyberbullyingu. Cyberprzemoc pod tą postacią uwidacznia się w powtarzającym i umyślnym działaniu, przybierającym formy zastraszania, wyśmiewania, prześladowania czy propagowania określonych treści przy użyciu narzędzi teleinformatycznych i internetu. Samobójstwa prowokowane w sieci cechuje anonimowość i natarczywość komunikatów występujących na czatach czy formach dyskusyjnych²⁷. Internet stanowi nieograniczone pole do dyskusji, jest równocześnie źródłem informacji na temat metod i sposobów dokonywania samobójstw. Co więcej, w środowisku e-samobójców panuje złudne poczucie bezkarności, które może naruszać sferę prywatną i dobra osobiste jednostki, wywołując przy tym określone zamierzenie, tj. wypaczenie rzeczywistości w świadomości potencjalnego samobójcy. Nie oznacza to, że osoby decydujące się na samobójstwo pod wpływem treści wyszukanych w internecie zawsze zmagają się z ciężką depresją, melancholią, cierpią z powodu choroby²⁸. Popołniają je również te, które w krótkim czasie sprowokowane e-komunikatem o samobójstwie traktują je w kategoriach pewnego wyzwania czy chęci zaimponowania komuś. Zaznaczenia wymaga, że cyberprzemoc najczęściej ma długofalowy charakter, a zatem jednocześnie ma długoterminowy wpływ na człowieka, jego samoocenę i zdrowie psychiczne²⁹. Ponadto osoby, które nakłaniają do popełniania samobójstwa, korzystając przy tym z narzędzi komunikacji elektronicznej, próbują najczęściej wzbudzić w e-samobójcy wrażenie beznadziei czy odosobnienia. Warto pamiętać, że akt samobójczy wpływa na relacje rodzinne i przyjacielskie. Wzmaga z jednej strony poczucie winy u osób, które uważają, że mogły podjąć jakieś działania, aby mu zapobiec, z drugiej stygmatyzuje (wyklucza) samego samobójcę (czasami także jego rodzinę) w oczach społeczeństwa. Powoduje wściekłość i agresję wobec

²⁶ J. Wasilewski, *Przestępczość w cyberprzestrzeni – zagadnienia definicyjne*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2016, nr 8, issue 15, s. 168.

²⁷ L. Albański, *Wybrane zagadnienia z patologii społecznej*, Jelenia Góra 2010, s. 44-45.

²⁸ Y. Takahashi, *Depression and Suicide*, „Japan Medical Association Journal (JMAJ)” 2001, vol. 44, no. 8, s. 360.

²⁹ C.A. Myers, H. Cowie, *Cyberbullying across the Lifespan of Education: Issues and Interventions from School to University*, „International Journal of Environmental Research and Public Health” 2019, nr 16(7), s. 2.

otoczenia, a przede wszystkim uczucie trwałego i ostatecznego rozłączenia z bliską osobą³⁰. Mając chociażby to na uwadze, akty cyberprzemocy w kontekście prowokacji e-samobójców przyjmują znaczenie szerszy kontekst.

Samobójstwa prowokowane przez internet. Formy pomocy i cyberworking

Internet zawiera niezliczone ilości informacji a nawet „instrukcji”, jak skutecznie popełnić samobójstwo. Stanowi tym samym przewodnik postępowania dla przyszłych samobójców. Slogany takie jak: „Powieszenie ostatnio przeżywało swój renesans na Dzikim Zachodzie” czy „Bo właściwy moment to połowa sukcesu [...] Pomyśl, jak głupio byłoby, gdyby okazało się, że powiesiłeś/powiesiłaś się ze zwycięskim kuponem totka w kieszeni”³¹, to tylko niektóre z przykładów internetowej cyberprzemocy. Myśli samobójcze mogą się pojawić, kiedy osoba (najczęściej młoda) staje się podmiotem ataku mającego postać nękania czy zastraszania. Najczęściej towarzyszą temu depresja, obniżona samoocena i samotność. Prowokacja internetowa nacechowana jest pewnego rodzaju agresją wirtualną wyrażoną w natarczywości treści danego komunikatu. Cyberbullying, czyli samobójstwa, na które bezpośrednio bądź pośrednio mają wpływ zachowania występujące w internecie, są coraz częściej obecną formą agresji wśród jego użytkowników³². Nie oznacza to jednak, że problem cybersamobójstw jest jedynie czymś w rodzaju wirtualnego zjawiska. Wręcz przeciwnie, konsekwencje są na ogół takie same, z tym że trudniej wykryć sprawcę podżegania bądź pomocnictwa w akcie samobójstwa.

Z perspektywy prawnokarnej problem może dotyczyć m.in. zastraszania jednostki czy wpływania na jej świadomość w taki sposób, aby dokonała aktu samobójstwa. Rozważania pod kątem prawnym nakazują przyjąć, że liczy się w tym przypadku intencja i motyw działania sprawcy oraz bezpośredni jego skutek. Przy czym nie można wskazać, że zawsze podżegacz ma na celu wymuszenie określonego zachowania przez drugą stronę. Wielokrotność ataku cybernetycznego sugeruje jednak, że taka postawa ma charakter cybernękania. Można zatem stwierdzić, że agresywne, uporczywe przesyłanie komunikatów o danej treści jest umyślnym działaniem cyberaktywisty, któremu potencjalny cybersamobójca może się poddać. Ustalenie tego, czy cyberprzemoc w środowisku online faktycznie się pojawiła, jest zdecydowanie trudniejsze niż określenie znamion tego przestępstwa

³⁰ J. Jackson, *SOS: A Handbook for Survivors of Suicide*, Washington 2003, s. 2.

³¹ *Coraz więcej stron internetowych radzi, jak popełnić samobójstwo*, <https://nto.pl/coraz-wiecej-stron-internetowych-radzi-jak-popolnic-samobojstwo/ar/4115401> [dostęp: 22.04.2024].

³² S. Hinduja, J.W. Patchin, *Bullying, Cyberbullying, and Suicide*, „Archives of Suicide Research” 2010, nr 14(3), s. 206-221.

w rzeczywistości. Chodzi tu o kwestie obserwacji użytkownika i problemy w odczytaniu sygnałów, obserwacji gestów, intonacji bądź mimiki, które mogą wydać się niejednoznaczne. Jednakże w internecie bardzo łatwo odnaleźć ślady cyberprzestępstwa, takie jak wpisy na forach internetowych. Pojedyncze akty agresji mogą z biegiem czasu przybrać formę powtarzalnych aktów cyberprzemocy. Nie ulega jednak wątpliwości, że niezależnie od tego, jak długo i jak często będzie pojawiała się agresja ze strony cyberaktywisty, to w każdym przypadku wymaga ona prawnokarnej ochrony państwa³³. Zresztą konwencja o cyberprzestępczości w art. 11 stanowi, że usiłowanie i pomocnictwo lub podżeganie odnoszące się do jakiegokolwiek przestępstwa przeciwko poufności, integralności i dostępności danych informatycznych i systemów czy przestępstwa komputerowego powinno być objęte szczególną ochroną prawnokarną w państwach, które są sygnatariuszami konwencji.

Widoczny wzrost skali popełniania samobójstw jest istotnym problemem w Europie: 15 na 100 tys. mieszkańców Starego Kontynentu umiera w wyniku samobójstwa, przy średniej światowej 11 na 100 tys. Eurostat podaje, że na 5 mln zgonów w Unii Europejskiej aż w 54 tys. przypadków przyczyną jest samobójstwo. Wskazuje się, że duże znaczenie w aspekcie czynników samobójczych ma położenie geograficzne, zmiana ustroju, niedostosowanie do aktualnych warunków społeczno-gospodarczych. I tak największy odsetek samobójstw odnotowano na Litwie – 28 przypadków na 100 tys. mieszkańców, Łotwie – 17 i Słowenii – 14. Niską liczbę samobójstw odnotowuje się na Malcie, Cyprze, we Włoszech i w Hiszpanii, najniższą zaś w Grecji – 4 osoby na 100 tys. mieszkańców. W Polsce odnotowuje się 13 takich przypadków, w Niemczech – 9, w Wielkiej Brytanii jest to 7, we Francji 12, na Węgrzech zaś 14³⁴.

Kreowana wizja rozwoju społeczeństwa informacyjnego nie przewidywała tak dużej ilości zagrożeń, jakie niesie ze sobą korzystanie z zasobów internetu. Rewolucja cyfrowa nakazuje rozszerzyć sposób wprowadzania odpowiednich standardów bezpieczeństwa przede wszystkim w obszarze cyberaktywności człowieka, e-komunikacji i e-relacji międzyludzkich. Z punktu widzenia poszanowania podstawowych praw jednostki, interoperacyjności i stabilności działania systemów oraz wymiany usług i informacji – cyberbezpieczeństwo jawi się jako szczególne zadanie organów i instytucji w kwestii ochrony praw człowieka³⁵. W przypadku tzw. samobójstw

³³ C. Van Hee, G. Jacobs, C. Emmery, B. Desmet., E. Lefever, B. Verhoeven, G.D. Pauw, W. Daelemans, V. Hoste, *Automatic detection of cyberbullying in social media text*, „Public Library of Science – PLoS ONE” 2018, nr 13(10) s. 3-4.

³⁴ B. Erling, *Samobójstwa w Europie. Dlaczego odbieramy sobie życie?*, <https://biqdata.wyborcza.pl/biqdata/7,159116,25238980,europa-na-krawedzi-dlaczego-odbieramy-sobie-zycie.html> [dostęp: 19.05.2021].

³⁵ C. Banasiński, *Podstawowe pojęcia i podstawy prawne bezpieczeństwa w cyberprzestrzeni*, [w:] *Cyberbezpieczeństwo. Zarys wykładu*, red. C. Banasiński, Warszawa 2018, s. 37.

probowanych przez treści zawarte w internecie pierwszym krokiem wydaje się być próba wyszukania potencjalnych samobójców na forach i platformach internetowych, a tym samym odnalezienie administratorów-podżegaczy bądź innych podmiotów prezentujących treści o charakterze zachęcającym do popełniania samobójstw. Kluczowym zagadnieniem jest prewencja, czyli uchronienie przed samobójstwem. Potrzebna jest identyfikacja osób posiadających takie predyspozycje, późniejszy monitoring ich zachowań w sieci i wejście w interakcję – e-komunikację, dzięki której można zbudować atmosferę wzajemnego zaufania. Kontakt za pomocą środków komunikacji elektronicznej jest też doskonałym źródłem wiedzy o tym, co stało się przyczyną pozbawienia się życia, jakie są motywy czynu, a także stanowi podstawę do bezpośredniej interwencji w środowisku rodzinnym, szkolnym, pracowniczym, koleżeńskim³⁶.

Technologie informacyjno-komunikacyjne i media społecznościowe, za pośrednictwem których przekazywane są treści dla potencjalnych e-samobójców, mogą być pomocne w walce z negatywnymi zjawiskami w sieci. Możliwości zapobiegania i pomocy są bardzo duże, chociażby w nadzorze i pomocy. Zastosowanie prostych metod polegających na zgłaszaniu przez użytkowników i administratorów niewłaściwych zachowań innych podmiotów korzystających z sieci, prowadzenie kampanii socjalnych i zdrowotnych w zakresie profilaktyki samobójczej to jedne z przyjętych rozwiązań. Zwiększenie świadomości społecznej może być skutecznym elementem zapobiegania samobójstwom prowokowanym przez Internet³⁷.

Ochrona prawnokarna i administracyjnoprawna uwzględniają społeczny aspekt cyberpomocy. W omawianym przypadku procedura prawnokarna – o ile służy wykrywaniu potencjalnych niebezpieczeństw w sieci i przypisaniu odpowiedzialności karnej, o tyle nie musi mieć miejsca, gdy pojawi się skuteczne rozwiązanie administracyjnoprawne. Regulacje te powinny mieć przede wszystkim charakter prewencyjny, przejawiający się w reagowaniu na incydenty sieciowe jeszcze zanim cyberaktywiści osiągną swój zamierzony cel. Należałoby zatem zastanowić się nad wdrożeniem kompleksowej regulacji prawnej, na mocy której zostałyby określone zadania pracowników socjalnych w sieci Internet. Zresztą „[...] pracownik socjalny musi stale nabywać nowe kompetencje i umiejętności w zakresie pracy socjalnej i podnosić standardy swojej pracy”³⁸. Trzeba przyznać, że transformacja cyfrowa przyczyniła się do modyfikacji roli pracy socjalnej oraz czynności podejmowanych

³⁶ A. Andrzejewska, *Samobójstwa z inspiracji sieci*, [w:] *Zagrożenia cyberprzestrzeni. Kompleksowy program dla pracowników służb społecznych*, red. J. Lizut, Warszawa 2014, s. 132-133.

³⁷ D.D. Luxton, J.D. June, J.M. Fairall, *Social Media and Suicide: A Public Health Perspective*, „American Journal of Public Health, Supplement 2” 2012, vol. 102, nr S2, s. 198.

³⁸ M. Łojko, *Pomoc społeczna wczoraj i dziś. Nowe wyzwania – stare problemy*, „Studia Ekonomiczne/Uniwersytet Ekonomiczny w Katowicach” 2014, nr 179, s. 212.

przez pracowników socjalnych. Oczywiście ogólny zakres zadań pomocy społecznej wynikający z ustawy³⁹ jest sformułowany w sposób prawidłowy, tzn. dotyczy konieczności udzielania pomocy osobom znajdującym się w trudnej sytuacji życiowej. Niemniej jednak brakuje rozwiązań prawnych odnoszących się stricte do wykonywania zadań w cyberprzestrzeni. Praca socjalna w Internecie wymaga wzmocnienia nie tylko kompetencji miękkich, do których oprócz technicznych umiejętności cyfrowych (posługiwanie się sprzętem, korzystanie z aplikacji, social mediów), należą zdolności elektronicznej komunikacji społecznej, ale także podjęcia działań natury instytucjonalnej i organizacyjnej. Ponadto pracownicy socjalni, wykonujący pracę socjalną w środowisku cyfrowym: „[...] wymagają wsparcia finansowego do poszerzania i kształtowania swojego warsztatu zawodowego, ale i merytorycznego”⁴⁰. Innymi słowy teoretyczne i praktyczne przygotowanie zarówno instytucji, jak i pracowników socjalnych jest niezbędne do tego, aby wzmocnić działania na rzecz ochrony przed cyberpomocą.

Cyberworking, tj. praca socjalna w cyberprzestrzeni stanowi jedną z form pomocy dla potencjalnych samobójców. Jest on jedną z postaci streetworkingu, czyli formy pomocy socjalnej charakteryzującej się tym, że działania podejmowane są na zewnątrz, to jest poza miejscem normalnego funkcjonowania instytucji. Takie zaangażowanie pracowników socjalnych umożliwia dotarcie do szerokiej grupy odbiorców poprzez bezpośredniość kontaktu z ich środowiskiem i w ich środowisku. Zastosowanie metody *outreach* jest doskonałym rozwiązaniem wsparcia dla osób, które nie chcą bądź nie mogą skorzystać z tradycyjnej formy pomocy w urzędzie. Zaletami streetworkingu są: zindywidualizowanie problemu, bezpośrednia praca z osobą potrzebującą pomocy, elastyczny dobór środków pomocy, akceptacja różnorodności jednostki, akceptacja i wsparcie zamiast marginalizowania problemu. Streetworking znajduje zastosowanie głównie wśród dzieci i młodzieży, ale również dotyczy tzw. osób wykluczonych, tj. bezdomnych czy narkomanów. Pozytywne jest to, że oprócz wsparcia takich jednostek, stanowi kanał komunikacyjny pomiędzy potrzebującym pomocy a właściwymi instytucjami i organami administracji publicznej. Według Barbary Adamczyk „Streetworking umożliwia dobre rozeznanie i monitorowanie terenu, na którym przebywają potrzebujący pomocy [...] streetworker może skutecznie przewidywać różne zagrożenia i przyczyniać się do szybkiej i skutecznej interwencji odpowiednich służb”⁴¹. Celem streetworkingu wydaje się zatem maksymalna redukcja ewentualnych szkód spowodowanych niewłaści-

³⁹ Ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz.U. z 2025 r. poz. 1214, 1302).

⁴⁰ M. Dacka, *Pracownik socjalny we współczesnym świecie – rola i możliwości wsparcia*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio J, Paedagogia-Psychologia” 2024, nr 37(1), s. 228.

⁴¹ B. Adamczyk, *Recenzja książki Granice streetworkingu*, t. 2 (seria: „Homo Homini”), red. J. Jęczenia, B. Lelonek-Kulety, „Rocznik Wydziału Pedagogicznego Akademii „Ignatianum” w Krakowie” 2016, nr 19(1), s. 223–224.

wym zachowaniem się jednostki (często autodestrukcyjnym) oraz próba pomocy na podstawie indywidualnego kontaktu. Praca streetworkera z uwagi na cel oraz metody działania jest nad wyraz potrzebna, gdy mowa o konkretnej współpracy z osobą, której postawa wymaga natychmiastowej interwencji. Streetworker pełni rolę stróża (opiekuna), albowiem monitoruje stan jednostki, w razie potrzeby próbuje zapobiec bądź usunąć zagrożenie. Czuwa nad bezpieczeństwem, nie zapominając o wypełnianiu mechanizmów i procedur pracy socjalnej.

Pozytywne cechy streetworkingu stały się podstawą pracy socjalnej w internecie, tj. cyberworkingu. Internetowa rzeczywistość oferuje niezliczoną ilość informacji na tematy związane z samobójstwem. Fora internetowe są pełne komunikatów, porad i wskazówek zawierających metody i sposoby poświęcone temu zagadnieniu. Potencjalnie to właśnie cyberprzestrzeń wymaga dokładnego monitoringu na gruncie pracy socjalnej. Anonimowość kontaktu, a jednocześnie budowanie relacji w sieci wydaje się zgoła łatwiejsze niż w świecie rzeczywistym. Chęć znalezienia rozmówcy przez osoby poszukujące e-kontaktu stanowi doskonałą szansę dla cyberworkerów na kilku płaszczyznach: odszukania w sieci osób mających skłonności samobójcze, wejścia w bezpośrednią interakcję, przekonania o zaniechaniu próby dokonania aktu samobójczego, skontaktowania się z właściwymi instytucjami, rodziną, przyjaciółmi i poinformowania o zaistniałej sytuacji.

Pomoc socjalną w sieci, w dobie rozwoju nowoczesnych technologii informacyjno-komunikacyjnych, należy uznać za niewątpliwie konieczne działanie z co najmniej dwóch powodów. Po pierwsze, internet jest miejscem, w którym potencjalni samobójcy poszukują opisu metod dokonania aktów samobójczych oraz oczekują rozmowy i wsparcia, którego często nie mają w swoim otoczeniu. Taka sytuacja sprzyja szybkiemu nawiązywaniu kontaktu. Po drugie, anonimowość, a jednocześnie otwartość kanału przekazu umożliwia pozawerbalny dostęp do adresata komunikatu, co może skutkować wyeliminowaniem zachowań samobójczych prowokowanych w sieci⁴².

Cyberworker zachowuje się niczym policjant, z tym że jego czynności realizowane są w cyberprzestrzeni. Rezultatem ustalenia zagrożenia jest rozpoczęcie śledzenia, tj. monitorowania potencjalnego samobójcy. Gdy tylko zauważy niepokojące sygnały, cyberworker jest w stanie aktywnie przeciwdziałać zagrożeniu. Wydaje się, że przypisanie e-pracy socjalnej, zadań w zakresie kontrataku w przypadku pojawienia się niebezpieczeństwa sieciowego można utożsamiać z przeciwdziałaniem typowym atakom cybernetycznym. Tak w jednym, jak i w drugim przypadku najważniejsze jest odstraszenie atakujących i oddalenie zagrożenia

⁴² A. Andrzejewska-Cioch, A. Zaborowska, *Streetworking w sieci odpowiedzią na samobójstwa wśród nieletnich*, [w:] *Granice streetworkingu*, t. 2, red. J. Jęczeń, B. Lelonek-Kuleta, Lublin–Sandomierz 2013, s. 137-138.

oraz dopilnowanie, aby taki atak w przyszłości się nie powtórzył. Cyberworkerzy powinni zadbać o to, aby u potencjalnego e-samobójcy wzrosło poczucie własnej wartości i potrzeba jej ochrony⁴³.

Co ciekawe, popularne stają się również badania nad wykorzystaniem algorytmów komputerowych w materii ustalenia zachowań samobójczych w ramach tzw. sztucznej inteligencji. Analiza wielu czynników, przede wszystkim poszukiwanych i udostępnianych przez użytkowników treści, mogłaby pomóc w zdiagnozowaniu przypadku i zidentyfikować osobę, która w sieci szuka sposobu na dokonanie samobójstwa. Próby zastąpienia terapeuty maszyną mają swoje realne skutki. Warto wymienić program Tess firmy X2AI, który umożliwiając rozmowy za pomocą SMS-ów czy aplikacji Messenger, sprawia, że sztuczna inteligencja przejmuje rolę psychoterapeuty lub psychoedukatora w kontakcie z użytkownikiem. Podobnie aplikacja AI-Therapy, która wspiera osoby cierpiące z powodu lęku społecznego⁴⁴. Oczywiście sztuczna inteligencja z biegiem czasu będzie coraz wyraźniej ingerowała w pracę socjalną wykonywaną w świecie wirtualnym. Przede wszystkim odczuwalne będzie obciążenie pracownika w kwestii analizy profilu użytkownika i automatycznego wyszukiwania historii wykonywanych przez niego czynności w cyberprzestrzeni. Wszystko to nie oznacza jednak, że konsultant elektroniczny (wirtualny) pod postacią sztucznej inteligencji jest w stanie w pełni zastąpić kontakt międzyludzki, oparty na sferze uczuć i emocji. Ochrona przed próbą samobójstwa, prowokowanego przez internet, musi mieć bowiem faktyczny, a nie wirtualny skutek.

Podsumowanie

Reasumując, cyberprzestrzeń stanowi doskonale źródło informacji na temat metod i sposobów popełniania samobójstwa. Cyberprzemoc, przejawiająca się w natarczywości treści propagujących akty samobójcze, może spowodować zarówno naruszenie sfery prywatności człowieka, jak i w skrajnym przypadku doprowadzić do próby targnięcia się na własne życie. Cyberprzestrzeń, a szerzej zawarte w niej treści mogą kształtować postawy zachęcające do popełniania samobójstwa. Aktywność cyberaktywistów i cyberprzestępców ma cechy cyberprzemocy, która może charakteryzować się podżeganiem czy pomocnictwem w dokonaniu aktu samobójstwa. Zagrożenia w tym aspekcie mogą dotyczyć m.in. przekazywania informacji

⁴³ J.P. Kesan, C.M. Hayes, *Mitigative counterstriking: self-defense and deterrence in cyberspace*, „Harvard Journal of Law & Technology” 2012, nr 2(25), s. 434.

⁴⁴ T. Witkowski, *Algorytm na myśl samobójczą. Komputery diagnozują skuteczniej niż psycholodzy?*, <https://www.focus.pl/artykul/tylko-maszyna-zrozumie-czowieka-nasz-przyszosci-s-sztuczni-psycholodzy?page=1> [dostęp: 22.04.2024].

o określonej treści. Cyberaktywiści zachęcający do dokonania samobójstwa i wspierający użytkownika w takim zamiarze kierują się określonym motywem, intencją. Nie zawsze jednak komunikat ma charakter umyślny czy tym bardziej skutkowy. W kontekście e-samobójstw bardzo ważną rolę pełnią regulacje prawnokarne i administracyjnoprawne umożliwiające skuteczną ochronę prawną osób korzystających z nowoczesnych technologii informacyjno-komunikacyjnych. Ponadto istotne znaczenie w zakresie cyberbezpieczeństwa użytkowników sieci należy przypisać aktom prawa międzynarodowego i unijnego, takim jak: konwencja Rady Europy o cyberprzestępczości, dyrektywa NIS2, rozporządzenie eIDAS czy RODO.

Biorąc pod uwagę, że treści zawarte w internecie mogą znacząco wpływać na bezpieczeństwo jednostki w świecie rzeczywistym, aktualnie obowiązujące regulacje prawne nie są w stanie w pełni skutecznie ochronić jednostkę przed zagrożeniami cyberprzestrzeni. Problem pojawia się bowiem wtedy, gdy wprowadzie bezpośrednie zagrożenie w postaci dokonania samobójstwa jeszcze nie miało miejsca, ale podlegacz intensyfikuje swoją działalność bądź e-samobójca wyszukuje na ten temat informacji w sieci. Wskazane wyżej akty prawne, aczkolwiek wyczerpujące w swojej treści, nie zauważają znaczenia pracy socjalnej, polegającej na interakcji z użytkownikiem sieci. Cyberworking ułatwia budowanie relacji, a tym samym odszukanie w sieci osób mających skłonności samobójcze, przekonanie o zaniechaniu próby dokonania aktu samobójczego, a w razie potrzeby umożliwia skontaktowanie się z właściwymi instytucjami, rodziną i poinformowanie o zaistniałej sytuacji. Cyberworker, powiadamiając o potencjalnym zagrożeniu, umożliwia szybką reakcję administratorów platform internetowych, tym samym zastosowanie optymalnych rozwiązań prawnokarnych i administracyjnoprawnych w danym przypadku.

Konkludując: pomoc dla potencjalnych e-samobójców powinna polegać na odpowiednim zastosowaniu środków ochrony komunikacji elektronicznej. Przyjmując, że uporczywe nękanie bądź wysyłanie treści zachęcających do popełniania samobójstw poprzez narzędzia komunikacji elektronicznej zwiększa ryzyko realizacji czynu, należy podjąć zdecydowane środki zaradcze. Obecnie to cyberprzemoc jest stymulatorem zachowań samobójczych⁴⁵. Rozwój technologii informacyjno-komunikacyjnych, wprowadzenie rozwiązań teleinformatycznych, powszechny dostęp do internetu – to wszystko miało bezpośredni wpływ na pojawienie się zjawiska cyberprzemocy. Fora internetowe, czaty, aplikacje stały się miejscem wymiany informacji, porad i wskazówek zarówno w prywatnych, jak i publicznych dyskusjach. Treść komunikatów internetowych, niestety, nierzadko zachęca głównie

⁴⁵ B.J. Litwiller, A.M. Brausch, *Cyber Bullying and Physical Bullying in Adolescent Suicide: The Role of Violent Behavior and Substance Use*, „Journal of Youth and Adolescence” 2013, nr 42(5), s. 682.

młodych ludzi do targnięcia się na własne życie⁴⁶. Po pierwsze, należy zgłaszać każdy przypadek strony internetowej propagującej treści samobójcze. Kolejno, istotne jest wprowadzenie cyberworkingu, jako elementu pracy socjalnej wyspecjalizowanych terapeutów. Uwzględniając prawny aspekt cyberbezpieczeństwa, należałoby zastanowić się również nad stworzeniem globalnych ram prawnych pracy cyberworkerów. Jednakże ani działania instytucji, ani sztuczna inteligencja nie są w stanie zastąpić bezpośredniego kontaktu z bliskimi, przyjaciółmi, najbliższym otoczeniem. Często poczucie bezsilności i szukanie pomocy w świecie wirtualnym wynika z samotności w świecie rzeczywistym. Dlatego tak ważne jest podtrzymywanie więzi i otrzymywanie wsparcia we własnym otoczeniu.

Literatura

- Adamczyk B., *Recenzja książki Granice streetworkingu*, t. 2 (seria: „Homo Homini”), red. J. Jęczenia, B. Lelonek-Kulety, „Rocznik Wydziału Pedagogicznego Akademii „Ignatianum” w Krakowie” 2016, nr 19 (1).
- Albański L., *Wybrane zagadnienia z patologii społecznej*, Jelenia Góra 2010.
- Andrzejewska A., *Samobójstwa z inspiracji sieci*, [w:] *Zagrożenia cyberprzestrzeni. Kompleksowy program dla pracowników służb społecznych*, red. J. Lizut, Warszawa 2014.
- Andrzejewska-Cioch A., Żaborowska A., *Streetworking w sieci odpowiedzi na samobójstwa wśród nieletnich*, [w:] *Granice streetworkingu*, t. 2, red. J. Jęczeń, B. Lelonek-Kuleta, Lublin–Sandomierz 2013.
- Banasiński C., *Podstawowe pojęcia i podstawy prawne bezpieczeństwa w cyberprzestrzeni*, [w:] *Cyberbezpieczeństwo. Zarys wykładu*, red. C. Banasiński, Warszawa 2018.
- Burdziak K., *Kierowanie wykonaniem samobójstwa i polecenie jego wykonania w polskim prawie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014, Rok LXXVI, nr 4.
- Castells M., *The New Public Sphere: Global Civil Society, Communication Networks, and Global Governance*, „The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science” 2008, vol. 616, issue 1.
- Cavelty M.D., Wenger A., *Cyber security meets security politics: Complex technology, fragmented politics, and networked science*, „Contemporary Security Policy” 2019, nr 41(1).
- Dacka M., *Pracownik socjalny we współczesnym świecie – rola i możliwości wsparcia*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio J, Paedagogia-Psychologia” 2024, nr 37(1).
- Deptala D., *Terroryzm samobójczy. Wybrane problemy*, „Prace Naukowe Akademii im. Jana Długosza w Częstochowie” 2016, t. 8.
- Dijk van J.A.G.M., *The Network Society. Social Aspects of New Media, Second edition*, London–Thousand Oaks–New Delhi 2006.
- Donegan R., *Bullying and Cyberbullying: History, Statistics, Law, Prevention and Analysis*, „The Elon Journal of Undergraduate Research in Communications” 2012, vol. 3, nr 1.
- Duranowski W., *Podstawowe zagrożenia zdrowotne związane z używaniem komputera i internetu*, [w:] *Zagrożenia cyberprzestrzeni. Kompleksowy program dla pracowników służb społecznych*, red. J. Lizut, Warszawa 2014.
- Golka M., *Czym jest społeczeństwo informacyjne?*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, nr 4 (26).

⁴⁶ R. Donegan, *Bullying and Cyberbullying: History, Statistics, Law, Prevention and Analysis*, „The Elon Journal of Undergraduate Research in Communications” 2012, vol. 3, nr 1, s. 34.

- Hinduja S., Patchin J.W., *Bullying, Cyberbullying, and Suicide*, „Archives of Suicide Research” 2010, nr 14(3).
- Hoffmann T., *Wybrane aspekty cyberbezpieczeństwa w Polsce*, Poznań 2018.
- Jackson J., *SOS: A Handbook for Survivors of Suicide*, Washington 2003.
- Kesan J.P., Hayes C.M., *Mitigative counterstriking: self-defense and deterrence in cyberspace*, „Harvard Journal of Law & Technology” 2012, nr 2(25).
- Knapik A., Kozłowska M., Kocyan B., *Rosnący problem uzależnień behawioralnych – uwiecznieni w sieci, [w:] Online i offline. Obraz współczesnego społeczeństwa*, red. M. Janiszewska, P. Szymczyk, Lublin 2018.
- Kurkowski P., *Wpływ łączności internetowej na komunikację społeczną*, „Młoda Humanistyka” 2018, nr 2(12).
- Litwiller B.J., Brausch A.M., *Cyber Bullying and Physical Bullying in Adolescent Suicide: The Role of Violent Behavior and Substance Use*, „Journal of Youth and Adolescence” 2013, nr 42(5).
- Luxton D.D., June J.D., Fairall J.M., *Social Media and Suicide: A Public Health Perspective*, „American Journal of Public Health, Supplement 2” 2012, vol. 102, nr S2.
- Łojko M., *Pomoc społeczna wczoraj i dziś. Nowe wyzwania – stare problemy*, „Studia Ekonomiczne/ Uniwersytet Ekonomiczny w Katowicach” 2014, nr 179.
- Myers C.A., Cowie H., *Cyberbullying across the Lifespan of Education: Issues and Interventions from School to University*, „International Journal of Environmental Research and Public Health” 2019, nr 16(7).
- Niedzwiedz A., *Czy akt samobójczy jest świadomym i dobrowolnym aktem woli suicydenta? Rozważania nad prawnokarnymi aspektami odpowiedzialności za przestępstwo stypizowane w art. 151 k.k.*, „Prawo i Więź” 2021, nr 4(38).
- Nojeim G.T., *Cybersecurity and Freedom on the Internet*, „Journal of National Security Law & Policy” 2010, vol. 4, nr 1.
- Rodziński P., Rutkowski K., Ostachowska A., *Progresja myśli samobójczych do zachowań samobójczych w świetle wybranych modeli suicydologicznych*, „Psychiatria Polska” 2017, nr 51(3).
- Sharp W.G., Sr., *The Past, Present, and Future of Cybersecurity*, „Journal of National Security Law & Policy” 2010, vol. 4, nr 1.
- Skoczylas D., *The Act on the National Cybersecurity System and Other Legal Regulations in the Context of Ensuring State Cybersecurity. Selected Issues*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2020, t. XXX, nr 2.
- Suchorzewska A., *Ochrona prawna systemów informatycznych wobec zagrożenia cyberterroryzmem*, Warszawa 2010.
- Tabansky L., *Cybercrime: A National Security Issue?*, [w:] *Cyberspace and National Security Selected Articles*, red. G. Siboni, Tel Aviv 2013.
- Takahashi Y., *Depression and Suicide*, „Japan Medical Association Journal (JMAJ)” 2001, vol. 44, nr 8.
- Van Hee C., Jacobs G., Emmery C., Desmet B., Lefever E., Verhoeven B., Pauw G.D., Daelemans W., Hoste V., *Automatic detection of cyberbullying in social media text*, „Public Library of Science – PLoS ONE” 2018, nr 13(10).
- Wasilewski J., *Przestępczość w cyberprzestrzeni – zagadnienia definicyjne*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2016, nr 8, issue 15.

Marek Derlatka

Uniwersytet Zielonogórski

ORCID 0000-0002-8650-2970

m.derlatka@wpa.uz.zgora.pl

Granice wolności artystycznej

Słowa kluczowe: wolność sztuki, granice swobody artystycznej, kolizja dóbr, obraza uczuć religijnych

Streszczenie. Jednym z najważniejszych przejawów wolności jest wolność sztuki. W tej sferze próbuje się absolutyzować wolność twórczości artystycznej, nie dostrzegając żadnych jej ograniczeń. Czy rzeczywiście artysta może wszystko? Czy subiektywne wrażenie, odczucie, pogląd, mniemanie, ma pierwszeństwo przed obiektywnymi kryteriami kwalifikowania danego przedmiotu jako dzieła sztuki? Czy w ogóle istnieją takie kryteria? Właściwie kwestia zakresu wolności artystycznej jest zagadnieniem sztucznie podnoszonym do rangi rzeczywistego problemu, którego ofiarami mają być rzekomo wspaniali artyści, pozbawiani swobody tworzenia. Prawdziwa sztuka broni się sama i raczej sama niczego nie atakuje. Istotą aktu tworzenia nie jest niszczenie, poniżanie, deprecjonowanie. Piękno jako owoc działania artysty jest bliskie dobru – arystotelesowskiemu celowi wszelkiego dążenia, zatem dalekie jest od wszelkiej postaci zła, w tym obrazy, pogardy, braku szacunku.

The limits of artistic freedom

Keywords: freedom of art, limits of artistic freedom, collision of goods, insult to religious feelings

Summary. One of the most important manifestations of freedom is the freedom of art. In this sphere, attempts are made to absolutize the freedom of artistic creativity, without noticing any of its limitations. Can an artist really do everything? Does the subjective impression, feeling, view or opinion take precedence over the objective criteria for classifying an object as a work of art? Are there such criteria at all? In fact, the question of the scope of artistic freedom is an issue artificially elevated to a real problem, the victims of which are supposedly great artists deprived of their freedom to create. True art defends itself and does not attack anything by itself. The essence of the act of creation is not to destroy, humiliate or depreciate. Beauty as the fruit of the artist's action is close to good – the Aristotelian goal of all striving, therefore it is far from any form of evil, including offense, contempt, and disrespect.

Wolność jest jednym z najważniejszych dóbr człowieka. Niektórzy uważają, że nawet ważniejszym od życia, stąd dopuszczają oni eutanazję, aborcję, nie sprzeciwiają się doprowadzeniu do śmierci poprzez nadużywanie narkotyków, alkoholu czy inne rodzaje opóźnianego samobójstwa.

Z kolei jednym z najważniejszych przejawów wolności jest wolność sztuki. W tej sferze także próbuje się absolutyzować wolność twórczości artystycznej, nie

dostrzegając żadnych jej ograniczeń. Czy rzeczywiście artysta może wszystko? Czy subiektywne wrażenie, odczucie, pogląd, mniemanie, ma pierwszeństwo przed obiektywnymi kryteriami kwalifikowania danego przedmiotu jako dzieła sztuki? Czy w ogóle istnieją takie kryteria?

Odpowiedź na te pytania należy rozpocząć od zdefiniowania sztuki. Wątpięcym w wykonalność tego niełatwego zadania trzeba przypomnieć celne spostrzeżenie Arystotelesa: „cechą człowieka wykształconego jest żądać w każdej dziedzinie ścisłości w tej mierze, w jakiej pozwala na to natura przedmiotu”¹. Słownikowe określenia sztuki są następujące: to dziedzina ludzkiej działalności artystycznej, wyróżniana ze względu na związane z nią wartości estetyczne (zwłaszcza piękno); jej wytwory stanowią trwały dorobek kultury²; to twórczość artystyczna, której wytworami są dzieła z zakresu literatury, muzyki, malarstwa itp., spełniające wymogi harmonii, estetyki, stanowiące trwały dorobek kultury³. Na uwagę zasługuje posługiwanie się w tych definicjach pojęciami piękna, harmonii, estetyki, zatem nie każdy wytwór ludzkiej działalności zasługuje na miano dzieła sztuki, mimo subiektywnego odczucia jego twórcy. Błędem jest rozszerzanie pojęcia sztuki i obejmowanie nim wszelkich przejawów ludzkiej działalności, nawet celowo rezygnującej z elementarnej estetyki, harmonii i piękna. Niektórzy uważają, że piękne jest to, co się komuś podoba – owszem, ale zdrowy rozsądek i logika nie pozwalają nazwać dziełem sztuki wszystkiego, co wykona człowiek. Wyznaczenie granic sztuki jest szczególnie trudne w epoce techniki elektronicznej, cyfrowej, gdzie nawet tandetne i szpetne prace mogą zyskać poklask znacznej grupy odbiorców. Spory odnośnie do charakteru danego dzieła mogą jednak rozstrzygać eksperci: historycy sztuki, absolwenci akademii sztuk pięknych czy uznani artyści⁴.

Korzystanie ze swobody artystycznej nie usprawiedliwia znieważania i pogardy dla innych wartości, w tym godności, szacunku dla człowieka, narodu, państwa, grupy etnicznej, światopoglądu, religii. W tym kontekście można przywołać liczne przykłady prowokacji pseudoartystycznych, koncentrujących się na znieważaniu symboli religijnych, państwowych, innych. Gwałtowne reakcje skrajnych przedstawicieli określonych społeczności religijnych, nie cofających się nawet przed atakami terrorystycznymi, dowodzą, jak niebezpieczne jest przekraczanie granic ekspresji artystycznej. Oczywiście nie można usprawiedliwiać użycia przemocy, jednak te tragiczne zdarzenia stanowią uzasadnienie dla kryminalizacji znieważania poprzez „sztukę”. Artystyczny lub naukowy cel działań sprawcy nie jest wystarczający do

¹ Arystoteles, *Etyka nikomachejska*, Warszawa 1982, s. 6.

² *Słownik języka polskiego PWN*, t. 3: R-Z, red. M. Szymczak, Warszawa 1998, s. 398.

³ *Słownik współczesnego języka polskiego*, t. 2: p-żyzny, Warszawa 1998, s. 391.

⁴ M. Derlatka, *Zasadność kryminalizacji obrazy uczuć religijnych*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 10, s. 44.

wykluczenia znieważającego charakteru tych działań ze względu na ich formę⁵. Argumentu, jakoby artysta nie ponosi winy za reakcję na jego dzieło, nie da się obronić w przypadku ewidentnie znieważającego charakteru tego dzieła. Media nie informowały o zamieszkach po ekspozycji Mony Lizy, lecz po wydrukowaniu karykatur Mahometa. Nie można tolerować wszelkich naruszeń dóbr innych osób poprzez działalność jednej osoby, ponieważ wolność jednostki nie pozwala wkraczać w sferę wolności innego członka społeczeństwa. Tak jak nie wystarczy subiektywne poczucie krzywdy odbiorcy dzieła, aby stwierdzić, że popełniono czyn zabroniony, tak nie wystarczy odwołanie się do swobody tworzenia, aby uniewinnić autora znieważającego dzieła. Obiektywizowanie znieważającego charakteru dzieła stanowi gwarancję wolności artystycznej oraz wolności od bycia obrażanym, poniżanym, pogardzanym.

Początki sztuki to obrazy naskalne, powstałe około 40 tysięcy lat przed Chrystusem. Największy rozwój sztuki dokonał się w epoce funkcjonowania struktur państwowych, czyli w ciągu ostatnich pięciu tysięcy lat. Hans Belting dzieli dzieje sztuki na epokę obrazu sakralnego, ikony oraz epokę sztuki⁶. Sztuka przekształciła ikonę (święty obraz) w artefakt, dając pierwszeństwo autonomii twórcy i kryteriom estetycznym⁷. Konflikt pomiędzy sztuką a religią jest więc nieunikniony. Kościół oczekuje od sztuki, by powracała do swego przedsekularnego stanu, czego wyrazem są reakcje na wszelkie artystyczne transgresje, odbierane jako bluźnierstwa. Sztuka współczesna zaś chce realizować zupełnie przeciwne dążenie, jakim jest nieustanna reafirmacja jej świeckiego – to znaczy pochodzącego ze sfery *profanum* – statusu⁸. Sztuka i religia współegzystują ze sobą tysiące lat i są od czasu do czasu w konflikcie, głównie z powodu naruszania sfery *sacrum* przez mniej lub bardziej utalentowanych artystów lub pretendujących do tego miana. Właśnie braki warsztatowe czy po prostu deficyt inwencji twórczej popychają nowoczesnych przedstawicieli, bardziej przemysłu rozrywkowego niż sztuki, do transgresji obliczonej na przyciągnięcie uwagi. Obrazoburcze wykorzystanie obrazów we współczesnej sztuce oraz reklamie można nazwać nowym ikonoklazmem – postawą, która głosząc niezgodę na moc obrazu, tę moc faktycznie zakłada i nieustannie potwierdza⁹. Co ciekawe, najczęściej profanuje się chrześcijańskie obiekty kultu, poniekąd potwierdzając pierwszeństwo tej religii co do jej mocy i siły oddziaływania. Nie bez znaczenia jest również prawdopodobieństwo napotkania na odwetowy atak ze strony urażonych wyznawców, co w przypadku islamu wygląda zupełnie inaczej.

⁵ W. Wróbel, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom 2*, red. A. Zoll, Warszawa 2006, s. 554.

⁶ H. Belting, *Obraz i kult. Historia obrazu przed epoką sztuki*, Gdańsk 2010, s. 5 i n.

⁷ A. Draguła, *Bluźnierstwo. Między grzechem a przestępstwem*, Warszawa 2013, s. 131.

⁸ *Ibidem*, s. 132.

⁹ *Ibidem*, s. 134.

Żyjąc w grupie, ciesząc się różnymi aspektami wolności, w tym tworząc sztukę, nie powinno się naruszać wartości, które korzystają z takiej samej ochrony prawnej jak działalność artystyczna¹⁰.

W przypadku konfliktu między prawem jednostki do wyznawania swojej religii a prawem jednostki do działalności artystycznej, zasada neutralności i bezstronności państwa musi być stosowana łącznie z zasadą proporcjonalności. Naruszeniem zasady proporcjonalności byłoby przyznanie pierwszeństwa prawu jednostki przed prawem większości społeczeństwa, w sytuacji gdy brak jest dowodów konkretnej szkody wyrządzonej jednostce przez większość. Szkodą jednostki nie jest zakaz wykorzystywania w sztuce obrazy uczuć religijnych. Natomiast szkodą dla jednostki, społeczności, a nawet kultury i sztuki jest promowanie działalności pseudoartystycznej, która ma jedynie przyciągnąć uwagę. Gdyby Adam Darski miał więcej do zaoferowania jako artysta, pewnie nie musiałby się uciekać do tak desperackich sposobów zdobycia rozgłosu, jak niszczenie Biblii¹¹. Budowanie wizerunku na skandalu staje się normalnym sposobem funkcjonowania w branży rozrywkowej, aspirującej do artystycznej. Niekiedy korzysta się z podobnych metod przyciągnięcia uwagi, atakując identyczne dobra prawne, a jednym z nich są uczucia religijne¹². Wyróżnienie uczuć religijnych spośród innych kategorii uczuć dowodzi znaczenia religii w życiu człowieka. Stwierdzenie popełnienia takiego przestępstwa jest także łatwiejsze niż na przykład obraza poczucia estetyki, harmonii, ładu, aczkolwiek twórczość artystyczna obfituje w liczne przypadki pogwałcenia kanonów piękna. Kryminalizacja „zamachów na piękno” zapełniłaby artystami zakłady karne, dlatego wystarczy, jeżeli prawo zakazuje jedynie obrażania uczuć religijnych, poświęcając estetykę w imię wolności do tworzenia również brzydoty.

Wolność twórczości artystycznej zapewnia każdemu art. 73 Konstytucji RP. Wiąże się ona ściśle z wolnością słowa, wyrażania swoich poglądów, a więc ekspresji, gwarantowaną w art. 54 Konstytucji, a tę wolność formułuje Powszechna Deklaracja Praw Człowieka w art. 19, a także art. 19 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. W systemie prawa Rady Europy wolność słowa formułuje art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, a w systemie unijnym art. 11 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, wzmacniając dodatkowo tę wolność w odniesieniu do sztuki w art. 13. Takie mocne gwarancje wolności twórczości artystycznej dowodzą jej znaczenia dla dobra społeczeństwa, jednak podlega ona takim samym ograniczeniom jak każdy inny rodzaj wolności. Zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji ograniczenia te mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wówczas, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla

¹⁰ M. Derlatka, *Granice w sztuce też istnieją*, „Rzeczpospolita” 2011, nr 197, s. A13.

¹¹ *Ibidem*.

¹² M. Derlatka, *Bóg nie potrzebuje ochrony*, „Rzeczpospolita” 2012, nr 153, s. C8.

jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Nie ma żadnego uzasadnienia dla wyłączenia wolności sztuki spod regulacji art. 31 ust. 3 Konstytucji¹³. Wolność jednostki kończy się tam, gdzie ingeruje ona w wolność innej osoby¹⁴, która nie ma obowiązku znoszenia naruszenia swojej wolności. Konflikt wolności twórczości artystycznej występuje najczęściej z wolnością myśli, sumienia i wyznania. Wówczas „wkracza do gry” prawo karne, a dokładnie art. 196 Kodeksu karnego. Przywołany przepis stanowi: „Kto obraża uczucia religijne innych osób, znieważając publicznie przedmiot czci religijnej lub miejsce przeznaczone do publicznego wykonywania obrzędów religijnych, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”.

Wyrokiem z 6 października 2015 r. Trybunał Konstytucyjny stwierdził zgodność z Konstytucją tego przepisu w zakresie, w jakim penalizuje obrazę uczuć religijnych innych osób przez publiczne znieważenie przedmiotu czci religijnej, podlegającą karze grzywny¹⁵. W obszernym uzasadnieniu tego wyroku Trybunał Konstytucyjny dokonał rzetelnej analizy problemów pojawiających się na styku wolności sztuki i wolności sumienia i wyznania. Potwierdził on, iż zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie panuje zgodność, że „nie ma charakteru znieważenia przedmiotu czci religijnej wypowiedź lub zachowanie, wyrażające negatywny stosunek do przedmiotu czci religijnej lub wykorzystujące ten przedmiot jako element kreacji artystycznej, o ile ze względu na formę lub treść nie zawiera elementów poniżających lub obelżywych. Artystyczny lub naukowy cel działania sprawcy nie jest wszakże wystarczający do wykluczenia znieważającego charakteru tych działań ze względu na ich formę”¹⁶. Podkreślenia wymaga fakt, iż kryminalizacja znieważenia przedmiotu czci religijnej (także miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych – czego nie dotyczyła skarga konstytucyjna) daje pierwszeństwo wolności sumienia i wyznania pozostającej w kolizji z wolnością sztuki. Wydaje się to zrozumiałe, zważywszy na brak negatywnych konsekwencji dla wolności sztuki czynu osoby korzystającej z wolności religii, przy ewidentnych negatywnych konsekwencjach korzystania przez danego artystę z wolności sztuki w postaci obrazy uczuć religijnych konkretnych osób. W orzecznictwie sądowym

¹³ Por. wyrok SN z 2.02.2011 r., II CSK 431/10, LEX nr 784917.

¹⁴ Zob. P. Czarnek, *Konstytucyjne granice wolności twórczości artystycznej w kontekście prawa do ochrony uczuć religijnych*, [w:] *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, red. F. Cieplý, Warszawa 2014, s. 84.

¹⁵ Dz.U. z 2015 r. poz. 1632.

¹⁶ W. Wróbel, *op. cit.*, s. 554; tak też: Uchwała SN z 29.10.2012 r., I KZP 12/12, OSNKW 2012, Nr 11, poz. 112, postanowienie SN z 5.03.2015 r., III KK 274/14, http://sn.pl/orzecznictwo/Biuletyn_SN/Biuletyn_SN_9_2015.pdf [dostęp: 16.08.2021].

nie ma przykładów naruszenia wolności sztuki poprzez nadużycie wolności religii, nie brakuje jednak przypadków odwrotnych, to znaczy pogwałcenia wolności religii poprzez nadużycie wolności sztuki.

Rozstrzygnięcie kolizji pomiędzy wolnością twórczości artystycznej a wolnością sumienia i wyznania za pomocą instytucji kontratypu sztuki nie wydaje się zasadne. Jedyne kontratypy ustawowe odnoszące się do sztuki przewidują przepisy art. 256 § 3 k.k. oraz art. 41 ustawy z 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe (Dz.U. Nr 5 poz. 24 ze zm.)¹⁷. Natomiast konstruowanie przez doktrynę pozaustawowego kontratypu sztuki pozbawione jest podstaw prawnych. Należy zgodzić się z Andrzejem Zollem, iż koliduje to z konstytucyjną zasadą podziału władzy i ogranicza ustawowo potwierdzone prawa pokrzywdzonego, w tym brak możliwości stosowania obrony koniecznej przeciwko zachowaniu, którego bezprawność miałby wyłączyć jakiś kontratyp pozaustawowy¹⁸. Przeciwnie tej instytucji przemawia zasada równości wobec prawa i sprawiedliwości, odwoływanie się do konstrukcji nieznajdującej oparcia w treści obowiązujących przepisów niesie ryzyko zewnętrznej niesprawiedliwości rozstrzygnięcia sprawy¹⁹. Kontratyp sztuki odrzuca również Wojciech Janyga²⁰ i Marek, który słusznie stwierdził, iż nie ma kontratypu bez normy prawnej legalizującej dane zachowanie²¹.

Nie są tymi normami normy zawarte w art. 73 i art. 54 Konstytucji RP, na które powołują się zwolennicy teorii istnienia kontratypu sztuki²². Otóż normy te nie konstytuują ani typów czynów zabronionych, ani kontratypów danych przestępstw. „Nie ma kontratypu bez realizacji znamion typu”²³. Nie można twierdzić, że norma z art. 73 czy art. 54 Konstytucji zawiera wzorzec zachowania, które pomimo realizacji znamion typu czynu zabronionego, z uwagi na okoliczności stanowiące istotę kontratypu, nie jest bezprawne²⁴. Uprawianie sztuki (korzystanie z wolności

¹⁷ F. Cieplý, *O kontratypie sztuki*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 10, s. 36.

¹⁸ A. Zoll, „Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy, [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, Lublin 2005, s. 425.

¹⁹ M. Małecki, *Kontratyp sztuki de lege lata*, [w:] *Odpowiedzialność karna artysty...*, s. 146.

²⁰ W. Janyga, *Przestępstwo obrazy uczuć religijnych w polskim prawie karnym w świetle współczesnego pojmowania wolności sumienia i wyznania*, Warszawa 2010, s. 267.

²¹ A. Marek, *Głos w dyskusji*, [w:] *Prawnokarne aspekty wolności*, red. M. Mozgawa, Kraków 2006, s. 315.

²² Por. J.J. Nalewajko, R. Kubiak, *Sztuka jako okoliczność wyłączająca bezprawność?*, „Palestra” 2000, nr 9-10; J. Warylewski, *Pasja czy obraza uczuć religijnych? Spór wokół art. 196 kodeksu karnego*, [w:] *W kręgu teorii i praktyki...*, s. 367-381; J. Majewski, *Czy kontratyp sztuki istnieje?*, [w:] *Odpowiedzialność karna artysty...*, s. 126-135. O podobieństwie kontratypu sztuki do ustawowego kontratypu stanu wyższej konieczności z art. 26 k.k., z wahaniem co do jego istnienia pisze T. Gardocka, *Czy w polskim prawie karnym potrzebny jest kontratyp sztuki?*, „Palestra” 2015, nr 1-2, s. 25.

²³ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2012, s. 340.

²⁴ Tak kontratyp określał twórca tego pojęcia W. Wolter, *O kontratypach i braku społecznej szkodliwości*, „Państwo i Prawo” 1963, z. 10, s. 506.

twórczości artystycznej) nie jest czynem zabronionym, ale nie jest również samo przez się typem czynu legalnego pomimo realizacji znamion czynu zabronionego. Doszukiwanie się w tych przepisach Konstytucji podstawy wyłączenia odpowiedzialności karnej za czyn zabroniony popełniony przez tworzenie lub rozpowszechnianie danego dzieła prowadzi do absurdu, kiedy na przykład elementem kreacji artystycznej będzie zabójstwo czy uszkodzenie ciała²⁵.

Tak drastyczne przykłady nie są bynajmniej nieprawdopodobne, ponieważ wachlarz zachowań i obrazów prezentowanych w sztuce oraz pseudosztuce wydaje się bardzo szeroki. Uporczywe domaganie się uznania za legalne wszelkich przejawów wolności, w tym decydowania o doznawaniu cierpienia, bólu, śmierci, sprawia, że w niedalekiej przyszłości rejestrowanie prawdziwego pobicia, zgwałcenia, śmierci może okazać się dostępne nie tylko na niektórych stronach internetowych. Obecna regulacja prawna, gdzie zakazane są eutanazja, pomoc w samobójstwie czy klasyczne zabójstwo – nawet mimo zgody na odebranie życia wyrażonej przez ofiarę, nie ma stuprocentowej przyszłości. Wnioski co do kierunku nowelizacji prawa karnego nasuwają się na podstawie analizy zmian w prawie Holandii, Belgii, Luksemburga, Szwajcarii, Albanii, Japonii, niektórych stanów USA. W tym kontekście należy zauważyć korelację pomiędzy odchodzeniem od bezwzględnej ochrony życia oraz odejściem od wszelkich standardów etycznych w sztuce. Odhumanizowanie prawa idzie w parze z oderwaniem sztuki od afirmacji piękna i dobra. Trudno sfalsyfikować tezę, że przesuwanie granic tolerancji dla obecności brzydoty, kiczu, tandety, po prostu zła w sztuce towarzyszy psuciu prawa. Przestaje ono być *ars boni et aequi*, stając się dyktatem większości parlamentarnej, co nie jest równoznaczne z większością społeczeństwa. Fakt, iż prawodawca nie reprezentuje większości narodu danego kraju, jest jednak konsekwencją obojętności jego przedstawicieli rezygnujących z prawa wyborczego. Jakkolwiek niereprezentatywne byłyby to organy prawodawcze, owoce ich prac legislacyjnych budzą poważne zaniepokojenie. Podobnie niebezpieczne wydają się kontrowersyjne judykaty najwyższych szczebli sądownictwa – w tym polskiego – zezwalające na promowanie w sztuce nienawiści, znieważania, obrazy uczuć religijnych. Aprobata dla upadku etycznych i estetycznych fundamentów kultury czyni z niej antykulturę, zaprzeczenie jej istoty, tożsamości, sensu. Po co udawać, że ekspozycja ekskrementów czy pornografia jest sztuką? Rzeczywiście granica pomiędzy sztuką a tandetą jest płynna, jednak domaganie się ochrony prawnej dla pseudosztuki można porównać do żądania uznawania każdego chętnego za mistrza olimpijskiego, mimo że 100 metrów przebiegnie w minutę. Oczywiście łatwiej jest klasyfikować sportowców niż artystów, mimo wszystko, oprócz uznania publiczności oraz popytu na dane dzieła, można

²⁵ M. Derlatka, *Sztuka a prawo karne*, „Jurysta” 2016, nr 6, s. 14-15.

przynajmniej oczekiwać sprawiedliwości w sądach rozpoznających sprawy jednoznacznych znieważeń uczuć religijnych, ale również używania słów nieprzyzwoitych w miejscu publicznym. Notabene tego ostatniego wykroczenia dopuszczają się między innymi zasłużeni dla kultury wybitni artyści.

Gdyby organy państwowe chciały być neutralne, czyli bezstronne wobec uniwersalnych wartości etycznych, które wyrosły na podstawie wartości teologicznych, jakimi są godność osoby ludzkiej i prawa człowieka, wówczas opowiadałyby się po stronie nihilizmu aksjologicznego²⁶. Kazusy Darskiego, Rabczewskiej, Nieznalskiej dowodzą, że nihilizm aksjologiczny zaznacza swoją obecność w polskim wymiarze sprawiedliwości. Pozornie chroniąc wolność sztuki, sądy aprobuja profanację najważniejszych atrybutów chrześcijaństwa, jakimi są Pismo Święte i krzyż. Odwracanie roli atakujących najświętsze symbole religijne i czynienie z nich bohaterów artystów walczących o wolność kreacji artystycznej wyrządza szkodę nie tylko wyznawcom danej religii, ale i samej sztuce, klasyfikując te prowokacje jako jej dzieła. Odróżnienie dzieła sztuki od zwykłego aktu profanacji nie wymaga kwalifikowanej wiedzy prawniczej, wystarczy elementarne poczucie estetyki i etyki. Poza tym możliwe jest także stwierdzenie, że dzieło sztuki jest jednocześnie owocem czynu zabronionego, polegającego na znieważaniu, obrazie uczuć religijnych, naruszeniu tajemnicy służbowej lub wypełnianącego znamiona innego przestępstwa. Dualistyczny charakter dzieła nie jest niczym wyjątkowym, wiele zachowań można klasyfikować jako czyn legalny, ale na przykład niemoralny lub sprzeczny z normami obyczajowymi, religijnymi, czyli grzech. Podobnie dzieło sztuki ocenione tak przez biegłych z zakresu malarstwa, rzeźby, filmu, teatru, muzyki, innej dziedziny, może zostać ocenione przez organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości jako przedmiot wykonawczy przestępstwa. Wielość ocen, i to diametralnie różnych, towarzyszy człowiekowi od zawsze, zwłaszcza artystom. Dla części odbiorców są oni niedościgłymi mistrzami, dla innych nieudacznikami, dyletantami. Zarzut, jakoby niemożliwe było arbitralne określenie danego dzieła jako dzieła sztuki, można odeprzeć, powołując się na specyfikę roli sądów i biegłych sądowych, którzy dokonują różnych ocen na potrzeby procesu.

W tym miejscu ponownie dotykamy istotnego problemu określoności sztuki. Wydaje się, iż niedefiniowalność sztuki zakładają reprezentanci relatywizmu, którzy *a priori* przyjmują nieokreśloność wielu pojęć i odpowiadających im desygnatów. Tymczasem zagadnienie granic sztuki nie zależy od precyzyjnego zdefiniowania dzieła sztuki, lecz od stwierdzenia, czy dane dzieło obiektywnie narusza inne dobro prawne. Obrazek narysowany przez trzyletnie dziecko dla jego rodziców może stanowić drogocenne dzieło sztuki i nie trzeba z tym polemizować. Natomiast

²⁶ J. Krukowski, *Polskie prawo wyznaniowe*, Warszawa 2008, s. 72.

znieważenie przedmiotu czci religijnej, na przykład podarcie Biblii, jest czynem zabronionym, o ile będzie dokonane publicznie, jak stanowi przepis art. 196 Kodeksu karnego, bez względu na to, czy jest elementem kreacji artystycznej, czy dowodem braku inwencji twórczej. Na marginesie: trudno zgodzić się z poglądem, że niszczenie książki jest elementem kreacji, a nie destrukcji. Kreacją byłoby napisanie czegoś podobnie cennego i cenionego przez rzesze ludzi.

Właściwie kwestia zakresu wolności artystycznej jest zagadnieniem sztucznie podnoszonym do rangi rzeczywistego problemu, którego ofiarami mają być rzekomo wspaniali artyści, pozbawiani swobody tworzenia. Prawdziwa sztuka broni się sama i raczej sama niczego nie atakuje. Istotą aktu tworzenia nie jest niszczenie, poniżanie, deprecjonowanie. Piękno jako owoc działania artysty jest bliskie dobru – arystotelesowskiemu celowi wszelkiego dążenia, zatem dalekie jest od wszelkiej postaci zła, w tym obrazy, pogardy, braku szacunku. Proces twórczy wymaga talentu, wysiłku, wyobraźni, natomiast naruszanie norm prawnych, etycznych, obyczajowych, religijnych nie ma nic wspólnego z tym procesem. Próby usprawiedliwiania artystów przekraczających te normy i poświęcanie wolności od znieważania, pogardy, nienawiści, w imię wolności sztuki, nie dadzą się pogodzić z odwieczną zasadą: „nie czynj drugiemu, co tobie niemiłe”. Jeżeli wyznawca danej religii nie atakuje światopoglądu artysty, nie wyśmiewa jego wiary lub niewiary, dlaczego ma tolerować obrazę swoich uczuć religijnych dokonaną przez tegoż artystę?

Prosta zasada symetrii zawsze powinna rozstrzygać konflikty zakresów wolności. Podobnie jak palący muszą uszanować brak chęci wdychania dymu nikotynowego przez niepalących, jak sąsiedzi lubiący głośną muzykę nie mogą narzucać jej słuchania lokatorom zza ściany, tak artyści muszą uszanować uczucia religijne innych osób. Warto zauważyć, że prawo karne zakazuje jedynie obrazy uczuć religijnych, a nie żadnych innych, na przykład estetycznych i to jedynie poprzez działanie publiczne. Kryminalizacja obrazy poczucia estetyki, jakkolwiek mogłaby stanowić zaporę przeciwko brzydocie, to wobec zrozumiałych problemów z określeniem piękna nie spełnia wymogów stawianych normom prawnokarnym. Natomiast stwierdzenie publicznej obrazy uczuć religijnych jest możliwe i dowodzi znaczenia sfery religii w życiu społecznym. Historia nie zna przypadków wojen estetycznych, niestety, wojny religijne nie tylko mają długą historię, ale wciąż dają o sobie znać w różnych zakątkach świata. Fakt, iż religia może prowadzić do wojny, nie świadczy źle o religii, lecz o ludziach nieprzestrzegających norm religijnych, generalnie zakazujących używania przemocy. Ta smutna prawda, że człowiek potrafi reagować agresją motywowaną religijnie, tłumaczy obowiązywanie regulacji prawnej ograniczającej wolność sztuki. Z drugiej strony ograniczenie wolności sztuki jest dowodem na to, że w sztuce, jak w życiu, nie wszystko jest dozwolone.

Koncepcja totalnej wolności sztuki znajduje poparcie jedynie wśród osób o podobnej wrażliwości i percepcji. Muszą one koegzystować z osobami inaczej odbierającymi wulgarne nawiązania do religii, akty profanacji, szyderstwa, bezczeszczenie tego, co stanowi najwyższą wartość dla wyznawców danej religii. Przestrzeń publiczna nie może być zawłaszczana przez żadną z tych grup, a szacunek i tolerancja należy się nie tylko artystom. Istotą zakazu gwarantowanego sankcją karną jest publiczne prezentowanie symboli religijnych w negatywnym świetle. Nie jest to tożsame z zakazem krytyki, oceny czy innego sposobu negowania religii. Bardziej chodzi o formę przekazu, który nie powinien naruszać niczyich dóbr prawnych. Oczywiście nie bierzemy pod uwagę dóbr prawnych Boga czy bóstwa, gdyż ochrona ze strony prawa ludzkiego nie jest im potrzebna. Tutaj prawo karne chroni jedynie dobro prawne człowieka, wyznawcy danej religii, korzystającego z zasady wolności sumienia i wyznania. Podobnie jak inne rodzaje wolności, także wolność religijna zasługuje na prawną ochronę. Wolność sztuki na pewno korzysta z tej ochrony, jednak musi ona dać się pogodzić z ochroną religii. Żadna z tych wolności nie jest absolutna. Tak jak nie obejmuje ona rytualnego złożenia w ofierze człowieka poprzez pozbawienie go życia, tak też nie obejmuje ona publicznego znieważenia przedmiotu czci religijnej lub miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że newralgicznym punktem kolizji wolności sztuki z innymi rodzajami wolności jest zderzenie z wolnością religii czy inaczej wolnością sumienia i wyznania. Czy to oznacza, że wrogiem artystów jest państwo zaangażowane religijnie? Czy z tego powodu państwo powinno pozostać neutralne religijnie? Roberto de Mattei twierdzi, iż nie ma czegoś takiego, jak neutralność religijna państwa, w rzeczywistości państwo religijnie neutralne to państwo ateistyczne²⁷. Trudno nie zgodzić się z tą tezą, gdyż zagwarantowania wolności sumienia i wyznania nie da się pogodzić z urzędowym narzucaniem ateistycznego modelu państwa. Tak jak państwo nie ma prawa narzucać nikomu religii, tak również nie ma prawa narzucać światopoglądu ateistycznego. Konstytucyjna gwarancja wolności sumienia i religii oznacza uznanie przez władze publiczne pluralizmu religijnego i światopoglądowego²⁸. Różnorodność religii, nurtów filozoficznych oraz poglądów na życie wymuszają na organach państwowych wprowadzanie regulacji prawnych gwarantujących ten pluralizm. Nie wszystkie kraje cieszą się taką wolnością i tolerancją jak Polska, a fanatyzm religijny lub zupełna rozbieżność norm prawnych i religijnych przynoszą opłakane skutki. Ani prawo szariatu, ani legalizacja eutanazji i aborcji nie są optymalnym rozwiązaniem

²⁷ R. de Mattei w wywiadzie: *Kościół już nie walczy*, „Rzeczpospolita” 2014, nr 243, dodatek Plus Minus, nr 42, s. P4-P5.

²⁸ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 324.

dla społeczeństwa. Prawo państwowe, które nie chroni życia, przyczynia się do samozagłady społeczeństwa.

Warto przypomnieć, że pod wpływem nauki chrześcijańskiej wydany został pierwszy akt ochrony wolności religijnej w państwie – Edykt mediolański z 313 r., który dla wolności religijnej miał przełomowe znaczenie²⁹. Licząca już ponad 1700 lat zasada tolerowania przez państwo religii nie powinna ustąpić uzurpującej sobie pierwszeństwo zasadzie ateistycznego modelu państwa, które ma przedkładać wolność sztuki ponad wolność sumienia i wyznania. Wszystkie rodzaje wolności zasługują na ochronę ze strony organów państwa, a jeżeli w imię jednej z nich narusza się inny rodzaj wolności, należy reagować na te działania zgodnie z zasadą proporcjonalności, adekwatności i sprawiedliwości. Oczywiście termin „wszystkie rodzaje wolności” nie obejmuje wolności do wyrządzania zła, przede wszystkim drugiemu człowiekowi, ale również samemu sobie. Przykładów paternalizmu państwowego dostarcza prawo karne, które nie zakazuje wprowadzić samobójstwa czy zażywania narkotyków, choć kryminalizuje namawianie i pomaganie samobójcy oraz handel narkotykami.

Granice w sztuce nie są niczym nadzwyczajnym, trudności z ich określeniem nie mogą stanowić argumentu na rzecz tolerowania publicznego prezentowania wszelkich przejawów talentu czy ewidentnych dowodów jego braku. Prawo nie ingeruje w swobodę tworzenia dzieł sztuki, jeżeli nie przenika ona do przestrzeni publicznej. Podobnie jak używanie słów nieprzyzwoitych poza miejscem publicznym nie stanowi wykroczenia, tak prywatne akty profanacji, obrazy, zniewagi uczuć religijnych nie interesują organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości. Interes społeczny przemawia za ściganiem takich czynów, jeżeli dokonano ich publicznie. Właśnie publiczny charakter działania determinuje ingerencję państwa w sferę wolności sztuki. Delimitacja swobody artystycznej nie może być dokonana odgórnie, lecz w odniesieniu do konkretnego dzieła, występu, wydarzenia. Te same zasady dotyczą oceny korzystania ze wszystkich rodzajów wolności, zawsze musimy wziąć pod uwagę konkretne zdarzenie, aby stwierdzić, czy mieści się ono w granicach dozwolonych przez prawo. Nie tylko sztuka jest pojęciem szerokim i wieloznacznym, wykładnia norm prawnych bardzo często napotyka na bariery, które pozornie eliminują potrzebę ingerencji prawa, ale w rzeczywistości rezygnacja z danej regulacji prawnej byłaby błędem (przykładem kontrowersyjnej regulacji prawnej jest reglamentacja pornografii). Artysta nie musi zatem obawiać się interwencji ze strony aparatu państwa, jeżeli tworzy, a nie niszczy, jeżeli wyraża siebie, a nie obraża innego człowieka.

²⁹ K. Warchałowski, *Prawo do wolności myśli, sumienia i religii w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Lublin 2004, s. 62.

Literatura

- Arystoteles, *Etyka nikomachejska*, Warszawa 1982.
- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Belting H., *Obraz i kult. Historia obrazu przed epoką sztuki*, Gdańsk 2010.
- Cieply F., *O kontratypie sztuki*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 10.
- Czarnek P., *Konstytucyjne granice wolności twórczości artystycznej w kontekście prawa do ochrony uczuć religijnych*, [w:] *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, red. F. Cieply, Warszawa 2014.
- de Mattei R. w wywiadzie: *Kościół już nie walczy*, „Rzeczpospolita” 2014, nr 243, dodatek Plus Minus, nr 42.
- Derlatka M., *Bóg nie potrzebuje ochrony*, „Rzeczpospolita” 2012, nr 153.
- Derlatka M., *Granice w sztuce też istnieją*, „Rzeczpospolita” 2011, nr 197.
- Derlatka M., *Sztuka a prawo karne*, „Jurysta” 2016, nr 6.
- Derlatka M., *Zasadność kryminalizacji obrazu uczuć religijnych*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 10.
- Draguła A., *Bluznierstwo. Między grzechem a przestępstwem*, Warszawa 2013.
- Gardocka T., *Czy w polskim prawie karnym potrzebny jest kontratyp sztuki?*, „Palestra” 2015, nr 1-2.
- Janyga W., *Przestępstwo obrazu uczuć religijnych w polskim prawie karnym w świetle współczesnego pojmowania wolności sumienia i wyznania*, Warszawa 2010.
- Krukowski J., *Polskie prawo wyznaniowe*, Warszawa 2008.
- Majewski J., *Czy kontratyp sztuki istnieje?*, [w:] *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, red. F. Cieply, Warszawa 2014.
- Marek A., *Głos w dyskusji*, [w:] *Prawnokarne aspekty wolności*, red. M. Mozgawa, Kraków 2006.
- Małecki M., *Kontratyp sztuki de lege lata*, [w:] *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, red. F. Cieply, Warszawa 2014.
- Nalewajko J.J., Kubiak R., *Sztuka jako okoliczność wyłączająca bezprawność?*, „Palestra” 2000, nr 9-10.
- Postanowienie SN z 5.03.2015 r., III KK 274/14, http://sn.pl/orzecznictwo/Biuletyn_SN/Biuletyn_SN_9_2015.pdf.
- Słownik języka polskiego PWN*, t. 3: R-Z, red. M. Szymczak, Warszawa 1998.
- Słownik współczesnego języka polskiego*, t. 2: p-żyzny, Warszawa 1998.
- Uchwała SN z 29.10.2012 r., I KZP 12/12, OSNKW 2012, Nr 11, poz. 112.
- Warchałowski K., *Prawo do wolności myśli, sumienia i religii w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Lublin 2004.
- Warylewski J., *Pasja czy obrazu uczuć religijnych? Spór wokół art. 196 kodeksu karnego*, [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, Lublin 2005.
- Wolter W., *O kontratypach i braku społecznej szkodliwości*, „Państwo i Prawo” 1963, z. 10.
- Wróbel W., [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom 2*, red. A. Zoll, Warszawa 2006.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2012.
- Wyrok SN z 2.02.2011 r., II CSK 431/10, LEX nr 784917.
- Zoll A., *„Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy*, [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, Lublin 2005.

Hubert Przybyszewski

Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie

ORCID 0000-0002-8495-7218

HubertPrzybyszewski@onet.pl

Udział i działalność prokuratora w postępowaniu administracyjnym

Słowa kluczowe: prokurator, uprawnienia procesowe, postępowania administracyjne, sprzeciw prokuratora, prokuratura

Streszczenie. W artykule przedstawiono działalność i uprawnienia prokuratora w postępowaniu administracyjnym. Przeprowadzone rozważania prowadzą do wniosku, że przyznane kompetencje służą realizacji zasady rzetelnego procesu oraz praworządności. Dlatego rola procesowa prokuratora w świetle uprawnień, jakie posiada, jest istotna, chociaż niekiedy marginalizowana. Celem niniejszego opracowania jest scharakteryzowanie działalności prokuratora na poszczególnych etapach postępowania administracyjnego oraz próba odpowiedzi na pytanie, czy działania te mają realny wpływ na proces.

The prosecutor's participation and activity in administrative proceedings

Keywords: prosecutor, procedural rights, administrative proceedings, prosecutor's objection, prosecutor's office

Summary. The article presents the activities and powers of the prosecutor in administrative proceedings. The conducted considerations lead to the conclusion that the powers granted serve to implement the principle of a fair trial and the rule of law. Therefore, the procedural role of the prosecutor in the light of the powers he has is important, although sometimes marginalized. The purpose of this study is to characterize the prosecutor's activity at various stages of administrative proceedings and to try to answer the question whether these activities have a real impact on the process.

Wprowadzenie

Prokurator jest organem władzy państwowej, którego główna rola związana jest z wykrywaniem i ściganiem przestępstw, a następnie na tej podstawie sporządzanie aktu oskarżenia i popieranie go przed sądem. Działalność ta w szczególności zatem związana jest z prawem karnym oraz procedurą karną. Jednakże należy wskazać, że uprawnienia, a nawet obowiązki prokuratora nie ograniczają się jedynie do wymienionych zagadnień, ponieważ występują one na wielu innych płaszczyznach i procedurach. W związku z tym celem niniejszego artykułu będzie przedstawienie

najistotniejszych form działalności prokuratora na gruncie prawa administracyjnego, podkreślenie istotnej jego roli, aby postępowanie przebiegało zgodnie z prawem. Ponadto wskazane zostanie, czy i jakie ma w tym obszarze uprawnienia oraz związane z tym obowiązki. Konieczna staje się zatem analiza kompetencji prokuratora na etapie wszczęcia postępowania administracyjnego oraz jego udział już w toczącym się postępowaniu.

Zainicjowanie postępowania oraz udział prokuratora w toczącym się postępowaniu administracyjnym

Udział prokuratora w postępowaniu administracyjnym został uregulowany w art. 182-189 k.p.a.¹ Jednakże nie jest to regulacja kompleksowa, bowiem szczegółowy porządek wykonywania czynności w postępowaniu administracyjnym został uregulowany w Regulaminie wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury² oraz ustawie Prawo o prokuraturze³. Jak zostało wskazane w literaturze, celem wprowadzenia instytucji prokuratora w postępowaniu administracyjnym było „rozbudowanie systemu gwarancji prawnych praworządnego działania organów administracji publicznej przez poddanie ich kontroli sprawowanej przez niezależny od nich organ”⁴.

W odniesieniu do kompetencji prokuratora na gruncie prawa administracyjnego należy wskazać, iż jego działalność i kompetencje kształtują się w zależności od fazy postępowania, albowiem kreują się ono dwuetapowo:

- a) przed wszczęciem postępowania prokurator ma możliwość żądania wszczęcia postępowania,
- b) po wszczęciu postępowania prokurator ma możliwość wzięcia udziału już w toczącym się postępowaniu, otrzymuje uprawnienie do wniesienia odpowiednich środków zaskarżenia.

Zgodnie z obowiązującymi regulacjami prokurator otrzymał uprawnienie inicjujące postępowanie, albowiem może on zwrócić się do właściwego organu administracji publicznej o wszczęcie postępowania w celu usunięcia stanu niezgodnego z prawem. Z taką sytuacją mamy do czynienia, w szczególności gdy organ administracji publicznej pozostaje w bezczynności. Brak jest legalnej definicji „stanu niezgodnego z prawem”, zatem pojęcie to należy interpretować szeroko zarówno

¹ Kodeks postępowania administracyjnego z dnia 14 czerwca 1960 r., Dz.U. z 2023 r. poz. 775 ze zm.

² Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości Regulamin Wewnętrznego Urzędowania Powszechnych Jednostek Organizacyjnych Prokuratury z dnia 7 kwietnia 2016 r., Dz.U. z 2023 r. poz. 1115 ze zm.

³ Prawo o prokuraturze z dnia 28 stycznia 2016 r., Dz.U. z 2022 r. poz. 1247 ze zm.

⁴ B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądownictwo administracyjne*, Warszawa 2017, s. 179.

poprzez niezgodność z prawem materialnym, procesowym, jak i ustrojowym⁵. Twierdzenie to potwierdzone zostało w orzecznictwie, bowiem pojęcie niezgodności z prawem można interpretować również poprzez niezgodność z zasadami współżycia społecznego⁶. W zakresie wszczęcia postępowania należy wskazać, iż w § 367 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości Regulamin Wewnętrznego Urzędowania Powszechnych Jednostek Organizacyjnych Prokuratury ustawodawca wskazał kryteria, w jakich prokurator ma możliwość jego wszczęcia, wśród których należy wymienić: ochronę praworządności, w sytuacji gdy naruszenie prawa lub beczynność organu narusza interes Rzeczypospolitej Polskiej lub interes społeczny⁷. Należy zauważyć, że wspomniane kryteria mają charakter kierunkowy, przedstawiający dopuszczalność zainicjowania postępowania. Dodatkowo konieczne staje się podkreślenie, że wspomniane kryteria odnoszą się do istotnych wartości prawnych i kulturowych⁸, takich jak: praworządność, interes Rzeczypospolitej Polskiej, interes społeczny. Żądanie wszczęcia postępowania przez prokuratora jest dla organu wiążące. Jednakże dokonując wykładni literalnej przedmiotowego przepisu, należy wskazać, iż pomimo tego, że obowiązek wszczęcia postępowania po stronie organu nie jest równoznaczny z obowiązkiem wzięcia udziału przez prokuratora w postępowaniu objętym przedmiotowym wnioskiem, w sytuacji wzięcia udziału w postępowaniu przez prokuratora działa on na prawach strony. W literaturze przedmiotu dominujący jest pogląd, zgodnie z którym prokurator ma możliwość wszczęcia postępowania, w sytuacji gdy organ ma możliwość wszczęcia postępowania z urzędu⁹. Zatem w postępowaniach wnioskowych wyłączona została taka możliwość wykorzystania przedmiotowego uprawnienia. Jednakże odmienną praktykę możemy spotkać w postępowaniu organów sądowych, zgodnie z którym „Prawo prokuratora do żądania wszczęcia postępowania administracyjnego jest niezależne od tego, czy ukształtowanie sytuacji prawnej jednostki w drodze decyzji administracyjnej może być dokonane z urzędu, czy na wniosek”¹⁰.

Jak zostało już wskazane, prokurator ma możliwość wzięcia udziału w każdym stadium postępowania administracyjnego. Celem działalności prokuratora jest zapewnienie, aby postępowanie i rozstrzygnięcie sprawy było zgodne z prawem.

⁵ B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, wyd. 18, Legalis 2022.

⁶ Wyrok SN z 19.11.1970 r., sygn. akt. II CR 490/70, Lex 6823.

⁷ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości Regulamin Wewnętrznego Urzędowania Powszechnych Jednostek Organizacyjnych Prokuratury z dnia 7 kwietnia 2016 r., Dz.U. z 2023 r. poz. 1115 ze zm.

⁸ M. Szymański, *Wartości i antywartości – aspekt edukacyjny*, <https://wsp.edu.pl/wartosci-i-antywartosci-aspekt-edukacyjny/> [dostęp: 25.06.2023].

⁹ R. Hauser, M. Wierzbkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, wyd. 8, Legalis 2023.

¹⁰ Wyrok WSA w Poznaniu z 6.06.2019 r., sygn. akt. II SA/Po 188/19, Legalis nr 1470013; wyrok WSA w Poznaniu z 21.01.2016 r., sygn. akt. III SA/Po 743/15, Legalis nr 1470013.

Udział prokuratora nie służy zatem wspieraniu celu indywidualnie określonego uczestnika, strony postępowania. Jak podkreśla się w literaturze, „prokurator nie jest związany wnioskami stron co do rodzaju, zakresu i kierunków działań, a podejmując jakiekolwiek czynności w sprawie z inspiracji określonego podmiotu, nie reprezentuje go i nie wyręcza”¹¹. W związku z tym rola prokuratora ma charakter kontrolny i sprowadza się do weryfikacji czynności postępowania w celu zapewnienia praworządności. Jednakże pomimo tego, nie zwalania to organu administracji od działania zgodnego z prawem, które zostało wyrażone wprost w m.in. art. 6 k.p.a. (zasada praworządności). Dostrzec zatem można, że dochodzi tu do niespotykanej swoistej podwójnej kontroli praworządności – z jednej strony prokuratora, z drugiej organu administracji. Na organ administracji nałożony został również inny obowiązek proceduralny, a mianowicie zawiadomienie prokuratora o wszczęciu postępowania oraz powiadomienie go o toczącym się już postępowaniu, w każdym przypadku, gdy organ uzna, iż jego udział jest konieczny. Wyrażone słowo „każdym” oznacza, iż brak jest takiego etapu postępowania, z którego udział prokuratora byłby wyłączony¹². Każde stadium związane jest z postępowaniem jurysdykcyjnym, niezależnie od tego, czy zostało ono wszczęte z urzędu, czy na wniosek¹³. Dodatkowo to prokurator decyduje, czy weźmie udział w toczącym się postępowaniu i w jakim zakresie, poszczególnych czynnościach. Możemy w tym przypadku mówić o swoistym dyskrejonalnym uprawnieniu w tym zakresie. Konkludując, powiadomienie prokuratora przez organ o toczącym się postępowaniu nie jest dla niego wiążące. W sytuacji gdy prokurator powiadomi organ o działaniu w sprawie, staje się jego uczestnikiem na prawach strony. Uprawnienia te zostały wprost przyznane i literalnie uregulowane zgodnie z art. 188 k.p.c. W ocenie pozycji procesowej prokuratora podstawowe znaczenie dla realizacji jego uprawnień ma możliwość udziału w postępowaniu administracyjnym¹⁴. Zgodnie z art. 69 Prawa o prokuraturze z dnia 28 stycznia 2016 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1247 ze zm.)¹⁵ w obszarze tym prokurator może podjąć następujące czynności: żądać nadesłania, przedstawienia akt, dokumentów i pisemnych wyjaśnień, przesłuchiwać świadków, zasięgać opinii biegłych oraz przeprowadzać oględziny w celu wyjaśnienia okoliczności sprawy. Istotne jest wskazanie, iż prokurator podejmuje wymienione czynności dowodowe, gdy dowody zebrane w postępowaniu administracyjnym albo inne materiały nie wystarczają do oceny, czy doszło do naruszenia prawa przez organ administracji publicznej. Katalog wymienionych czynności jest zamknięty, zatem prokurator

¹¹ H. Wichlińska-Polak, E. Baran, *Zarys metodologii pracy prokuratora w sprawach administracyjnych*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 2, s. 89.

¹² Wyrok WSA w Łodzi z 2.12.2009 r., sygn. akt. II SA/Łd 618/09, Legalis nr 233872.

¹³ R. Hauser, M. Wierzbkowski, *op. cit.*

¹⁴ Wyrok NSA z 4.05.2004 r., sygn. akt. OSK 55/04, Legalis nr 64184.

¹⁵ Prawo o prokuraturze z dnia 28 stycznia 2016 r., Dz.U. z 2022 r. poz. 1247 ze zm.

nie może wychodzić poza ich zakres. Jak należy zauważyć, uprawnienia te mają charakter *stricte* dowodowy, a służą one dokonaniu ustaleń w sprawie sprzyjających jej rozstrzygnięciu. Zbierany w ten sposób materiał dowodowy nie korzysta z szczególnych uprawnień w odniesieniu do jego oceny, ponieważ w tej kwestii stosowane są odpowiednio przepisy i zasady ogólne wymienione w kodeksie postępowania administracyjnego, w szczególności art. 80 dotyczący swobodnej oceny dowodów czy art. 81 k.p.a. w zakresie domniemań faktycznych. Jak podkreśla się w literaturze, konieczność gromadzenia dowodów przez prokuratora może wystąpić, gdy postępowanie się nie toczy, a rola prokuratora obejmuje weryfikację przesłanek do jego zainicjowania¹⁶. Prokurator bowiem nie przeprowadza postępowania administracyjnego, nie wydaje decyzji administracyjnej, a dokonuje odpowiednich czynności procesowych w aspekcie dowodowym¹⁷.

Jak zostało wspomniane, prokurator decyduje, czy i w jakim zakresie weźmie udział w postępowaniu. Decyzja ta jest o tyle istotna, że przedkłada się bezpośrednio na uprawnienia, jakie mu będą w tym zakresie przysługiwać. Jak wskazuje się w orzecznictwie, nie można o udziale w postępowaniu administracyjnym domniemywać, a o jego udziale w postępowaniu nie przesądzają w szczególności takie okoliczności jak zawiadomienie go o zakończeniu postępowania, także doręczenie mu decyzji administracyjnej¹⁸. Ponadto w poruszonym obszarze konieczne staje się odnotowanie dwóch istotnych tez, zgodnie z którymi¹⁹:

1. „Jeżeli prokurator nie włączył się do postępowania administracyjnego przed wydaniem decyzji przez organ pierwszej instancji, to nie może wstąpić do tego postępowania, wnosząc odwołanie od decyzji, wydanej w postępowaniu administracyjnym, w którym nie brał udziału. Po wydaniu decyzji przez organ pierwszej instancji nie toczy się postępowanie, do którego mógłby wstąpić prokurator. Dopiero, bowiem, wniesienie odwołania uruchamia dalszy tok (stadium) postępowania administracyjnego, umożliwiając weryfikację, kasację lub reformację rozstrzygnięcia organu pierwszej instancji.
2. Prokurator, który nie brał udziału w postępowaniu poprzedzającym wydanie decyzji przez organ pierwszej instancji, nie może wnieść od tej decyzji odwołania. Jeżeli nie dojdzie do uruchomienia stadium postępowania odwoławczego, do którego prokurator mógłby się włączyć, to dopiero kiedy decyzja taka stanie się ostateczna, prokurator może skorzystać z instrumentów procesowych w postaci sprzeciwu”.

¹⁶ *Prawo o prokuraturze. Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury. Komentarz*, red. P. Drembkowski, Legalis, Warszawa 2021.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Wyrok NSA z 4.04.2005 r., sygn. akt. II GSK 3/05, Legalis nr 71799.

¹⁹ Wyrok NSA z 10.03.2011 r., sygn. akt. II OSK 431/10, Legalis nr 369155.

Powyższe prowadzi do wniosku, iż uprawnienia, które przysługują prokuratorowi, zależą od tego, czy brał on udział w postępowaniu objętym czynnością, którą pragnie powziąć. W sytuacji odpowiedzi przeczącej powstają odpowiednio ograniczenia jego legitymacji procesowej.

Sprzeciw prokuratora w postępowaniu administracyjnym

W zakresie kolejnych istotnych uprawnień prokuratora należy wskazać, iż zgodnie z regulacją art. 184 k.p.a. prokurator może wnieść sprzeciw od decyzji ostatecznej, w sytuacji gdy przepisy kodeksu lub przepisy szczególne przewidują wznowienie postępowania, stwierdzenie nieważności decyzji albo jej uchylenie lub zmianę. Konieczne jest dodanie, iż w sytuacji, gdy stronie przysługują środki odwoławcze, skarga do sądu administracyjnego, wniosek o zwolnienie postępowania, wniosek o uchylenie, zmianę lub stwierdzenie nieważności decyzji prokurator może odmówić stronie podjęcia czynności. Przez pojęcie decyzji ostatecznej należy rozumieć decyzję, od której nie służy odwołanie w administracyjnym toku instancji lub wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy. W aspekcie procesowym konieczne jest wskazanie, iż prokurator wnosi sprzeciw do organu właściwego ze względu na wznowienie postępowania, stwierdzenia nieważności decyzji albo jej uchylenia lub zmiany. Ponadto uprawnienie wniesienia sprzeciwu od decyzji wydanej przez ministra przysługuje Prokuratorowi Generalnemu. Istotne staje się podkreślenie, iż prokurator, który wniósł skargę na decyzję organu administracji publicznej do sądu administracyjnego, nie może z tych samych przyczyn skorzystać z możliwości wniesienia sprzeciwu. Oba uprawnienia prokuratora w aspekcie procesowym się wykluczają. Dodatkowo decyzja, co do której wniesiono sprzeciw, podlega wykonaniu dopóty, dopóki nie zostanie wydane postanowienie o wstrzymaniu jej wykonania i strona może korzystać z płynących z niej praw²⁰.

Warto dodać, iż sprzeciw prokuratora istotnie wpływa na zakres postępowania organu administracji publicznej, w szczególności na czynności, jakie ma obowiązek podjąć. Już samo wniesienie sprzeciwu przez prokuratora obligują organ administracji do wszczęcia postępowania z urzędu oraz konieczność powiadomienia stron o tym fakcie. Organ, do którego wniesiono sprzeciw, nie jest władny do rozpatrywania przesłanek wszczęcia postępowania, ponieważ wniesienie przez prokuratora sprzeciwu obliguje go do wszczęcia postępowania. Wymieniony sprzeciw powinien być rozpatrzony i załatwiony w terminie trzydziestu dni od daty jego wniesienia przez prokuratora. Wymieniony termin liczymy od daty wniesienia sprzeciwu do organu. Jest to termin ustawowy, do którego nie stosujemy terminów wskazanych

²⁰ Wyrok NSA z 3.03.1989 r., sygn. akt. IV SA 1176/88, Legalis nr 41919.

w art. 35 k.p.a., który określa m.in. termin załatwienia sprawy bez zbędnej zwłoki czy przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w terminie nie później niż miesiąc. W sytuacji braku zachowania wymienionego terminu organ administracji obowiązany jest powiadomić prokuratora, wskazując przyczyny zwłoki, poinformować o nowym terminie załatwienia sprawy oraz możliwości wniesienia ponaglenia. Ponadto pracownik organu administracji publicznej, który nie załatwił sprawy w terminie lub prowadził postępowanie dłużej, niż było to konieczne, podlegać będzie odpowiedzialności porządkowej, dyscyplinarnej albo innej przewidzianej w przepisach prawa. Na organie ciąży również obowiązek niezwłocznego rozpatrzenia, czy z uwagi na wniesienie sprzeciwu nie zachodzi konieczność wstrzymania decyzji do momentu rozpatrzenia przedmiotowego sprzeciwu. W związku z tym sprzeciw jest o tyle istotnym „narzędziem” prokuratora w postępowaniu, iż poddaje pod rozważenie podjętą decyzję, a co za tym idzie, jej ponowną weryfikację. Jednakże organ nie ma obowiązku wstrzymania wykonania decyzji, a jedynie uprawnienie, co przekłada się na możliwość podjęcia swobodnej decyzji w tym zakresie. Prokurator nie może wnieść sprzeciwu od wydanych w sprawie postanowień. Po przeprowadzeniu postępowania pierwszoinstancyjnego wywołanego sprzeciwem prokuratora, organ powinien wydać decyzję rozstrzygającą istotę sprawy lub kończącą postępowanie. Od tak wydanej decyzji uprawnionym podmiotom przysługuje prawo wniesienia środków zaskarżenia. Konieczne staje się wskazanie, iż przepisy nie regulują formy, jaką powinien przyjąć sprzeciw wniesiony przez prokuratora. W praktyce spotkać się można z budową dwuczłonową²¹. Pierwszy trzon obejmuje elementy istotne pisma procesowego, tj. oznaczenie organu, stron postępowania, decyzję, której dotyczy sprzeciw, sygnaturę, podstawę prawną, zarzuty czy wnioski. Drugi trzon obejmuje rozwinięcie, uzasadnienie zarzutów oraz argumentację na poparcie podniesionych kwestii. W obszarze środków zaskarżenia wnoszonych przez prokuratora istotny jest pogląd, zgodnie z którym „środki prawne wnoszone przez prokuratora w postępowaniu administracyjnym powinny być przez organ kwalifikowane nie według nadanej im nazwy, ale stosownie do stadium, w jakim znajduje się postępowanie administracyjne w dacie wniesienia środka”²². Prokurator również decyduje, jaki środek zaskarżenia należy wnieść, bowiem jeżeli w sprawie można wnieść zarówno skargę do wojewódzkiego sądu administracyjnego, jak i sprzeciw, wyboru jednego z tych środków dokonuje się z uwzględnieniem potrzeby szybkiego i skutecznego załatwienia sprawy²³. Zatem odzwierciedlenie znajduje tu zasada wyrażona w art. 12 k.p.a., tj. szybkości postępowania.

²¹ H. Wichlińska-Polak, E. Baran, *op. cit.*, s. 93.

²² Wyrok NSA z 12.04.1989 r., sygn. akt. IV SA 57/89, Legalis nr 36492.

²³ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości Regulamin..., *op. cit.*

Konieczne staje się wskazanie, iż uprawnienie do wniesienia sprzeciwu przez prokuratora nie zawsze będzie zależeć jedynie od jego indywidualnie podjętej decyzji w tym zakresie. Mianowicie jeżeli podstawą sprzeciwu jest naruszenie art. 145 dotyczącego przesłanki wznowienia postępowania w sprawie zakończonej decyzją, w sytuacji gdy strona bez własnej winy nie brała w nim udziału, wniesienie sprzeciwu wymaga zgody strony. Zatem strona postępowania ma możliwość w pełni skorzystania ze swoich uprawnień, zarówno tych procesowych, jak i materialnoprawnych. Konieczne jest, aby strona, która wyrazi zgodę, złożyła ją w formie pisemnej, aby treść zgody nie budziła wątpliwości w zakresie jej interpretacji. W związku z tym nie możemy w tym obszarze mówić, iż prokurator w pełni samodzielnie podejmuje decyzję, bowiem możliwość wniesienia sprzeciwu przez prokuratora uzależniona jest wprost od zgody strony.

Podsumowanie

Działalność prokuratora w postępowaniu administracyjnym służy gwarancji przestrzegania praworządności przez organy administracji publicznej. W wymienionym postępowaniu uprawnienia prokuratora skupiają się głównie na trzech środkach prawnych, którymi są: żądanie wszczęcia postępowania, udział w postępowaniu administracyjnym, wniesienie sprzeciwu od decyzji ostatecznej. Działania te służą istotnym z punktu widzenia prawa oraz społeczeństwa wartościom, takim jak: ochrona praworządności, ochrona interesu Rzeczypospolitej Polskiej oraz interesu społecznego. W świetle powyższego należy zauważyć, iż ustawodawca zapewnił prokuratorowi uprawnienia, poprzez które ma on możliwość realnego oddziaływania na przebieg postępowania administracyjnego. W związku z tym prokurator w postępowaniu administracyjnym odgrywa istotną rolę procesową.

Literatura

- Adamiak B., Borkowski J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, wyd. 18, Legalis 2022.
 Adamiak B., Borkowski J., *Postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne*, Warszawa 2017.
 Hauser R., Wierzbowski M., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, wyd. 8, Legalis 2023.
 Kodeks postępowania administracyjnego z dnia 14 czerwca 1960, Dz.U. z 2023 r. poz. 775 ze zm.
Prawo o prokuraturze. Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury. Komentarz, red. P. Drembkowski, Warszawa 2021.
 Prawo o prokuraturze z dnia 28 stycznia 2016 r., Dz.U. z 2022 r. poz. 1247 ze zm.
 Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości Regulamin Wewnętrznego Urzędowania Powszechnych Jednostek Organizacyjnych Prokuratury z dnia 7 kwietnia 2016 r., Dz.U. z 2023 r. poz. 1115 ze zm.
 Szymański M., *Wartości i antywartości – aspekt edukacyjny*, <https://wsp.edu.pl/wartosci-i-antywartosci-aspekt-edukacyjny/>.
 Wichlińska-Polak H., Baran E., *Zarys metodologii pracy prokuratora w sprawach administracyjnych*, „Prokuratora i Prawo” 2008, nr 2.
 Wyrok NSA z 3.03.1989 r., sygn. akt. IV SA 1176/88, Legalis nr 41919.

Wyrok NSA z 12.05.1989 r., sygn. akt. IV SA 57/89, Legalis nr 36492.

Wyrok NSA z 4.05.2004 r., sygn. akt. OSK 55/04, Legalis nr 64184.

Wyrok NSA z 4 kwietnia 2005 r., sygn. akt. II GSK 3/05, Legalis nr 71799.

Wyrok NSA z 10.03.2011 r., sygn. akt. II OSK 431/10, Legalis nr 369155.

Wyrok SN z 19.11.1970 r., sygn. akt. II CR 490/70, Lex 6823.

Wyrok WSA w Łodzi z 2.12.2009 r., sygn. akt. II SA/Łd 618/09, Legalis nr 233872.

Wyrok WSA w Poznaniu z 21.01.2016 r., sygn. akt. III SA/Po 743/15, Legalis nr 1470013.

Wyrok WSA w Poznaniu z 6.06.2019 r., sygn. akt. II SA/Po 188/19, Legalis nr 1470013.

Wiktor Gnych-Pietrzak

Uniwersytet Szczeciński

ORCID 0000-0001-5237-0474

wiktor.gnych-pietrzak@phd.usz.edu.pl

Ryzyko kwalifikacji przedwcześnie wystawionej faktury jako nierzetelnej – zagadnienie odpowiedzialności podatkowej i karnoskarbowej

Słowa kluczowe: sankcja podatkowa, faktura pusta, odpowiedzialność karnoskarbowa, faktura wadliwa

Streszczenie. Celem niniejszego artykułu jest zidentyfikowanie ryzyka uznania faktury wystawionej przed terminami określonymi w ustawie o podatku od towarów i usług, tj. 60 dni przed dokonaniem dostawy towaru lub wykonaniem usługi bądź otrzymaniem, przed dokonaniem dostawy towaru lub wykonaniem usługi, całości lub części zapłaty jako faktury niedokumentującej rzeczywistych zdarzeń gospodarczych, a także ustalenia skutków podatkowych i odpowiedzialności karnoskarbowej. Do przeprowadzenia badania zastosowano metodę dogmatyczno-prawną polegającą na przeprowadzeniu procesu wykładni i interpretacji relewantnych przepisów prawnych. Dodatkowo zastosowano metodę analityczną obejmującą analizę literatury przedmiotu, orzecznictwa sądownoadministracyjnego oraz działalności interpretacyjnej Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej. W konsekwencji analizie poddano przede wszystkim wyroki opublikowane w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych oraz interpretacje indywidualne opublikowane w Systemie Informacji Celno-Skarbowej EUREKA. W wyniku badań ustalono, że rezultat wykładni językowej opartej wyłącznie na warstwie deskryptywnej ustawy o podatku od towarów i usług prowadzi do wniosku, że faktura wystawiona w powyżej opisanych okolicznościach powinna zostać zakwalifikowana jako faktura, która nie dokumentuje rzeczywistych zdarzeń gospodarczych. Konsekwencją takiej kwalifikacji jest ryzyko wystąpienia odpowiedzialności karnoskarbowej z tytułu wystawienia faktury nierzetelnej. Niemniej jednak proces wykładni powinien uwzględniać również wykładnię systemową i funkcjonalną, których wspólny rezultat prowadzi do wniosku, że w sytuacji gdy dane zdarzenie gospodarcze dojdzie do skutku, to taka faktura jest wyłącznie fakturą wadliwą, która jednak dokumentuje rzeczywiste zdarzenie gospodarcze. Konsekwencją tak wystawionej faktury jest również ryzyko powstania po stronie sprzedawcy obowiązku zapłaty podatku należnego przy jednoczesnym braku prawa do odliczenia po stronie nabywcy z uwagi na to, że taka faktura w ocenie organów podatkowych stwierdza czynności, które nie zostały dokonane. Uwzględniając jednak linię interpretacyjną sądów administracyjnych, należy uznać, że taka faktura – w sytuacji gdy dojdzie do danego zdarzenia gospodarczego – powinna zostać rozpoznana na zasadach ogólnych i jednocześnie powinna umożliwić nabywcy skorzystanie z prawa do odliczenia poprzez obniżenie podatku należnego o kwotę podatku naliczonego.

The risk of prematurely issued invoice being classified as unreliable – the issue of tax and criminal fiscal liability

Keywords: tax penalty, empty invoice, criminal tax liability, defective invoice

Summary. The purpose of this article is to identify the risk of an invoice issued before the deadlines specified in the Value Added Tax Act, i.e. 60 days before the supply of goods or services or receipt, before the supply of goods or services, of all or part of the payment, being recognised as an invoice that does not document actual economic events. A dogmatic-legal method was used to conduct the study, consisting of the interpretation of relevant legal provisions. In addition, an analytical method was used, including an analysis of the literature on the subject, administrative court rulings and the interpretative activities of the Director of National Tax Information. As a result, the analysis focused primarily on judgments published in the Central Database of Administrative Court Judgments and individual interpretations published in the EUREKA Customs and Tax Information System. As a result of the research, it was established that a linguistic interpretation based solely on the descriptive layer of the Value Added Tax Act leads to the conclusion that an invoice issued in the circumstances described above should be classified as an invoice that does not document actual economic events, which may lead to criminal tax liability for issuing an unreliable invoice. Nevertheless, the interpretation process should also take into account the systemic and functional interpretation, the combined result of which leads to the conclusion that if a given economic event takes place, such an invoice is only a defective invoice, which, however, documents an actual economic event.

The consequence of issuing such an invoice from a tax perspective is the risk that the seller will be obliged to pay the tax due, while the buyer will not be entitled to deduct it, as the tax authorities consider that such an invoice confirms activities that have not been performed. However, taking into account the interpretation of administrative courts, it should be recognised that such an invoice – in a situation where a given economic event occurs – should be recognised according to general principles and, at the same time, should enable the buyer to exercise their right to deduct by reducing the tax due by the amount of input tax.

Wprowadzenie

Jedną z fundamentalnych zasad systemu podatku od towarów i usług (dalej: VAT) jest prawo do odliczenia podatku naliczonego, które polega na obniżeniu kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego. Jednak należy pamiętać, że zagadnienie odliczenia VAT jest w istocie prawem, co oznacza, że nabywca otrzymujący fakturę nie ma obowiązku odliczenia wskazanego na fakturze podatku należnego. Tym samym zasadniczo kwota wykazana jako podatek na fakturze może, przynajmniej potencjalnie i nawet wbrew prawu, zostać odliczona przez nabywcę towaru lub usługi bądź zwrócona temu nabywcy, w sytuacji gdy kwota podatku naliczonego przewyższa kwotę podatku należnego, którą nabywca jest obowiązany odprowadzić do właściwego urzędu skarbowego.

Niemniej jednak prawo do odliczenia jest uwarunkowane spełnieniem ustawowych przesłanek, a także nie jest nieograniczone. Co do zasady, zgodnie z art. 86 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 361 z późn. zm., dalej: Ustawa o VAT) podatnik ma prawo do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego w zakresie, w jakim

nabywane towary i usługi są wykorzystywane do wykonywania przez niego czynności opodatkowanych. Co ważne, podatnik nabywa prawo do odliczenia w tym sensie, że jest uprawniony do odliczenia najwcześniej w rozliczeniu za okres, w którym podatnik-nabywca otrzymał fakturę od sprzedawcy. Można w tym kontekście wysnuć wniosek, że faktura stanowi formalny substrat uprawniający nabywcę do skorzystania z prawa do odliczenia. Jednocześnie więc sprzedawca, dokonując sprzedaży, obowiązany jest do wystawienia faktury dokumentującej taką transakcję. I tak, zgodnie z art. 106i Ustawy o VAT, sprzedawca co do zasady ma obowiązek wystawienia faktury nie później niż 15 dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym dokonano dostawy towaru lub wykonano usługę. Ustawa o VAT przewiduje również możliwość wystawienia faktury przed dostawą towaru lub wykonaniem usługi w formie „faktury zaliczkowej”, nie wcześniej jednak niż 60 dni przed:

- a) dokonaniem dostawy towaru lub wykonaniem usługi albo
- b) otrzymaniem, przed dokonaniem dostawy towaru lub wykonaniem usługi, całości lub części zapłaty.

Innymi słowy sprzedawca może wystawić fakturę przed powyższymi zdarzeniami z zastrzeżeniem, że okres między wystawieniem a jednym z powyższych zdarzeń nie może przekroczyć 60 dni. Zauważenia wymaga fakt, że do końca 2021 r. termin ten wynosił 30 dni. Niemniej jednak rzeczywistość gospodarcza potrafi być różna i mogą wystąpić sytuacje, w których sprzedawca wystawia fakturę wcześniej niż 60 dni przed jednym z powyższych zdarzeń, tj. dokonaniem dostawy towarów lub wykonaniem usługi otrzymaniem zapłaty bądź jej części, przy czym ostatecznie sprzedawca otrzymuje zapłatę w całości lub jej części bądź dokonuje dostawy towarów lub wykonuje usługę. W takiej sytuacji pojawia się wątpliwość, czy tak wystawiona faktura dokumentuje rzeczywiste zdarzenie gospodarcze z uwagi na przekroczenie terminu przedwczesnego wystawienia faktury.

Mając na uwadze powyższe, celem niniejszego artykułu jest zidentyfikowanie ryzyka uznania faktury wystawionej przed terminami określonymi w Ustawie o VAT, tj. 60 dni przed dokonaniem dostawy towaru lub wykonaniem usługi bądź otrzymaniem, przed dokonaniem dostawy towaru lub wykonaniem usługi, całości lub części zapłaty jako faktury niedokumentującej rzeczywistych zdarzeń gospodarczych.

Sankcja VAT z tytułu wystawienia „pustej faktury”

W odpowiedzi na ryzyko nadużycia prawa do odliczenia, a w konsekwencji utraty bądź co najmniej zmniejszenia wpływów podatkowych z tytułu transakcji opodatkowanych oraz polityki minimalizowania możliwości wystąpienia oszustwa podatkowego, polski ustawodawca wprowadził do Ustawy o VAT art. 108 stanowiący

implementację art. 203 dyrektywy Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz.U. UE L z 2006 r. Nr 347, str. 1 z późn. zm.).¹ Artykuł 108 Ustawy o VAT wprowadza instytucję zasady obowiązku zapłaty podatku należnego w razie wystawienia faktury, która w literaturze przedmiotu nazywana jest „fakturą pustą”².

Z perspektywy niniejszych badań kluczowe znaczenie ma art. 108 ust. 1 Ustawy o VAT, który brzmi następująco: „w przypadku gdy osoba prawna, jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej lub osoba fizyczna wystawi fakturę, w której wykaże kwotę podatku, jest obowiązana do jego zapłaty”. Tym samym podatnik wystawiający fakturę z mocy prawa jest obowiązany do zapłaty podatku wykazanego na tej fakturze³. W konsekwencji należałoby uznać, że art. 108 Ustawy o VAT ma zapewnić uszczelnienie systemu VAT w celu wyeliminowania ryzyka uszczuplenia wpływów budżetowych przez nieuczciwego podatnika dokonującego odliczenia podatku naliczonego, który w istocie nie powinien powstać z perspektywy ogólnych reguł systemu VAT, albowiem nie było czynności, która podlegałaby opodatkowaniu⁴.

Wydaje się więc, że art. 108 Ustawy o VAT stanowi egzemplifikację sankcji podatkowej⁵, przy czym w literaturze przedmiotu można zauważyć stanowisko porównujące ową instancję do dolegliwości⁶ wskazujące na jej prewencyjno-sankcyjny charakter⁷ bądź nazywające je jako dodatkowe zobowiązanie podatkowe⁸.

¹ K. Radzikowski, *Podatek od towarów i usług – tzw. „pusta” faktura – obowiązek zapłaty podatku. Glosa do wyroku NSA z dnia 10 kwietnia 2013 r., I FSK 359/12*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2015, nr 7-8, s. 1093-1094.

² T. Michalik, *VAT. Komentarz*, Warszawa 2024; J. Warniela, *Karuzela VAT*, „Monitor Podatkowy” 2024, nr 3, s. 42; D. Dudek, *Przepis art. 108 ust. 1 VATU nie dotyczy faktur wystawionych wcześniej niż określono w przepisach i zarazem dokumentujących prawdziwe zdarzenia*, „Monitor Podatkowy” 2024, nr 1, s. 6-7; K. Łasiński-Sulecki, *Decyzja wydana na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług jako dowód w postępowaniu podatkowym dotyczącym prawa do odliczenia*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2023, nr 5, s. 21.

³ J. Matarewicz, *Ustawa o podatku od towarów i usług. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2025.

⁴ A. Bartosiewicz, *Korekta faktur, o których mowa w art. 108 ustawy o podatku od towarów i usług, w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości*, „Przegląd Podatkowy” 2021, nr 10, s. 21.

⁵ M. Duda, *Obowiązek zapłaty kwoty bezpodstawnie określonej w fakturze jako VAT*, „Studia Prawnicze” 2007, nr 29, s. 57 i n.; J. Duży, *Znaczenie regulacji art. 108 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług dla karnoprawnej oceny oszukańczych uszczupień podatkowych*, „Przegląd Sądowy” 2012, nr 1, s. 69; A. Nita, *Prawna natura obowiązku zapłaty podatku na podstawie wystawionej faktury – pomiędzy odpowiedzialnością a sankcją podatkową w podatku od towarów i usług*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2021, nr 4, s. 17.

⁶ M. Korszun, *Sankcja w prawie podatkowym*, [w:] *Sankcje administracyjne*, red. M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki, Warszawa 2011, s. 464.

⁷ K.W. Kaniecka, *Charakter prewencyjno-sankcyjny art. 108 ustawy o VAT oraz art. 203 dyrektywy 2006/112/WE Rady UE a konstrukcja tych przepisów*, „Doradztwo Podatkowe Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych” 2019, nr 7, s. 6-7.

⁸ M. Korszun, *op. cit.*, s. 476-477.

Dodatkowo można zauważyć poglądy charakteryzujące tę sankcję jako co najwyżej *quasi*-zobowiązanie podatkowe⁹ bądź wprost wskazujące, że podatek z takiej faktury nie jest elementem zobowiązania podatkowego¹⁰. Jednocześnie w orzecznictwie sądowoadministracyjnym przejawia się pogląd, że instrument ten ma na celu przede wszystkim ochronę finansów publicznych przed uszczupleniem, zatem nie należy kwalifikować go jako sankcji podatkowej¹¹. Za ostatnim rozumieniem tej instytucji można wskazać argument odnoszący się do konstrukcji obliczenia i zapłaty tego podatku, który sprowadza się do odrębnego trybu jego zapłaty zgodnie z art. 103 Ustawy o VAT.

Niemniej jednak kluczowe – z perspektywy niniejszych badań – pytanie odnosi się do tego, czy faktura wystawiona z naruszeniem art. 106i ust. 7 Ustawy o VAT, a zatem wcześniej niż 60 dnia przed dokonaniem dostawy towaru lub wykonaniem usługi lub otrzymaniem wcześniej całości lub części zapłaty jest objęta zakresem zastosowania art. 108 Ustawy o VAT, a w konsekwencji należy ją uznać za fakturę pustą. Jednocześnie należy zauważyć, że uznanie takiej faktury za pustą w rozumieniu art. 108 Ustawy o VAT prowadzi do uniemożliwienia nabywcy odliczenia podatku naliczonego z takiej faktury. Niewątpliwie należy się zgodzić, że w sytuacji gdy nie dojdzie do danego zdarzenia gospodarczego, sankcja określona w art. 108 Ustawy o VAT powinna mieć miejsce, natomiast odmienną ocenę powinna mieć sytuacja, w której dane zdarzenie gospodarcze końcowo dochodzi do skutku, ale po przekroczeniu ustawowych terminów dotyczących dokumentowania tych zdarzeń.

Praktyka interpretacyjna organów podatkowych

Na wstępie należy zauważyć, że wykładnia prawa to pewien proces myślowy, który obejmuje czynności związane z rozumieniem tekstów prawa oraz czynności polegające na wnioskowaniu o normach z innych norm, które zostały odtworzone ze zrozumianego tekstu prawnego¹². O ile faktem jest, że proces wykładni nie powinien ograniczać się wyłącznie do wykładni językowej, a powinien obejmować również wykładnię systemową oraz funkcjonalną¹³, o tyle wątpliwe jest to, na ile

⁹ M. Słoma, *Wystawienie faktury potwierdzającej czynność, której nie dokonano*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 3, s. 129.

¹⁰ A. Bartosiewicz, *VAT. Komentarz*, wyd. 18, Warszawa 2024, s. 1286-1298.

¹¹ A. Nita, *op. cit.*, s. 14.

¹² M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*, Warszawa 2017, s. 44.

¹³ W. Gnych-Pietrzak, *Rola wykładni i jej wpływ na orzecznictwo na przykładzie ulgi meldunkowej*, „Acta Iuris Stetinensis” 2022, nr 2, s. 94, uchwała składu siedmiu sędziów NSA (7) z 14.03.2011 r., II FPS 8/10; postanowienie SN z 26.04.2007 r., I KZP 6/07; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 14.11.2000 r., K 7/00, OTK 2000, nr 7, poz. 259.

interpretator powinien uwzględniać praktykę interpretacyjną urzędów, organów, sądów bądź trybunałów.

Pośrednią odpowiedź na tak wyrażoną wątpliwość daje – w odniesieniu do prawa podatkowego – ustawodawca, który zdecydował się na wprowadzenie do ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (t.j. Dz.U. z 2025 r. poz. 111) art. 14n § 4 i § 5, który rozszerza funkcję ochronną interpretacji indywidualnej na utrwaloną praktykę interpretacyjną organów Krajowej Administracji Skarbowej. I tak, zgodnie z tymi przepisami, jeżeli podatnik w danym okresie rozliczeniowym zastosuje się do utrwalonej praktyki interpretacyjnej organów Krajowej Administracji Skarbowej rozumianej jako sposób wyjaśniania zakresu i stosowania przepisów prawa podatkowego dominującego w interpretacjach indywidualnych w takich samych stanach faktycznych lub w odniesieniu do takich samych zdarzeń przyszłych oraz w takim samym stanie prawnym w ustawowo wskazanym okresie, to będzie mu przysługiwała ochrona na podobieństwo funkcji ochronnej interpretacji indywidualnej. W myśl powyższego za słuszne wydaje się przyjęcie, że prawidłowy proces wykładni w określonych wypadkach powinien być uwzględniony o praktykę stosowania danego przepisu prawnego.

Przykładowo w interpretacji indywidualnej z dnia 7.09.2018 r., wydanej przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej (dalej: „DKIS”) sygn. 0112-KDIL4.401 2.337.2018.2.TKU, możemy przeczytać, że: „W przypadku natomiast, gdy dostawa lub usługa nie zostanie wykonana lub zaliczka zapłacona w zakładanym terminie, dojdzie do wystawienia przez podatnika faktury wcześniej niż 30 dni przed dostawą towarów lub wykonaniem usługi lub zapłatą zaliczki, więc tym samym zostanie naruszony art. 106i ust. 7 pkt 1 lub/i pkt 2 ustawy [...]. Do tak wystawionej faktury może (aczkolwiek nie musi) znaleźć zastosowanie art. 108 ust. 1 ustawy [...]. W takim przypadku istnieje możliwość wystawienia faktury korygującej stosownie do art. 106j ust. 1 pkt 5 ustawy, który obowiązuje podatnika do wystawienia faktury korygującej w sytuacji stwierdzenia pomyłki w jakiegokolwiek pozycji faktury. Zatem po upływie 30 dni od wystawienia faktury (na niezrealizowaną w tym czasie usługę, czy zaliczkę) należałoby skorygować fakturę w zakresie podstawy opodatkowania i kwoty podatku. W sytuacji natomiast, gdy Wnioskodawca nie skoryguje faktury wystawionej z naruszeniem art. 106i ust. 7 pkt 2 ustawy, wówczas jest zobowiązany do zapłaty wykazanego w niej podatku (stosownie do art. 108 ust. 1 ustawy) w terminie wynikającym z art. 103 ust. 1 ustawy”. Takie rozumienie analizowanych przepisów w ciągu ostatnich lat było konsekwentnie kontynuowane przez DKIS – jako przykład należy wskazać interpretację indywidualną DKIS z 15.01.2019 r., sygn. 0114-KDIP1-3.4012.672.2018.1.JF, w której DKIS podtrzymał stanowisko, że przedwczesne wystawienie faktury powinno zostać skorygowane przez podatnika poprzez wystawienie faktury korygującej, a w przypadku braku

wystawienia takiej faktury podatnik będzie zobowiązany do zapłaty podatku należnego wskazanego na tej fakturze zgodnie z art. 108 ust. 1 Ustawy o VAT. Można również wskazać relatywnie niedawną interpretację indywidualną DKIS z dnia 20.12.2023 r., sygn. 0113-KDIP/T1-3.4012.560.2023.2.AG, w której organ również uznał, że w sytuacji wystawienia faktury, w stosunku do której w terminie 60 dni od daty jej wystawienia nie doszło do dokonania zapłaty bądź dostawy towarów lub wykonania usługi, podatnik obowiązany jest do wystawienia faktury korygującej w zakresie podstawy opodatkowania i kwoty podatku. Brak wystawienia faktury korygującej zdaniem organu prowadzi do obowiązku zapłaty podatku należnego zgodnie z art. 108 ust. 1 Ustawy o VAT.

Faktura wystawiona przedwcześnie jako przestępstwo fakturowe z art. 62 Kodeksu karnego skarbowego

Jak wskazano powyżej, faktura wystawiona przedwcześnie może prowadzić do powstania odpowiedzialności podatkowej na gruncie art. 108 Ustawy o VAT, niemniej jednak ustawodawca, prowadząc szeroko zakrojone działania mające na celu zminimalizowanie „luki VAT”, wprowadził możliwość objęcia takiego zdarzenia odpowiedzialnością karnoskarbową¹⁴. Należy jednak zauważyć, że doktryna nadal nie wykształciła jasnej definicji takich pojęć jak „nierzetelna faktura”¹⁵ bądź „faktura wadliwa”, a same te pojęcia mają charakter nieostry i budzący pewne kontrowersje co do ich prawidłowej wykładni i stosowania¹⁶. Mając na uwadze dotychczasowe rozważania, skoro przedwcześnie wystawiona faktura może zostać zakwalifikowana jako faktura niedokumentująca rzeczywistych zdarzeń gospodarczych, to trafnym będzie rozpoczęcie analizy tego zdarzenia w kontekście odpowiedzialności karnoskarbowej od zagadnienia faktury nierzetelnej.

W myśl powyższego prawidłowym będzie rozpoczęcie od art. 62 § 2 Kodeksu karnego skarbowego, którego istotą jest przestępstwo wystawienia faktury lub rachunku w sposób nierzetelny lub posługiwanie się takim dokumentem¹⁷. Przyjmując pogląd Alfreda Staszaka, „wystawienie faktury w sposób nierzetelny obejmuje zachowania sprawcy polegające na sporządzaniu dokumentu, który nie

¹⁴ A. Staszak, *Przestępstwa fakturowe – wystawianie i posługiwanie się fakturami nierzetelnymi*, [w:] *Bezpieczeństwo prawne państwa i podatnika a sprawiedliwy system podatkowy*, red. J. Krukowski, M. Sitarz, A. Romanko, Lublin 2020, s. 178-179.

¹⁵ A. Staszak, *Rozdział IX. Metody dowodzenia obrotu fakturami wystawionymi w sposób nierzetelny*, [w:] *Problematyka obrotu fakturami wystawionymi w sposób nierzetelny. Zagadnienia prawa karnego materialnego i procesowego*, red. S. Kowalski, H. Paluszkiwicz, O. Włodkowski, Warszawa 2018, s. 113.

¹⁶ A. Staszak, *Przestępstwa fakturowe...*, s. 182.

¹⁷ Zob. *ibidem*, s. 182 i n.

jest odzwierciedleniem stanu rzeczywistego”¹⁸. W konsekwencji można uznać, że mamy do czynienia z dwoma różnymi sytuacjami objętymi zakresem zastosowania tego przepisu. Po pierwsze będzie to sytuacja, gdy faktura lub rachunek nie odzwierciedla rzeczywistego zdarzenia gospodarczego i po drugie, wtedy kiedy takie zdarzenie miało miejsce, ale wystawca lub odbiorca faktury nie jest podmiotem, który w rzeczywistości takiej transakcji dokonał. Wydaje się więc, że skoro na moment wystawienia faktury i w okresie 60 dni następujących po dniu wystawienia faktury nie dojdzie do określonego zdarzenia gospodarczego, będziemy mieć do czynienia z pierwszym rodzajem stypizowanego czynu, co uzasadnia skorzystanie z szerokiego wachlarza operacyjnych i osobowych sposobów uzyskiwania informacji o obrocie nierzetelnymi fakturami¹⁹, tak aby ustalić, czy w danym stanie faktycznym zaszło wyłącznie uchybienie terminów przewidzianych przepisami prawa.

Ponadto, mając na uwadze możliwość idealnego zbiegu przewidzianą w art. 8 § 1 Kodeksu karnego skarbowego, należy uwzględnić możliwość powstania odpowiedzialności zarówno karnoskarbowej, jak i karnej na gruncie ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2025 r. poz. 383, dalej: Kodeks karny). W zależności od wartości kwoty należności ogółem dany podmiot może odpowiadać karnie na podstawie różnych czynów stypizowanych w Kodeksie karnym, w szczególności art. 270a, art. 271a oraz art. 277a, przy czym z perspektywy strony podmiotowej sprawcy tych czynów musi zająć umyślność w rozumieniu prawa karnego. Wydaje się jednak, że w przeważającej części przypadków przedwcześnie wystawionych faktur okoliczność ta się nie zaktualizuje, z uwagi na to, że ostatecznie dane zdarzenie gospodarcze ma dojść do skutku.

Jeżeli w danym stanie faktycznym okaże się, że dane zdarzenie gospodarcze doszło do skutku, jednak po przekroczeniu terminów określonych w Ustawie o VAT, niezasadnym byłoby stosowanie przepisów karnoskarbowych dotyczących nierzetelności. W takiej sytuacji należałoby rozważyć ewentualną odpowiedzialność z tytułu wadliwego wystawienia faktury, tj. art. 62 § 1 Kodeksu karnego skarbowego. Trafnie Alfred Staszak wskazuje, że interpretując znamię czasownikowe użyte przez ustawodawcę w tym przepisie, należy rozumieć wystawienie takiej faktury w sposób niezgodny z przepisami prawa, które jednocześnie nie jest wystawieniem faktury nierzetelnej²⁰. Zatem jeżeli dojdzie do danego zdarzenia gospodarczego, to podatnik wystawiający taką fakturę powinien podlegać wyłącznie odpowiedzialności karnoskarbowej określonej w art. 62 § 1 Kodeksu karnego skarbowego.

¹⁸ *Ibidem*, s. 183.

¹⁹ A. Staszak, *Rozdział IX. Metody dowodzenia...*, s. 118-125.

²⁰ A. Staszak, *Przestępstwa fakturowe...*, s. 183.

Praktyka orzecznicza sądów administracyjnych

Zauważyć należy, że zaprezentowane stanowisko DKIS, chociaż wydawałoby się na pierwszy rzut oka zgodne z literalnym brzmieniem art. 108 ust. 1 Ustawy o VAT, jest konsekwentnie kontestowane przez orzecznictwo sądów administracyjnych. W tym kontekście uwagę zwraca wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej: NSA) z 18.04.2012 r., sygn. akt I FSK 813/11, w której to sąd przeprowadził dogłębną analizę art. 108 Ustawy o VAT. Należy więc przytoczyć następujący fragment: „Jak wynika z powyższego orzeczenia TSUE, art. 203 Dyrektywy 2006/112/WE (poprzednio art. 21 (l) (d) VI Dyrektywy) podobnie jak art. 108 ust. 1 ustawy o VAT ma charakter sankcyjno-prewencyjny, mający zapobiegać nadużyciom w systemie VAT, i należy stosować go z uwzględnieniem analizy, czy zaistniała sytuacja wytworzona faktem wystawienia faktury, o której mowa w tym przepisie, niesie za sobą ryzyko jakiegokolwiek obniżenia wpływów z tytułu podatków, zgodnie z zasadą neutralności podatku VAT. Wyeliminowanie takiego zagrożenia przez samego podatnika lub przez organ podatkowy w toku postępowania podatkowego czyni nieuzasadnionym (niecelowym) jego stosowanie, gdyż naruszałoby to zasadę neutralności VAT i pozostawałoby w sprzeczności z konstytucyjną zasadą proporcjonalności, która wynika z art. 31 ust. 3 w zw. z art. 2 Konstytucji RP [...]”. W myśl powyższego należy przyjąć, że stosowanie art. 108 Ustawy o VAT powinno być poprzedzone analizą, czy dana sytuacja niesie ryzyko obniżenia wpływów do budżetu państwa z tytułu VAT. Zatem w sytuacji gdy wynik takiej analizy doprowadzi do wniosku, że w danym stanie faktycznym nie zaszło ryzyko obniżenia wpływów z tytułu VAT, to art. 108 Ustawy o VAT nie powinien mieć zastosowania²¹.

Powyższe znajduje odzwierciedlenie również w nowszym orzecznictwie NSA, przykładowo w wyroku z 21.06.2023 r., sygn. akt I FSK 686/19 sąd wskazał, że: „[...] art. 108 ust. 1 ustawy o VAT nie dotyczy faktur dokumentujących prawdziwe zdarzenia, ale wystawionych przedwcześnie. Przepis art. 108 ust. 1 i 2 ustawy o VAT odnosi się do »pustych faktur«, tj. faktur, które nie dokumentują rzeczywistej transakcji, zdarzenia gospodarczego. [...] Natomiast jeżeli faktura dokumentuje rzeczywiste zdarzenie gospodarcze, które podlega opodatkowaniu, to sam fakt wystawienia przedwcześnie faktury nie rodzi obowiązku zapłaty podatku na podstawie art. 108 ustawy o VAT. Taka faktura powinna zostać zewidencjonowana i rozliczona na zasadach ogólnych, tj. z chwilą powstania obowiązku podatkowego”.

Analogiczny pogląd prezentowany był już w wyrokach Naczelnego Sądu Administracyjnego: z 21.04.2023 r., sygn. akt I FSK 229/20, z 13.09.2022 r., sygn. akt I FSK 434/19, z 14.03.2023 r., sygn. akt I FSK 2093/18 oraz z 21.04.2023 r., sygn. akt

²¹ A. Wesołowska, *Warunki formalne prawa do odliczenia podatku VAT. Glosa do wyroków TS z dnia 31 stycznia 2013 r., C-642/11 i C-643/11*, 2013, LEX/el.

I FSK 229/20. Ponadto analiza literatury przedmiotu prowadzi do wniosku, że stanowisko prezentowane przez orzecznictwo sądownoadministracyjne zostało również przyjęte w literaturze przedmiotu²².

Konsekwencje przedwcześnie wystawionej faktury dla nabywcy

Jak już zostało wskazane, ogólna zasada prawa do odliczenia na gruncie VAT sprowadza się do tego, że podatnik ma prawo do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego w zakresie, w jakim nabywane towary i usługi są wykorzystywane do wykonywania przez niego czynności opodatkowanych. Niemniej jednak Ustawa o VAT przewiduje wiele wyłączeń, a zatem sytuacji, w których podatnik nie ma prawa do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego. I tak zgodnie z art. 88 ust. 3a pkt 4 lit. a Ustawy o VAT określone faktury nie stanowią podstawy do obniżenia podatku należnego oraz zwrotu różnicy podatku lub zwrotu podatku naliczonego, w sytuacji gdy wystawione faktury stwierdzają czynności, które nie zostały dokonane – w części dotyczącej tych czynności. I tak, w myśl interpretacji indywidualnej DKIS z 15.05.2020 r., sygn. 0112-KDIL3.4012.192.2020.1.LS, skoro przedwcześnie wystawiona faktura jest fakturą pustą, to nie może ona uprawniać nabywcy do odliczenia VAT. Innymi słowy pusta faktura VAT nie może stanowić formalnej podstawy do skorzystania przez nabywcę z prawa do odliczenia, ponieważ zdaniem organów podatkowych taka faktura nie dokumentuje rzeczywistych zdarzeń gospodarczych. Natomiast należy zauważyć, że taki pogląd nie znajduje szerszej aprobaty w orzecznictwie sądów administracyjnych, czego przykładem jest wyrok NSA z 18.12.2024 r., sygn. akt I FSK 996/21, w której sąd wskazał, że: „faktura zaliczkowa wystawiona z naruszeniem terminu określonego w art. 106i ustawy o VAT (wcześniej niż 30 dni przed otrzymaniem zaliczki) i nieskorygowana przez sprzedającego w terminie do 25 dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym upłynął trzydziesty dzień od wystawienia faktury, nie staje się fakturą ‘pustą’ i daje prawo do odliczenia podatku naliczonego, pod warunkiem wcześniejszego otrzymania zaliczki przez sprzedawcę, w terminie określonym w art. 86 ust. 10 w zw. z ust. 10b pkt 1, ust. 10c oraz ust. 11 ustawy o VAT”. W myśl powyższego należy uznać, że faktura przedwcześnie wystawiona, która dokumentuje rzeczywistą transakcję gospodarczą, powinna prowadzić do umożliwienia nabywcy skorzystania z prawa do odliczenia.

²² K. Karaś, *Czy za wcześniej wystawiona faktura jest pustą fakturą?*, „Doradztwo Podatkowe Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych” 2023, nr 8, s. 66-67; D. Dudek, *Wystawienie przedwczesnej faktury nie rodzi obowiązku dokonania korekty ani zapłaty podatku*, „Monitor Podatkowy” 2019, nr 6, s. 3-4.

Wnioski

W wyniku badań ustalono, że rezultat wykładni językowej opartej wyłącznie na warstwie deskryptywnej ustawy o podatku od towarów i usług prowadzi do wniosku, że faktura wystawiona w powyżej opisanych okolicznościach powinna zostać zakwalifikowana jako faktura, która nie dokumentuje rzeczywistych zdarzeń gospodarczych. Niemniej jednak proces wykładni powinien uwzględniać również wykładnię systemową i funkcjonalną, których wspólny rezultat prowadzi do wniosku, że w sytuacji gdy dane zdarzenie gospodarcze dojdzie do skutku, to taka faktura jest wyłącznie fakturą wadliwą, która jednak dokumentuje rzeczywiste zdarzenie gospodarcze. Dodatkowo praktyka interpretacyjna organów podatkowych, w szczególności Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej opiera się na ściśle językowym rozumieniu art. 108 Ustawy o VAT, prowadząc do uznania, że każda przedwcześnie wystawiona faktura jest fakturą pustą. Jednocześnie orzecznictwo sądowoadministracyjne wykształciło i przyjęło konsensualnie pogląd, że taka faktura nie jest fakturą pustą, gdyż nie naraża budżetu państwa na uszczuplenie, a zatem nie powinna zostać objęta zakresem zastosowania art. 108 Ustawy o VAT. W konsekwencji na gruncie odpowiedzialności karnoskarbowej należy przyjąć, że przedwcześnie wystawiona faktura, która finalnie dokumentuje rzeczywiste zdarzenie gospodarcze, może prowadzić wyłącznie do powstania odpowiedzialności karnoskarbowej z tytułu wadliwie wystawionej faktury.

Podobne rozbieżności interpretacyjne wystąpiły również w odniesieniu do prawa do odliczenia po stronie nabywcy. Zgodnie z poglądem prezentowanym przez DKIS, nabywca, który otrzymał przedwcześnie wystawioną fakturę, nie jest uprawniony do skorzystania z prawa do odliczenia, ponieważ zdaniem DKIS taka faktura jest fakturą pustą. W konsekwencji faktura taka zgodnie z Ustawą o VAT nie może prowadzić do odliczenia podatku naliczonego. Jednocześnie orzecznictwo sądowoadministracyjne z uwagi na przyjęcie stanowiska, że taka faktura nie jest fakturą pustą, dopuszcza możliwość skorzystania z prawa do odliczenia przez nabywcę. Mając na uwadze poczynione ustalenia, postuluje się kontynuowanie badań w szczególności w zakresie praktyki interpretacyjnej prezentowanej przez DKIS, której to zmiana i przyjęcie stanowiska wyrażonego w orzecznictwie sądowoadministracyjnym prowadziłoby do przyjęcia praktyki stosowania prawa korzystnej dla podatników oraz pogłębiłoby poziom zharmonizowania VAT w perspektywie krajowej.

Literatura

- Bartosiewicz A., *Korekta faktur, o których mowa w art. 108 ustawy o podatku od towarów i usług, w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości*, „Przegląd Podatkowy” 2021, nr 10.
 Bartosiewicz A., *VAT. Komentarz*, wyd. 18, Warszawa 2024.

- Duda M., *Obowiązek zapłaty kwoty bezpodstawnie określonej w fakturze jako VAT*, „Studia Prawnicze” 2007, nr 29.
- Dudek D., *Przepis art. 108 ust. 1 VATU nie dotyczy faktur wystawionych wcześniej niż określono w przepisach i zarazem dokumentujących prawdziwe zdarzenia*, „Monitor Podatkowy” 2024, nr 1.
- Dudek D., *Wystawienie przedwczesnej faktury nie rodzi obowiązku dokonania korekty ani zapłaty podatku*, „Monitor Podatkowy” 2019, nr 6.
- Duży J., *Znaczenie regulacji art. 108 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług dla karnoprawnej oceny oszukańczych uszczupień podatkowych*, „Przegląd Sądowy” 2012, nr 1.
- Gnych-Pietrzak W., *Rola wykładni i jej wpływ na orzecznictwo na przykładzie ulgi meldunkowej*, „Acta Iuris Stetinensis” 2022, nr 2.
- Kaniecka K.W., *Charakter prewencyjno-sankcyjny art. 108 ustawy o VAT oraz art. 203 dyrektywy 2006/112/WE Rady UE a konstrukcja tych przepisów*, „Doradztwo Podatkowe Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych” 2019, nr 7.
- Karaś K., *Czy za wcześniej wystawiona faktura jest pustą fakturą?*, „Doradztwo Podatkowe Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych” 2023, nr 8.
- Korszun M., *Sankcja w prawie podatkowym*, [w:] *Sankcje administracyjne*, red. M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki, Warszawa 2011.
- Łasiński-Sulecki K., *Decyzja wydana na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług jako dowód w postępowaniu podatkowym dotyczącym prawa do odliczenia*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2023, nr 5.
- Matarewicz J., *Ustawa o podatku od towarów i usług. Komentarz aktualizowany. Art. 108*, LEX/el. 2025.
- Michalik T., *VAT. Komentarz*, Warszawa 2024.
- Nita A., *Prawna natura obowiązku zapłaty podatku na podstawie wystawionej faktury – pomiędzy odpowiedzialnością a sankcją podatkową w podatku od towarów i usług*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2021, nr 4.
- Radzikowski K., *Podatek od towarów i usług – tzw. „pusta” faktura – obowiązek zapłaty podatku. Glosa do wyroku NSA z dnia 10 kwietnia 2013 r., I FSK 359/12*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2015, nr 7-8.
- Sankcje administracyjne*, red. M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki, Warszawa 2011.
- Słoma M., *Wystawienie faktury potwierdzającej czynność, której nie dokonano*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 3.
- Staszak A., *Przestępstwa fakturowe – wystawianie i posługiwanie się fakturami nierzetelnymi*, [w:] *Bezpieczeństwo prawne państwa i podatnika a sprawiedliwy system podatkowy*, red. J. Krukowski, M. Sitarz, A. Romanko, Lublin 2020.
- Staszak A., *Rozdział IX. Metody dowodzenia obrotu fakturami wystawionymi w sposób nierzetelny*, [w:] *Problematyka obrotu fakturami wystawionymi w sposób nierzetelny. Zagadnienia prawa karnego materialnego i procesowego*, red. S. Kowalski, H. Paluszkiewicz, O. Włodkowski, Warszawa 2018.
- Warniło J., *Karuzela VAT*, „Monitor Podatkowy” 2024, nr 3.
- Wesołowska A., *Warunki formalne prawa do odliczenia podatku VAT. Glosa do wyroków TS z dnia 31 stycznia 2013 r., C-642/11 i C-643/11*, 2013, LEX/el.
- Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*, Warszawa 2017.

Michał Mariański

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID 0000-0001-6212-914X

michal.marianski@uwm.edu.pl

Wybrane wyłączenia z obowiązku zachowania tajemnicy skarbowej na rzecz władz administracyjnych w prawie francuskim

Słowa kluczowe: tajemnica skarbową, prawo francuskie, prawo polskie, prawo podatkowe, prawo porównawcze

Streszczenie. Dynamiczny rozwój technologiczny powoduje, iż ustawodawca zmuszony jest do dostosowywania regulacji prawnych do nowego środowiska społeczno-gospodarczego. Nie inaczej jest w prawie podatkowym, które winno być nader często aktualizowane celem zachowania kompatybilności koncepcji i instytucji w nim regulowanych z rzeczywistością gospodarczą. Tym samym sposób regulacji tajemnicy skarbowej stanowi jedno z wyzwań dla ustawodawcy, który w dobie opisanych wyżej przemian powinien zapewnić kompromis między interesem publicznym a interesem prywatnym podmiotów, na których ciąży obowiązek składania deklaracji podatkowych. Celem niniejszego artykułu, w którym autor posługuje się poza metodą dogmatyczną i historyczno-opisową oraz funkcjonalną metodą porównawczą, będzie wskazanie sposobu regulacji wyłączeń z obowiązku zachowania tajemnicy skarbowej w prawie francuskim. Przy czym, z uwagi na limity objętościowe artykułu, autor ograniczy się do analizy dwóch z ośmiu grup wyłączeń. Przedstawiona analiza francuskiego systemu prawnego, jako jednego z bardziej zaawansowanych technologicznie, pozwoli na wyprowadzenie wielu wniosków w omawianym zakresie, w tym w szczególności w odniesieniu do potencjalnego zastosowania przeanalizowanych rozwiązań przez polskiego ustawodawcę. Wykazany w pracy sposób uregulowania derogacji w zakresie tajemnicy skarbowej, pomimo wskazanych we wnioskach uwag, stanowić może impuls do dyskusji w tym aspekcie, której potrzeba była już w polskiej doktrynie sygnalizowana.

Selected exemptions from the obligation to maintain fiscal secrecy for the benefit of administrative authorities under French law

Keywords: fiscal secrecy, French law, Polish law, tax law, comparative law

Summary. Dynamic technological development forces the legislator to adapt legal regulations to the new socio-economic environment. It is no different in tax law, which should be updated very often in order to maintain the compatibility of the concepts and institutions regulated in it with economic reality. Thus, the method of regulating fiscal secrecy is one of the challenges for the legislator, who in the era of the changes described above should ensure a compromise between the public interest and the private interest of entities obliged to file tax returns. The aim of this article, in which the author uses not only the dogmatic and historical-descriptive method but also the functional comparative method, will be to indicate the method of regulating exemptions from the obligation to maintain

fiscal secrecy in French law. Due to the volume limits of the article, the author will restrict the analysis to two of the eight exclusion groups. The presented analysis of the French legal system, as one of the most technologically advanced, will allow for drawing a number of conclusions in the discussed scope, in particular in relation to the potential application of the analyzed solutions by the Polish legislator. The method of regulating derogations in the scope of fiscal secrecy shown in the work, despite the remarks indicated in the conclusions, it may constitute an impulse for discussion in this aspect, the need for which has already been signaled in Polish doctrine.

Wprowadzenie

Tajemnica skarbową uregulowaną jest w wielu europejskich porządkach prawnych, jednak sposób jej unormowania nie jest ujednolicony. Powyższe wynika z faktu, iż pogodzenie interesu Państwa z interesem podatnika nie jest zadaniem łatwym i uzależnione jest od specyfiki danego systemu prawnego. W tym zakresie analiza prawa francuskiego, jako dość wyjątkowego systemu prawnego, może stanowić impuls do dalszych badań w tej materii lub do pogłębienia dyskusji nad stanem polskich regulacji. Owa specyfika prawa francuskiego, w tym prawa podatkowego, przejawia się nie tylko w złożoności systemu podatkowego, ale przede wszystkim w istotnej roli orzecznictwa, które w wielu przypadkach kształtowało poszczególne konstrukcje prawne¹ lub nawet poszczególne gałęzie prawa². W doktrynie francuskiej podkreśla się bowiem, iż pomimo istnienia dość rozbudowanego systemu podatkowego, jego stosowanie wymaga od sędziego ciągłej pracy interpretacyjnej, wprowadzania innowacji i nowych interpretacji tekstów prawnych, nie tylko w celu skorygowania jego nieprecyzyjności, ale także uzupełnienia udzielonych podatnikom gwarancji i zapewnienia jego zgodności z wymogami konstytucyjnymi w dobie przemian technologicznych³. Bardzo ważna rola orzecznictwa nie ogranicza się jedynie do sądownictwa konstytucyjnego⁴, lecz rozciąga się również na sądownictwo cywilne oraz administracyjne, gdzie szczególna jest rola dekrétów francuskiego Najwyższego Sądu Administracyjnego (fr. *Conseil d'Etat*)⁵. W tym miejscu Autor zaznacza, w kontekście ww. sądu, iż w Polsce najczęściej jego nazwa tłumaczona jest dosłownie jako Rada Stanu, jednak mając na uwadze właściwe umiejscowienie tej instytucji w odniesieniu do polskiego porządku prawnego, Autor odwoływać się

¹ D. Gutmann, *Regard sur la jurisprudence fiscale du Conseil constitutionnel*, „Pouvoirs” 2014, nr 4(151), s. 129 i n.

² M. Mariański, *Institutional changes in the French financial judiciary (Zmiany instytucjonalne we francuskim sądownictwie finansowym)*, „Studia Iuridica” 2024, vol. 103, s. 108.

³ B. Lignereux, *La jurisprudence fiscale est-elle innovante?*, „Revue française de finances publiques” 2021, nr 4(156), s. 61 i n.

⁴ M. Popławski, B. Pahl, M. Mariański, *Wpływ francuskiego Trybunału Konstytucyjnego (Conseil constitutionnel) na krajowy system podatkowy. Analiza na przykładzie podatku od bardzo wysokich dochodów (taxe sur les très hauts revenus)*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2023, nr 5, s. 327 i n.

⁵ Szerzej A. Klimaszewska, M. Mariański, K. Warylewska, J. Ziety, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (société à responsabilité limitée) we francuskim kodeksie handlowym*, Olsztyn 2017, s. 41 i n.

będzie również do jego funkcjonalnego tłumaczenia – tzn. jako najważniejszego sądu w pionie sądownictwa administracyjnego.

Podkreślenia wymaga, iż tak w prawie polskim, jak i w prawie francuskim instytucja tajemnicy skarbowej została uregulowana w aktach rangi ustawowej. We Francji temu zagadnieniu poświęcono specjalny rozdział w kodeksie procedury podatkowej (fr. *Livre des procédures fiscales*), z kolei w Polsce wyodrębniono cały dział VII ordynacji podatkowej⁶ (art. od 293 do 305). Wspólnym założeniem dla prac nad regulacją tajemnicy skarbowej było założenie, iż jej istotą winno być wyłączenie jawności szczególnego rodzaju informacji indywidualnych znajdujących się w dokumentacji gromadzonej przez krajowe organy podatkowe. Powyższe jest o tyle istotne, iż zakres tajemnicy skarbowej wykracza daleko poza aspekty jedynie proceduralno-kontrolne, a odnosi się do wszystkich aspektów prawa podatkowego.

Tym samym będąca przedmiotem analizy niniejszego opracowania kwestia wyłączeń z obowiązku zachowania tajemnicy skarbowej w prawie francuskim może być wykorzystana nie tylko w zakresie procesowym, ale również materialnym, w tym również na gruncie innych gałęzi prawa, jedynie z prawem podatkowym związanych⁷. Analiza regulacji prawa francuskiego jest o tyle uzasadniona, iż polski ustawodawca już nie raz tym systemem się inspirował, nie tylko ramach regulacji cywilistycznych⁸, ale również wchodzących w zakres szeroko rozumianego prawa finansowego⁹. Wartym podkreślenia jest również fakt, iż wykorzystanie przez autora funkcjonalnej metody porównawczej związane jest z postulatem nie tylko samego tłumaczenia danych zwrotów na język polski, lecz na zamiarze wskazania ich znaczenia zrozumiałego dla polskiego czytelnika. Aby powyższy cel osiągnąć, przywoływane będzie oryginalne brzmienie niektórych zwrotów używanych przez ustawodawcę francuskiego, które zostanie następnie uzupełnione przez przywołanie najbardziej analogicznej instytucji bądź koncepcji istniejącej w polskim porządku prawnym. Powyższe nawiązuje do przywoływanej w literaturze multilingwistycznej wykładni językowej, postulującej ograniczenie dosłownego tłumaczenia obcych tekstów prawnych na rzecz ich tłumaczenia w sposób porównawczy¹⁰. Wyżej wymieniony zabieg prowadzić ma, zgodnie z dyrektywami komparatystryki prawniczej,

⁶ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, Dz.U. z 2023 r. poz. 2383, 2760; z 2024 r. poz. 879, 1685, 1831.

⁷ Jak np. w prawie cywilnym w zakresie ochrony dóbr osobistych. Szerzej zob. J. Orłowski, O. Nieczepa, *Tajemnica skarbowa a ochrona dóbr osobistych*, „Studia Prawnoustrojowe” 2020, nr 47, s. 191 i n.

⁸ A. Jagodzińska-Mastej, *Francuski a polskie projekty nowelizacji regulacji zobowiązań umownych – porównanie rozwiązań*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2010, nr 3, s. 35.

⁹ L. Budner-Iwanicka, M. Marianański, *Organizacja Izby obrachunkowych we Francji i w Polsce. Wybrane aspekty prawno-porównawcze*, „Finanse Komunalne” 2024, nr 3, s. 7.

¹⁰ Ł.J. Piłkuła, *Metody wykładni prawa stosowane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2016, nr 3(36), s. 172.

do adekwatnego ukazania analizowanych regulacji, tzn. sposobu umożliwiającego lepsze poznanie ich wad i zalet z punktu widzenia innego państwa¹¹.

1. Umiejscowienie wyłączeń z zakresu tajemnicy skarbowej

Jak już wspomniano, regulacja tajemnicy skarbowej w prawie francuskim znajduje się w kodeksie procedury podatkowej (fr. *Livre des procédures fiscales* – dalej: LPF). Kodeks ten jest aktem obowiązującym od 1982 r. i uchwalonym rok wcześniej stosownymi dekretemi¹².

Obecnie LPF dzieli się na dwie zasadnicze części: legislacyjną (fr. *partie législative*) oraz rozporządzeniową (fr. *partie réglementaire*), która zawiera dekrety Conseil d'Etat uszczegóławiające część legislacyjną. Ponadto część legislacyjna, będąca przedmiotem zainteresowania w ramach niniejszego artykułu, podzielona została na cztery zasadnicze tytuły, gdzie numeracja zaczyna się od Tytułu II, z uwagi na fakt, iż tytuł pierwszy został wykreślony ustawą z 29 grudnia 2015 r.¹³ Tak też Tytuł II odnosi się do kontroli podatkowej¹⁴, Tytuł III do postępowania podatkowego¹⁵, Tytuł IV do poboru podatków¹⁶, a ostatni Tytuł V do przepisów ogólnych mających zastosowanie do wszystkich kontrybucji¹⁷.

Dyspozycje regulujące obszar tajemnicy skarbowej znajdują się w Tytule II księgi pt. Kontrola podatkowa, który dodatkowo dzieli się na kilka rozdziałów, w tym rozdział III odnoszący się do tajemnicy zawodowej w prawie podatkowym (fr. *Chapitre III: Le secret professionnel en matière fiscale*). Z uwagi na fakt, iż przedmiotem niniejszego opracowania uczyniono wyłączenia od tajemnicy skarbowej, Autor jedynie nadmieni, iż Pierwsza sekcja ww. rozdziału pt. Zakres i granice zasady tajemnicy zawodowej¹⁸ zostanie omówiona w ramach odrębnego opracowania. Warto jednak zaznaczyć, iż w ramach tej sekcji, tzn. w artykułach od L103 do L112 LPF, wprowadzono regulacje kwestii ogólnych, problematyki doręczeń dokumentów, publikacji danych podatkowych oraz publikacji danych dotyczących odbiorców pomocy publicznej o charakterze podatkowym¹⁹.

¹¹ I. Szymczak, *Metoda nauki o porównywaniu systemów prawnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014, nr 3, s. 48.

¹² Fr. Décret n°81-859 du 15 septembre 1981 portant codification des textes législatifs concernant les procédures fiscales oraz Décret n°81-860 du 15 septembre 1981 portant codification des textes législatifs concernant les procédures fiscales.

¹³ Fr. loi n° 2015-1786 du 29 décembre 2015 de finances rectificative pour 2015 (1), Dz.U. JORF n°0302 du 30 décembre 2015.

¹⁴ Fr. Titre II: Le contrôle de l'impôt (Articles L10 à L189).

¹⁵ Fr. Titre III: Le contentieux de l'impôt (Articles L190 à L251 ZH).

¹⁶ Fr. Titre IV: Le recouvrement de l'impôt (Articles L252 à L283 F).

¹⁷ Fr. Titre V: Dispositions communes (Articles L284 à L289).

¹⁸ Fr. Section I: Portée et limites de la règle du secret professionnel.

¹⁹ Fr. Publicité des bénéficiaires d'aides d'Etat à caractère fiscal.

Kluczowa z punktu widzenia niniejszego opracowania Sekcja II Rozdziału III Księgi I obejmuje artykuły od L113 do L167 LPF. W tym aspekcie poza przepisami ogólnymi zawartymi w artykule L113 wskazano osiem kategorii wyłączeń, określanych w oryginalnym brzmieniu jako *déroptions*. Pierwszą kategorią jest grupa wyłączeń związana z międzynarodową pomocą podatkową (fr. *déroptions en matière d'assistance fiscale internationale*), obejmująca artykuły od L114 do L114A. Druga grupa przepisów, na której koncentruje się niniejsze opracowanie, obejmuje wyjątki na rzecz niektórych organów administracji, władz administracyjnych, gmin, służb i organów publicznych i uregulowana została w artykułach od L115 do L135 ZP²⁰. Trzecia grupa to wyjątki na rzecz różnych komisji zawarte w artykułach od L136 do L139²¹, a czwarta to derogacje na rzecz organów sądowych i sądów, uszczegółowione w artykułach od art. L140 do L147²². Francuski ustawodawca przewidział również wyjątki na rzecz urzędników ministerialnych (art. od L148 do L151)²³ oraz na rzecz władz i organizacji odpowiedzialnych za stosowanie ustawodawstwa socjalnego (art. od L152 do L162)²⁴. Ostatnie dwie grupy to wyjątki na rzecz różnych organizacji (art. L163 do L166)²⁵ oraz odnoszące się do zwalczania prania pieniędzy i finansowania terroryzmu (art. L167)²⁶. W konsekwencji dalsza struktura niniejszego artykułu dostosowana będzie do ww. systematyki wskazanej we francuskim kodeksie procedury podatkowej.

2. Wyłączenia na rzecz władz administracyjnych i związane z międzynarodową pomocą podatkową

Jak już nadmieniono w poprzednim punkcie, struktura niniejszego artykułu dostosowana będzie do systematyki wskazanej we francuskim kodeksie procedury podatkowej, jednak ograniczone zostaną one do dwóch pierwszych grup wyszczególnionych w ww. kodeksie. Z uwagi na powyższe, uszczegółowione zostaną wyłączenia odnoszące się do międzynarodowej pomocy podatkowej oraz do organów administracji, władz administracyjnych, gmin, służb i organów publicznych.

Tak też pierwsza grupa wyłączeń związana z międzynarodową pomocą podatkową obejmuje artykuły od L114 do L114A francuskiego kodeksu procedury

²⁰ Fr. *Déroptions au profit de certaines administrations, autorités administratives, collectivités, services et organismes publics* (Articles L115 à L135 ZP).

²¹ Fr. *Déroptions au profit de diverses commissions*.

²² Fr. *Déroptions au profit des autorités judiciaires et des juridictions*.

²³ Fr. *Déroptions au profit des officiers ministériels*.

²⁴ Fr. *Déroptions au profit des autorités et des organismes chargés de l'application de la législation sociale*.

²⁵ Fr. *Déroptions au profit d'organismes divers*.

²⁶ Fr. *Déroptions en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme*.

podatkowej. W tym zakresie doprecyzowano, z uwagi na istnienie we Francji tzw. terytoriów zamorskich²⁷, iż organy podatkowe mogą wymieniać informacje z administracjami finansowymi Saint-Pierre i Miquelon, Nowej Kaledonii, Polinezji Francuskiej, wysp Wallis i Futuna oraz francuskich ziem południowych i antarktycznych, a także innymi władzami lokalnymi Republiki objętymi szczególnym systemem podatkowym, podobnie jak w przypadku państw, które zawarły umowę o pomocy administracyjnej z Francją w celu zwalczania oszustw podatkowych i uchylania się od opodatkowania. Ponadto, zgodnie z art. L114A, administracja podatkowa przekazuje administracjom innych państw członkowskich UE informacje dotyczące stosowania przepisów podatkowych.

Druga grupa zwolnień dotycząca niektórych organów administracji, władz administracyjnych, gmin, służb i organów publicznych uregulowana została w artykułach od L115 do L135. W ramach tej najbardziej rozbudowanej grupy wskazać należy, zgodnie z art. L115 LPF, iż Minister właściwy do spraw finansów (fr. *Le ministre chargé des finances*) jest obowiązany upoważnić podległych mu agentów do odpowiadania na pytania i ewentualnie wezwania Rzecznika Praw Obywatelskich²⁸. Ponadto RPO może żądać od administracji udostępnienia wszelkich dokumentów lub akt dotyczących spraw, w związku z którymi prowadzi się dochodzenie, bez możliwości powołania się przez administrację na tajemnicę skarbową jako podstawę odmowy. Oprócz tego, zgodnie z art. L116 LPF, w związku z art. L. 450-7 kodeksu handlowego (fr. *code de commerce*) i L.512-14 kodeksu konsumenckiego, administracja podatkowa nie może powołać się na tajemnicę zawodową wobec upoważnionych agentów służb dochodzeniowych Urzędu ds. Konkurencji (fr. *l'Autorité de la concurrence*).

Kolejny wyjątek, zgodnie z art. L117 LPF, dotyczy faktu, iż ograniczeń zw. z tajemnicą skarbową nie stosuje się w ramach Generalnej Dyrekcji Finansów Publicznych do pracowników wykonujących zadania z zakresu podatków oraz realizujących inne misje wymagające uzyskania informacji i dokumentów niezbędnych do ich wykonywania. Administracja podatkowa ma również obowiązek, zgodnie z art. L119, przekazywać wszelkie informacje na żądanie Agencji Usług i Płatności²⁹, niezbędne do rozpatrywania wniosków o odszkodowanie.

Dodatkowo urzędnicy służby cywilnej pełniący funkcję komisarza Rządu przy radzie biegłych księgowych lub komisji regulujących zawód biegłego rewidenta mogą otrzymywać, w świetle art. L121 LPF, od administracji podatkowej infor-

²⁷ M. Mariański, *Challenges and problems of local government finances in the light of the French Cour des Comptes reports as a guide for the Polish legislature*, [w:] *The challenges of local government financing in the light of European Union regional policy*, red. P. Mrkyvka, J. Gliniecka, E. Tomaskova, E. Juchniewicz, T. Sowiński, M. Radvan, Brno 2018, s. 91-92.

²⁸ Fr. *Le Défenseur des droits*.

²⁹ Fr. *Agence de services et de paiement*.

macje niezbędne do realizacji ich zadań. Ponadto, zgodnie z art. L122 LPF, jeżeli podatnicy domagają się odszkodowania od państwa, departamentów, gmin lub instytucji publicznych, których wysokość zależy od ich zysków lub dochodów albo wartości ich majątku, to eksperci powołani do przedstawienia raportu na temat tych wniosków o odszkodowanie mogą otrzymać od administracji skarbowej zawiadomienie o złożonych deklaracjach przez tych podatników. Warto również nadmienić, iż w myśl art. L123 LPF, w przypadku wyłączenia urzędnicy skarbowi są zwolnieni z tajemnicy zawodowej wobec organu wywołującego w zakresie wszelkich informacji dotyczących deklaracji podatkowych i wymiarów niezbędnych do ustalenia rekompensaty wyłączeniowej motywowanej użytecznością publiczną.

Kolejne artykuły francuskiego kodeksu procedury podatkowej, czyli od L124 do L124B, odnoszą się do wyjątków związanych z Kodeksem budowlanym i mieszkalnictwa³⁰, gdzie upoważnieni przedstawiciele właściwych organów administracji mogą otrzymywać od Generalnej Dyrekcji Finansów Publicznych (dalej: DGFP) informacje umożliwiające określenie charakteru głównego miejsca zamieszkania w ramach mieszkań wybudowanych przy finansowym udziale Państwa.

Interesujący partykularyzm wskazano w art. L127 LPF, gdzie zaznaczono, iż komisje utworzone na mocy artykułów 47 i 48 dekretu z 10 marca 1962 r.³¹ dotyczącego środków podjętych w celu przyjęcia oraz przekwalifikowania zawodowego i społecznego obywateli mieszkających poza Francją kontynentalną mogą otrzymywać od administracji podatkowej informacje będące w posiadaniu tej administracji i niezbędne do rozpatrzenia wniosków o pożyczki z dotacją, które były złożone przez osoby powracające z Algierii, w zastosowaniu wyżej wymienionego dekretu z 1962 roku.

W kolejnym artykule L130 LPF, zmienionym ustawą z 1 sierpnia 2023 r.³², wskazano, iż bez względu na postanowienia dotyczące tajemnicy zawodowej, administracja publiczna i jej agenci są zobowiązani do przekazywania władzom wszelkich informacji przydatnych do ustalenia odszkodowania za rekwizycje³³. Podobne wyłączenie znajdujemy w kolejnym artykule – L131, który dodaje, iż urzędnicy państwowi i agenci odpowiedzialni za stosowanie rozporządzenia nr 58-1331 z 23 grudnia 1958 r. dotyczącego wykrywania, ścigania i karania przestępstw

³⁰ Fr. code de la construction et de l'habitation.

³¹ Fr. décret n° 62-261 du 10 mars 1962 relatif aux mesures prises pour l'accueil et le reclassement professionnel et social des Français d'outre-mer.

³² Fr. LOI n° 2023-703 du 1er août 2023 relative à la programmation militaire pour les années 2024 à 2030 et portant diverses dispositions intéressant la défense, Dz.U. JORF n°0177 du 2 août 2023.

³³ Władze te i ich pełnomocnicy zobowiązani są do zachowania tajemnicy zawodowej pod groźbą kar określonych w art. 226-13 Kodeksu karnego.

związanych z dystrybucją produktów przemysłowych i energii³⁴ mogą otrzymać na miejscu prowadzenia kontroli od administracji podatkowej wszystkie posiadane przez nią dokumenty.

Warto również zaznaczyć, iż zgodnie z art. L132A LPF, w związku z postanowieniami kodeksu postępowania cywilnego egzekucyjnego, administracja skarbową ma obowiązek przekazać administracji publicznej występującej z wnioskiem o bezpośrednią wypłatę alimentów informacje wspomniane w pkt. II artykułu L. 151 A³⁵.

Prawo francuskie w art. L133 LPF przewiduje również uprawnienie należne burmistrzom, przewodniczącym organów decyzyjnych zakładów publicznych lub przewodniczącym rady metropolii Lyon do otrzymywania od administracji podatkowej informacji o wysokości kwot należnych i zapłaconych albo gminie, albo placówce publicznej, albo metropolii Lyon przez każdego dłużnika podatku związanego z zagospodarowaniem terenu³⁶. Dodatkowo w art. L134 LPF, nawiązując do francuskiego kodeksu pracy i kodeksu zabezpieczenia społecznego, przewidziano kompetencje dla pracowników DGFP do uzyskiwania wszelkich dokumentów lub informacji przydatnych w walce z nielegalną pracą³⁷.

Warto zaznaczyć, iż w art. L134B LPF wskazano wprost, iż Służba, o której mowa w art. L. 561-23 kodeksu monetarnego i finansowego³⁸, ma prawo bezpośredniego dostępu do plików wykorzystywanych przez służby odpowiedzialne za utworzenie podstawy opodatkowania, kontroli i poboru podatków. Podobny wyjątek wprowadza art. L134D LPF, który nawiązując do kodeksu zabezpieczenia społecznego, przewiduje dla wskazanych kategorii pracowników, bądź to prawo bezpośredniego dostępu do informacji zawartych w deklaracjach przewidzianych w art. 1649 ter ogólnego kodeksu podatkowego, bądź to prawo bezpośredniego dostępu do danych w związku z transferami, które są odpłatne lub nieodpłatne oraz aktów dotyczących spółek. Dodatkowo, zgodnie z art. L135E, w celu wykonywania swoich zadań agenci celni mogą drogą elektroniczną uzyskać od

³⁴ Fr. Ordonnance n° 58-1331 du 23 décembre 1958 relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions en matière de répartition des produits industriels et de l'énergie.

³⁵ Do informacji tych należą informacje umożliwiające ustalenie adresu dłużnika, tożsamości i adresu jego pracodawcy lub jakiegokolwiek dłużnika będącego osobą trzecią lub depozytariusza kwot w gotówce oraz składu jego majątku nieruchomego, z wyłączeniem wszelkich innych informacji, bez możliwości zastąpienia się tajemnicą zawodową.

³⁶ Fr. taxe d'aménagement.

³⁷ W tym samym zakresie, zgodnie z art. L134A LPF, agenci odpowiedzialni za czynności związane z kontrolą poszukiwania pracy mogą, w celu wykonywania swojej misji, otrzymywać informacje będące w posiadaniu administracji podatkowej lub administracji celnej i akcyzowej. Natomiast art. L134C wskazuje, iż agenci Generalnej Dyrekcji Finansów Publicznych oraz Generalnej Dyrekcji Cei i Praw Pośrednich są upoważnieni do udostępniania wszelkich dokumentów lub informacji przydatnych w zwalczaniu oszustw w sprawach socjalnych.

³⁸ Owa służba to Krajowa jednostka wywiadu finansowego (fr. *Une cellule de renseignement financier nationale*).

DGFP informacje niezbędne do kontroli warunku dotyczącego miejsca zamieszkania, którego dotyczy zwolnienie z podatku od wartości dodanej na rzecz podróżnych³⁹.

3. Pozostałe wyłączenia na rzecz organów administracji

Ostatnia, najbardziej rozbudowana grupa artykułów w ramach drugiej kategorii wyłączeń, tzn. od L135 do L135 ZP, stanowi niemal połowę treści w ramach opisywanej podgrupy. W ramach tego fragmentu kodeksu, w art. L135 LPF, wykwalifikowani urzędnicy ministerstwa odpowiedzialnego za żeglugę handlową mogą otrzymywać od administracji podatkowej informacje dotyczące ustalania podatku dochodowego od osób prawnych i podatku dochodowego niezbędnego do likwidacji podatku od zysku netto stoczni. Administracja podatkowa winna również, zgodnie z art. L135A, przekazywać kontrolerom z zakresu prawa pracy niezbędne informacje odnoszące się do kontroli doskonalenia zawodowego.

Dość istotną regulację zawiera natomiast art. L135B, który dokładnie precyzuje, jakie informacje administracja podatkowa ma obowiązek corocznie przekazywać jednostkom samorządu terytorialnego i ich zgrupowaniom posiadającym własny system podatkowy⁴⁰. Warto również wspomnieć, iż art. L. 135 D w pkt. I daje możliwość, aby agenci administracji skarbowej mogli komunikować się z agentami Narodowego Instytutu Statystyki i Studiów Ekonomicznych oraz agentami ministerialnych służb statystycznych w zakresie informacji przydatnych do tworzenia statystyk. Podobnie art. L. 135 D w pkt. III przewiduje możliwość dostępu osób trzecich dla celów badań naukowych do informacji zebranych w trakcie czynności mających na celu ustalenie podstawy, kontrolę, odzyskanie lub rozstrzyganie sporów podatkowych, ceł, opłat i należności przewidzianych w generalnym kodeksie podatkowym na podstawie decyzji ministra właściwego ds. budżetu, po pozytywnej opinii komisji ds. tajemnicy statystycznej⁴¹.

Kolejna derogacja wskazana w art. L135F dotyczy derogacji na rzecz jednego z dwóch organów nadzoru nad rynkiem finansowym we Francji – tzn. AMF (fr. *Autorité des marchés financiers*), co uzupełnia w dalszych fragmentach kodeksu art. L135 ZI w stosunku do drugiego organu nadzoru, tzn. ACPR (fr. *Autorité de contrôle prudentiel et de résolution*)⁴². W kolejnych fragmentach kodeksu procedury

³⁹ Fr. exonération de taxe sur la valeur ajoutée au bénéfice des voyageurs.

⁴⁰ Fr. groupements dotés d'une fiscalité propre.

⁴¹ Fr. comité du secret statistique.

⁴² Szerzej o dwufilarowym systemie nadzoru nad rynkiem finansowym we Francji zob. M. Marjański, *Uprawnienia i kompetencje francuskiego pomocniczego organu nadzoru nad rynkiem finansowym Autorité de contrôle prudentiel et de résolution*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2023, nr 4, s. 38 i n.

podatkowej znajdujemy wyłączenia na rzecz terytorialnych izb handlowo-przemysłowych (art. L135H)⁴³ oraz francuskiego Banku Centralnego (art. L135I).

Zgodnie z dekretem z 30 maja 2024 r.⁴⁴ przewidziano również zwolnienie z tajemnicy skarbowej w stosunku do danych przekazywanych przez administrację skarbową izdom rzemieślniczym w celu przeprowadzenia rozliczeń z Krajowym Rejestrem Przedsiębiorców⁴⁵. Ponadto art. L135K LPF przewiduje, iż pracownicy organów kontroli finansowej, audytorzy oraz przedstawiciele organów regulacyjnych są zwolnieni z tajemnicy zawodowej w odniesieniu do posłów odpowiedzialnych za monitorowanie i kontrolowanie w imieniu właściwej komisji spółek i organizacji zarządzającej obowiązkowym prawnie systemem ubezpieczeń społecznych, dochodami państwa lub budżetem departamentu ministerialnego. Jeżeli uprawnienia w zakresie monitorowania i kontroli wykonują posłowie do parlamentu, zniesienie tajemnicy zawodowej, którą mogą zasłonić się stosowne podmioty, wymaga zgody przewodniczącego i głównego sprawozdawcy komisji odpowiedzialnej za sprawy budżetowe⁴⁶.

Zwolnienie z tajemnicy skarbowej w świetle art. L135L LPF obejmuje również kwestie związane ze zwalczaniem niezadeklarowanej działalności zarobkowej naruszającej porządek i bezpieczeństwo publiczne w odniesieniu do agentów odpowiedzialnych za stosowanie ustawodawstwa dotyczącego cel i podatków pośrednich w związku z wnioskami funkcjonariuszy i agentów policji sądowej dotyczące informacji i dokumentów o charakterze finansowym, fiskalnym lub celnym. Nieco inny charakter przyjęło zwolnienie zawarte w art. L135N, który przesądza, iż administracja skarbowa przekazuje do funduszu gwarancyjnego dla ofiar aktów terroryzmu i innych przestępstw informacje dotyczące sytuacji skazanych, którzy muszą odpowiedzieć finansowo za wyrządzone przez siebie szkody.

Z punktu widzenia jednostek samorządu terytorialnego warta odnotowania jest dyspozycja określona w art. L135O LPF, stanowiąca, iż burmistrzowie mogą zwrócić się do administracji podatkowej o przekazanie im informacji dotyczących opłaty za wodę mineralną. Nie można powołać się również na tajemnicę zawodową w odniesieniu do informacji, które są niezbędne funkcjonariuszom policji sądowej i inspektorom ochrony środowiska odpowiedzialnym za prowadzenie dochodzeń i zgłaszanie przestępstw wymienionych w kodeksie ochrony środowiska⁴⁷. Podobnie

⁴³ Fr. chambres de commerce et d'industrie territoriales.

⁴⁴ Fr. Décret n° 2024-497 du 30 mai 2024 portant incorporation au livre des procédures fiscales de divers textes modifiant et complétant certaines dispositions de ce livre, Dz.U. JORF n°0126 du 1 juin 2024

⁴⁵ Fr. registre national des entreprises.

⁴⁶ Fr. commission en charge des affaires budgétaires.

⁴⁷ Fr. code de l'environnement.

traktowani są inspektorowie tzw. agencji wodnych w zakresie dokumentów niezbędnych do naliczenia opłat środowiskowych⁴⁸.

Do wspomnianego już kodeksu monetarnego i finansowego odwołuje się również art. L135T, który nawiązuje z kolei do działań podjętych w związku z artykułami 75 i 215 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁴⁹. Kolejny artykuł – L135U – dodaje, iż w celu realizacji swojej misji zwalczania oszustw Krajowy Urząd ds. Gier Hazardowych⁵⁰ może uzyskać od administracji podatkowej informacje będące w jej posiadaniu i umożliwiające identyfikację wszystkich rachunków bankowych otwieranych przez osoby fizyczne posiadające konto gracza w internecie lub przez osoby prawne uprawnione do oferowania gier online.

W artykule L135V LPF francuski ustawodawca nawiązuje do kodeksu sportowego, na podstawie którego agenci administracji skarbowej są upoważnieni do komunikowania się ze sobą oraz ze służbami wymienionymi w tym kodeksie w zakresie wszelkich uzyskanych informacji w wykonywaniu ich odpowiednich misji, w odniesieniu do substancji niedozwolonych i działań z nimi związanych.

Interesującą derogację wskazuje również art. L135X w stosunku do biegłych rewidentów odpowiedzialnych za dochodzenie należności, o których mowa w artykule L273A. Biegli ci mogą uzyskać informacje i dane wywiadowcze niezbędne do wykonania ich misji. Informacje i dane przekazywane biegłym, o których mowa w ust. 1, dotyczą stanu cywilnego dłużników, ich miejsca zamieszkania, nazwy i adresu ich pracodawcy oraz zakładów lub organizacji, w których w ich imieniu otwierany jest rachunek depozytowy, nazwy i adresu organizacji lub osób fizycznych, które przechowują fundusze i papiery wartościowe w ich imieniu, oraz dane do rejestracji ich pojazdu⁵¹.

Zgodnie z art. L135Y LPF wyłączenie z obowiązku zachowania tajemnicy skarbowej dotyczy również administracji odpowiedzialnej za pobieranie podatku od powierzchni handlowych w zakresie danych wyłącznie na potrzeby przeprowadzania badań ekonomicznych. Do danych tych należą: nazwa zakładu, identyfikator SIRET⁵², sektor działalności, obrót bez podatku na zakład, powierzchnia

⁴⁸ Szerzej zob. R. Bartes, M. Mariański, *Legal protection of surface waters in France*, [w:] *Legal Protection of European Inland Waters. Solutions for Sustainable Management*, red. J. Dobkowski, E. Zębek, J. Zięty, New York 2025, s. 57 i n.

⁴⁹ Art. 75 odnosi się do zapobiegania terroryzmowi i powiązanym działaniom, a art. 215 do przerwania lub ograniczenia w całości lub w części stosunków gospodarczych.

⁵⁰ Fr. Autorité nationale des jeux.

⁵¹ Informacje te i dane mogą być żądane od organów samorządu terytorialnego i ich instytucji publicznych, administracji publicznej i przedsiębiorstw, instytucji i organizacji ubezpieczeń społecznych, a także organizacji lub osób fizycznych świadczących usługi prawne, finansowe lub księgowe lub przechowujących majątek lub fundusze w imieniu dłużników.

⁵² SIRET (fr. *système d'identification du répertoire des établissements*) stanowi w dużym uproszczeniu odpowiednik polskiego numeru REGON.

lokalu przeznaczona do prowadzenia sprzedaży detalicznej. Powyższe dane, oprócz obrotów, przekazywane są przez służby ministra właściwego do spraw handlu do sieci izb handlowo-przemysłowych, a tajemnicą zawodową objęci są odbiorcy tych komunikatów.

Kolejna grupa artykułów reguluje możliwość wzajemnego przekazywania przez DGFP oraz służb prefekturalnych informacji i dokumentów w zakresie stowarzyszeń i fundacji, przydatnych do oceny zdolności tych podmiotów do otrzymywania darowizn lub zapisów albo do korzystania z ulg podatkowych dla tych podmiotów zastrzeżonych (artykuł L135ZA). Wspomniana wyżej Dyrekcja przekazuje również do służb ministra właściwego do spraw rolnictwa dane z deklaracji podmiotów zobowiązanych do uiszczania tych opłat przewidzianych w kodeksie rolnym i rybołówstwa morskiego⁵³ (art. L135ZB).

Kolejne wyłączenie przewidziane w art. L135 ZC dotyczy sytuacji, w której w celu realizacji swoich zadań funkcjonariusze policji i żandarmerii, a także funkcjonariusze służby skarbowej, indywidualnie wyznaczeni i należycie upoważnieni, otrzymują bezpośredni dostęp do akt zawierających m.in. informacje dotyczące przelewów w zakresie odpłatnych lub nieodpłatnych czynności dotyczących podmiotów gospodarczych. Dodatkowo art. L135ZD uzupełnia, iż agenci GDGP przekazują agentom służb prefekturalnych informacje niezbędne do oceny wniosków w ramach Funduszu Kompensacyjnego Podatku od Wartości Dodanej⁵⁴.

Kolejny artykuł – L135ZE – istotnie zmieniony w trakcie pandemii ustawą z 24 grudnia 2020 r.⁵⁵, stanowi, iż księgowi instytucji publicznych i grup interesu publicznego, Akademii Francuskiej, Akademii Inskrypcji i Literatury Pięknej, Akademii Nauk, Akademii Sztuk Pięknych i Akademii Nauk Moralnych i Politycznych, odpowiedzialni za dochodzenie należności, mogą uzyskać od DGFP informacje niezbędne do wykonywania ich zadań⁵⁶. Ponadto, zgodnie z art. L135ZF, administracja podatkowa przekazuje ministerstwu właściwemu do spraw transportu informacje dotyczące przedsiębiorstw transportu publicznego osób lub towarów zarejestrowanych w rejestrze prowadzonym przez właściwe organy administracyjne państwa.

Interesującą dyspozycję zawiera również art. L135ZG. Wprowadził on zasadę, w myśl której w celu realizacji swoich zadań agenci Urzędu ds. Przejrzystości Życia

⁵³ Fr. code rural et de la pêche maritime.

⁵⁴ Fr. Fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée.

⁵⁵ Fr. loi n° 2020-1674 du 24 décembre 2020 de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 et portant diverses dispositions relatives à la recherche et à l'enseignement supérieur, Dz.U. JORF n° 0312 du 26 décembre 2020.

⁵⁶ Jak w szczególności dotyczące stanu cywilnego dłużników i miejsca ich zamieszkania, nazwy i adresu ich pracodawcy oraz instytucji lub organizacji, w których na nazwisko dłużnika otwarto rachunek depozytowy.

Publicznego⁵⁷, wyznaczeni indywidualnie przez jej prezesa i należycie upoważnieni, mają prawo dostępu do akt zawierających informacje podatkowe, a także do zautomatyzowanego przetwarzania danych osobowych zwanych Narodową Bazą Danych Dziedzictwa Kulturowego.

Inny rodzaj wyłączenia zawarto w art. L135ZH, gdzie odwołano się do francuskiego kodeksu budowlanego, w związku z którym administracja podatkowa corocznie przekazuje służbom ministra właściwego do spraw mieszkalnictwa informacje niezbędne do ustalenia i kontroli kwalifikowalności osób ubiegających się o dostęp do mieszkań socjalnych. Co istotne, szczegóły zakresu tej regulacji określa dekret francuskiego Najwyższego Sądu Administracyjnego (fr. *Conseil d'Etat*)⁵⁸ wydany po zasięgnięciu opinii Narodowej Komisji ds. Informatyki i Swobód Obywatelskich⁵⁹. Interująca jest również derogacja zawarta w art. L135ZJ, która odnosi się do faktu, iż w ramach wykonywania swoich obowiązków specjaliści oddelegowani przez administrację podatkową mają prawo bezpośredniego dostępu do informacji zawartych w aktach w zakresie danych dotyczących przelewów odpłatnych lub nieodpłatnych oraz do czynności dotyczących podmiotów gospodarczych. Do ww. informacji, zgodnie z art. L135ZK, prawo dostępu mają również właściwie upoważnieni kontrolerzy inspekcji pracy lub podmiotów wymienionych w kodeksie zabezpieczenia społecznego, w zakresie przestępstw w kodeksie pracy wskazanych. Podobne uprawnienie na mocy art. L135ZL przysługuje również indywidualnie wyznaczonym agentom celnym (fr. *agents des douanes*). Szczegółowe uprawnienia administracji celnej doprecyzowuje art. L135ZM, w szczególności w zakresie wymiany dokumentów i informacji z dyrektorem generalnym lub osobą odpowiedzialną za restrukturyzację przedsiębiorstw znajdujących się w trudnej sytuacji czy z międzyresortowym delegatem do spraw restrukturyzacji przedsiębiorstw⁶⁰.

Ostatnie trzy artykuły tej części kodeksu regulują w szczególności kwestie prawidłowej identyfikacji swoich dłużników i otrzymywania przez organy samorządowe, podległe im instytucje publiczne oraz publiczne instytucje socjalne i medyczne (art. L135 ZN) drogą elektroniczną informacji o kwotach ich należności. Dodatkowo wskazano, iż tzw. kasa ds. depozytów⁶¹ jest organem, który może otrzymywać od administracji podatkowej, z własnej inicjatywy lub na żądanie, wszelkie dokumenty lub informacje niezbędne do przeprowadzenia kontroli przed zapłatą należnych kwot, a także do odzyskiwania i dochodzenia nienależnie wypłaconych kwot (art. L135ZO). Na zakończenie wskazano, iż zgodnie z art. L135ZP agenci

⁵⁷ Fr. Haute Autorité pour la transparence de la vie publique.

⁵⁸ Szerzej na temat tego organu M. Mariański, *Institutional changes...*, s. 107 i n.

⁵⁹ Fr. Commission nationale de l'informatique et des libertés.

⁶⁰ Fr. délégué interministériel aux restructurations d'entreprises.

⁶¹ Fr. Caisse des dépôts et consignations.

służb prefekturalnych odpowiedzialni za wydawanie praw jazdy i dokumentów rejestracyjnych pojazdów mogą otrzymywać od agentów administracji skarbowej, z własnej inicjatywy lub na wniosek, wszelkie dokumenty lub informacje niezbędne do realizacji ich zadań.

Podsumowanie

Analiza przeprowadzona w ramach niniejszego opracowania potwierdziła bardzo rozbudowany i wielokrotnie nowelizowany charakter wyłączeń z zakresu tajemnicy skarbowej we Francji. Podobnie jak w prawie polskim, regulacje będące przedmiotem niniejszego opracowania są często aktualizowane przez ustawodawcę, co we Francji następowało wraz z rozwojem technologicznym oraz okresem pandemii. Podobnie w prawie polskim, gdzie od początkowej liczby 13 organów i osób, którym wolno było udostępniać akta zawierające informacje pochodzące od banków i innych instytucji finansowych, liczba ta wynosi obecnie niemal trzydzieści. Powyższe bez wątpienia dowodzi, iż postęp technologiczny wymaga od ustawodawcy dostosowywania regulacji do sposobu gromadzenia indywidualnych danych podatników przez organy podatkowe.

Do istotnych różnic, jakie zaobserwowano już po analizie zaledwie jednej czwartej francuskich wyłączeń, zaliczyć należy o wiele większy niż w prawie polskim poziom uszczegółowienia regulacji, który jednak, pomimo podziału wyłączeń na 8 wskazanych w opracowaniu grup, wydaje się być niewystarczający w stosunku do przyjętej metody regulacji. Powyższe widoczne jest zwłaszcza w będącej przedmiotem analizy grupie drugiej obejmującej niektóre organy administracji, władze administracyjne, gminy, służby i organy publiczne, uregulowane w artykułach od L115 do L135 LPF.

Po pierwsze, w ramach opisanej drugiej grupy wyłączeń brakuje dalszego pogrupowania bądź też uporządkowania regulacji chociażby na podstawie ustawy szczególnej, do której dane wyłączenie się odnosi, czy też w odniesieniu do organu, któremu dane wyłączenie przyznano. W konsekwencji, w ramach bardzo obszernej grupy wyłączeń, które są dodatkowo dość szczegółowo uregulowane, numeracja poszczególnych artykułów odpowiada w większości kolejności ich dodawania przez ustawodawcę. Efektem powyższego jest zmniejszenie czytelności tej regulacji, gdyż brak jest pogrupowania w zakresie odwoływania się do innych kodeksów, jak np. kodeks ochrony środowiska czy kodeks monetarny i finansowy. Trudną do zrozumienia jest sytuacja, w której przywoływany jest dany kodeks w sposób nieuporządkowany, tzn. w nie następujących po sobie artykułach lub w ramach różnych sekcji.

Po drugie, zaobserwować można, iż nazewnictwo poszczególnych artykułów, zwłaszcza w grupie od L135 do L135 ZP, przypomina polskie przepis tzw. ustawy

covidowej⁶², co, niestety, powoduje ograniczoną transparentność tych regulacji. Wytlumaczeniem takiego stanu rzeczy może być tworzenie przepisów, które w momencie wyodrębniania rozdziału dotyczącego tajemnicy skarbowej nie były przewidywane oraz których konieczność wprowadzenia ujawniła się wraz z postępem technologicznym. Niemniej jednak stan taki uznać należałoby za przejściowy, tzn. obowiązujący do czasu uporządkowania ww. regulacji w sposób oparty na jednolitych kryteriach porządkujących.

Dość ciekawym partykularyzmem francuskich regulacji jest jednak dość częste odwoływanie się do dekrétów francuskiego Najwyższego Sądu Administracyjnego (*Conseil d'Etat*), które niejednokrotnie uszczegóławiają i korygują niejasne bądź zbyt ogólne przepisy rangi ustawowej. Powyższe stanowi niewątpliwie element, który odróżnia systemowo prawo francuskie od regulacji prawa polskiego. W najnowszej doktrynie francuskiej podkreśla się bowiem, iż tajemnica skarbowa, na skutek zmian zachodzących w społeczeństwie, staje się instytucją coraz bardziej relatywną, a odpowiedni sposób regulacji derogacji w tym zakresie winien skutkować kompromisem między nadmierną przejrzystością a jej niewystarczającym poziomem⁶³.

Reasumując, wskazać należy, iż aby w pełni móc ocenić regulację tajemnicy skarbowej, w ramach odrębnego opracowania zostanie dokonana szczegółowa analiza pozostałych derogacji od obowiązku zachowania tajemnicy skarbowej we francuskim prawie podatkowym. Niemniej jednak już analiza przeprowadzona w ramach niniejszego opracowania uprawnia do kontynuowania badań w tym zakresie oraz może stanowić przyczynek do rozpoczętej już dyskusji nad zmianami legislacyjnymi w omawianym zakresie również w Polsce⁶⁴.

Literatura

Bartes R., Mariański M., *Legal protection of surface waters in France*, [w:] *Legal Protection of European Inland Waters. Solutions for Sustainable Management*, red. J. Dobkowski, E. Zębek, J. Zięty, New York 2025.

⁶² Ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, Dz.U. z 2024 r. poz. 340, 1089, 1222, 1473, 1717.

⁶³ J. Pilotin, *Le secret en matière fiscal*, Paris 2022, s. 22 i n.; S. Ferrari, *Les mythes de la publicité et du secret à l'épreuve de la transparence en droit fiscal*, „Gestion & Finances Publiques” 2021, nr 1(1), s. 91.

⁶⁴ J. Gliniecka, *Wyjątek od zasady tajemnicy skarbowej czy zaprzeczenie jej istoty?*, „Prawo i Podatki” 2007, nr 3, s. 16 i n.; A. Biegalski, M. Kuciewicz, *Prawo do prywatności a system wymiany informacji w sprawach podatkowych (cz. I-II)*, „Prawo i Podatki” 2008, nr 8-9, s. 17; M. Szubiakowski, *Problemy prawnej regulacji tajemnicy skarbowej*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2014, nr 4, s. 12 i n.; I. Nowak, *Ujawnienie tajemnicy skarbowej na podstawie artykułu 299b Ordynacji podatkowej*, „Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu” 2021, nr 1, s. 65.

- Biegalski A., Kucewicz M., *Prawo do prywatności a system wymiany informacji w sprawach podatkowych (cz. I-II)*, „Prawo i Podatki” 2008, nr 8-9.
- Budner-Iwanicka L., Mariański M., *Organizacja Izby obrachunkowych we Francji i w Polsce. Wybrane aspekty prawoporównawcze*, „Finanse Komunalne” 2024, nr 3.
- Ferrari S., *Les mythes de la publicité et du secret à l'épreuve de la transparence en droit fiscal*, „Gestion & Finances Publiques” 2021, nr 1(1), <https://doi.org/10.3166/gfp.2021.1.014>.
- Gliniecka J., *Wyjątek od zasady tajemnicy skarbowej czy zaprzeczenie jej istoty?*, „Prawo i Podatki” 2007, nr 3.
- Gutmann, D., *Regard sur la jurisprudence fiscale du Conseil constitutionnel*, „Pouvoirs” 2014, nr 4(151), <https://doi.org/10.3917/pouv.151.0129>.
- Jagodzińska-Mastej A., *Francuski a polskie projekty nowelizacji regulacji zobowiązań umownych – porównanie rozwiązań*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2010, nr 3.
- Klimaszewska A., Mariański M., Warylewska K., Ziety J., *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (société à responsabilité limitée) we francuskim kodeksie handlowym*, Olsztyn 2017.
- Lignereux, B., *La jurisprudence fiscale est-elle innovante?*, „Revue française de finances publiques” 2021, nr 4(156).
- Mariański M., *Challenges and problems of local government finances in the light of the French Cour des Comptes reports as a guide for the Polish legislature*, [w:] *The challenges of local government financing in the light of European Union regional policy*, red. P. Mrkyva, J. Gliniecka, E. Tomaskova, E. Juchniewicz, T. Sowiński, M. Radvan, Brno 2018.
- Mariański M., *Uprawnienia i kompetencje francuskiego pomocniczego organu nadzoru nad rynkiem finansowym Autorité de contrôle prudentiel et de résolution*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2023, nr 4.
- Mariański M., *Institutional changes in the French financial judiciary (Zmiany instytucjonalne we francuskim sądownictwie finansowym)*, „Studia Iuridica” 2024, vol. 103, s. 108, <https://doi.org/10.31338/2544-3135.si.2024-103.6>.
- Nowak I., *Ujarwienie tajemnicy skarbowej na podstawie artykułu 299b Ordynacji podatkowej*, „Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu” 2021, nr 1, s. 65 i n., DOI 10.12775/PBPS.2021.004.
- Orłowski J., Nieczepa O., *Tajemnica skarbowa a ochrona dóbr osobistych*, „Studia Prawnoustrojowe” 2020, nr 47.
- Pikuła Ł.J., *Metody wykładni prawa stosowane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2016, nr 3(36).
- Pilotin J., *Le secret en matière fiscal*, Paris 2022.
- Popławski M., Pahl B., Mariański M., *Wpływ francuskiego Trybunału Konstytucyjnego (Conseil constitutionnel) na krajowy system podatkowy. Analiza na przykładzie podatku od bardzo wysokich dochodów (taxe sur les très hauts revenus)*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2023, nr 5, <https://doi.org/10.15804/ppk.2023.05.23>.
- Szubiakowski M., *Problemy prawnej regulacji tajemnicy skarbowej*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2014, nr 4.
- Szymczak I., *Metoda nauki o porównywaniu systemów prawnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014, nr 3, <https://doi.org/10.14746/rpeis.2014.76.3.3>.

Andrzej Michór

Uniwersytet Opolski

ORCID 0000-002-4236-0667

amichor@uni.opole.pl

Publicznoprawna reglamentacja obrotu złotem dewizowym i złotem inwestycyjnym

Słowa kluczowe: złoto inwestycyjne, złoto dewizowe, prawo dewizowe

Streszczenie. Celem opracowania jest omówienie problematyki publicznoprawnej reglamentacji obrotu złotem dewizowym i inwestycyjnym. W opracowaniu omówiono wybrane przepisy Prawa probierczego, Prawa dewizowego, ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu. Sformułowano tezę, że reglamentacja obrotu złotem dewizowym oraz inwestycyjnym powinna zapewniać bezpieczeństwo obrotu z zachowaniem ochrony celów fiskalnych Państwa. Konieczne jest jednak takie ukształtowanie instrumentów ewidencyjnych i kontrolnych, aby nie naruszać zaufania administrowanych do organów państwa i ograniczyć szarą strefę. Pozytywnie oceniono przepisy Prawa dewizowego. Zaproponowano rozważenie zmian legislacyjnych ograniczających obowiązki ewidencyjne w zakresie obrotu złotem inwestycyjnym. Kompleksowo omówiono pojęcie złota dewizowego oraz inwestycyjnego, zwracając uwagę na różnice między definicjami.

Public law rationing of the circulation of foreign exchange gold and investment gold

Keywords: investment gold, foreign exchange gold, foreign exchange law

Summary. The purpose of the study is to discuss the issue of public-legal rationing of trade in foreign exchange and investment gold. The study discusses selected provisions of the Probate Law, the Foreign Exchange Law, the Law on Goods and Services Tax and the Law on Counteracting Money Laundering and Terrorist Financing. The thesis is formulated that the rationing of trade in foreign exchange and investment gold should ensure the security of trade, while protecting the fiscal objectives of the State. However, it is necessary to shape the record-keeping and control instruments in such a way as not to violate the confidence of the administered in the state authorities and limit the grey market. The provisions of the Foreign Exchange Law were assessed positively. It has been proposed to consider legislative changes limiting record-keeping obligations in the trading of investment gold. The concept of foreign exchange gold and investment gold was comprehensively discussed, noting the differences between the definitions.

Wstęp

Kryzys na rynkach światowych, epidemia COVID-19 i toczące się konflikty zbrojne, w połączeniu z procesami inflacyjnymi, które dotknęły świat, spowodowały renesans zainteresowania złotem jako „bezpieczną przystanią” dla inwestorów oraz instrumentem realnej wyceny aktywów. Co istotne, zainteresowanie to widoczne jest tak po stronie banków centralnych, które od kilku lat intensywnie zwiększają swoje inwestycje w ten kruszec, jak i po stronie inwestorów indywidualnych¹.

Celem opracowania jest przybliżenie problematyki publicznoprawnej reglamentacji obrotu złotem dewizowym i inwestycyjnym, wskazanie kluczowych problemów związanych z tym obrotem, jak też dokonanie próby oceny obowiązujących rozwiązań prawnych, w tym ich krytycznej analizy.

W piśmiennictwie wskazuje się, że zwrot „reglamentacja dewizowa” używany jest w doktrynie prawa dewizowego, natomiast ustawodawstwo dewizowe posługuje się innymi pojęciami, takimi jak ograniczenia, obowiązki, zasady postępowania. Przez reglamentację w prawie dewizowym należy rozumieć ogół ograniczeń stosowanych przez ustawodawcę dewizowego, a przejawia się ona tym, że jej stosowanie polega na wykorzystaniu różnych środków i instrumentów występujących często w złożonych konfiguracjach².

Rozważając problematykę reglamentacji obrotu złotem dewizowym i inwestycyjnym, należy w pierwszym rzędzie odwołać się do przepisów Prawa probierczego³. Jego przepisy mają na celu zapewnienie pewności obrotu metalami szlachetnymi, wprowadzając pojęcie metalu szlachetnego. Stanowią pierwszy element regulacji rynku tych metali.

Drugim aktem prawnym normującym obrót złotem jest Prawo dewizowe⁴. W aktualnym stanie prawnym poziom reglamentacji obrotu złotem dewizowym jest niski. Ma on na celu przede wszystkim zabezpieczenie pewności obrotu na rynku.

Trzecim aktem prawnym normującym obrót złotem jest ustawa o podatku od towarów i usług⁵, która reguluje problematykę złota inwestycyjnego. W odniesieniu do złota inwestycyjnego reglamentacja wyraża się w obowiązku ewidencjonowania

¹ Szerzej zob. m.in. T. Witkiewicz, *Inwestowanie w złoto i srebro*, Szczecin 2015, s. 61-74; A. Lejman-Gaska, *Złoto jako środek tezauryzacji na tle innych kierunków lokowania wolnych środków finansowych w postaci materialnej przez polskie gospodarstwa domowe w dobie pandemii COVID-19*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Humanitas. Zarządzanie” 2021, nr 4, s. 69-85.

² Zob. Z. Ofiarski, *Prawo dewizowe. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 91-92.

³ Ustawa z dnia 1 kwietnia 2011 r. – Prawo probiercze, t.j. z 2023 r. poz. 536 z późn. zm., dalej: Pr.prob.

⁴ Ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. – Prawo dewizowe, t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 309 z późn. zm., dalej: Pr.d.

⁵ Ustawa z dnia 11 marca 2004 r., t.j. Dz.U. z 2024 r., poz. 361 z późn. zm., dalej: u.p.t.u.

transakcji nałożonego na podatników dokonujących dostaw takiego złota. Wynika to ze specyficznego unormowania transakcji w zakresie podatku od towarów i usług. Obowiązek ewidencjonowania jest zasadny w kontekście możliwych nadużyć związanych ze zmianą statusu złota z inwestycyjnego na nieposiadające takiego przymiotu, a w konsekwencji uszczupień należnych podatków. Budzi jednak istotne wątpliwości u inwestorów indywidualnych, którzy obawiają się pozostawiania w ewidencji nie tyle z uwagi na nielegalne pochodzenia ich środków przeznaczonych na nabycie złota, lecz ze względu na bezpieczeństwo ich inwestycji. Bolesne doświadczenia historyczne związane z reglamentacją obrotu i posiadania złota, zwłaszcza w kontekście niepewnej sytuacji międzynarodowej oraz procesów „psucia pieniądza”, powodują zasadne obawy, że państwo w jakiś sposób może wywłaszczyć właścicieli złota czy nałożyć na nich rozmaite obciążenia publicznoprawne, takie jak choćby przymusowa sprzedaż złota po urzędowo ustalonym nierynkowym kursie⁶. Efektem tych obaw może być unikanie przez pewną grupę inwestorów sprzedawców prowadzących ewidencję, co przełoży się na mniejsze wpływy podatkowe oraz ograniczenie bezpieczeństwa obrotu.

W końcu do obrotu złotem odnoszą się przepisy ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu⁷ wprowadzające m.in. szczególne regulacje dotyczące dokonywania zgłoszeń transakcji, w tym w ramach działalności kantorowej.

W konsekwencji należy sformułować tezę, że reglamentacja obrotu złotem dewizowym oraz inwestycyjnym powinna zapewniać bezpieczeństwo obrotu, z zachowaniem ochrony celów fiskalnych Państwa. Konieczne jest jednak takie ukształtowanie instrumentów ewidencyjnych i kontrolnych, aby nie naruszać zaufania administrowanych do organów państwa i ograniczyć szarą strefę.

Praca stanowi omówienie wybranych problemów związanych z jej przedmiotem, stąd pewne aspekty są jedynie zasygnalizowane, co dotyczy zwłaszcza kwestii, które już były przedmiotem dogłębnej analizy w piśmiennictwie.

W opracowaniu zastosowano metodę dogmatycznoprawną.

1. Regulacje Prawa probierczego

Prawo probiercze określa zasady i warunki wprowadzania do obrotu wyrobów z metali szlachetnych oraz obrotu nimi na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej; zasady i tryb przeprowadzania badań i oznaczania wyrobów z metali szlachetnych

⁶ Na temat ewolucji ograniczeń w obrocie złotem dewizowym zob. m.in. Z. Bidziński, K. Sosnowski, *Ustawodawstwo dewizowe*, Warszawa 1974, s. 21-30; T. Borkowski, S. Jerzak, *Polskie prawo dewizowe*, Warszawa 2003, s. 28-50.

⁷ Ustawa z dnia 1 marca 2018 r., t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1124 z późn. zm., dalej: u.p.p.p.f.t.

oraz wyrobów zawierających metale szlachetne; obowiązujące próby dla wyrobów z metali szlachetnych; organizację administracji probierczej; zasady nadzoru nad wykonywaniem przepisów ustawy.

Metalami szlachetnymi w rozumieniu ustawy są platyna, pallad, złoto i srebro, jak też metale z grupy platynowców: iryd, osm, rod i ruten – w stanie czystym albo w stopach z innymi metalami. Wyrób z metalu szlachetnego to wyrób, w którym zawartość metalu szlachetnego nie jest niższa niż zawartość odpowiadająca najniższej próbie obowiązującej dla danego metalu szlachetnego. Natomiast wyrób dawnego pochodzenia to wyrób z metalu szlachetnego: wpisany do rejestru za- bytków lub do inwentarza muzealiów lub oznaczony dającymi się zidentyfikować cechami probierczymi stosowanymi przed rokiem 1962, lub wytworzony przed rokiem 1962, oznaczony cechami niedającymi się zidentyfikować lub nieposiadający żadnych oznaczeń, którego wartość historyczna lub artystyczna jest tak znaczna, że wartość metalu szlachetnego użytego do wytworzenia tego wyrobu przy ustalaniu jego wartości rynkowej stanowi czynnik drugorzędny⁸.

W myśl przepisów Prawa probierczego wprowadzenie do obrotu to udostępnienie, nieodpłatnie albo za opłatą, po raz pierwszy wyrobu z metalu szlachetnego w celu jego używania lub sprzedaży. Natomiast obrót to każdorazowe udostępnienie wprowadzonego do obrotu wyrobu z metalu szlachetnego w celu jego używania lub sprzedaży⁹. Ustawodawca uzależnił przy tym dopuszczalność wprowadzania do obrotu wyrobów z metali szlachetnych i bycia przedmiotem obrotu na terytorium Polski od spełnienia co najmniej jednego z następujących warunków: są one oznaczone polskimi cechami probierczymi; cechami probierczymi, których obowiązek uznawania wynika z wiążących Polskę umów międzynarodowych; cechami probierczymi, na podstawie których dopuszczono wyroby z metali szlachetnych do obrotu w państwach członkowskich Unii Europejskiej, w państwach członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stronach umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym lub w Republice Turcji; posiadają świadectwo badania. Wprowadzono przy tym szereg wyjątków od powyższej zasady. Należą do nich m.in. wyroby dawnego pochodzenia; narzędzia i aparaty lub ich części służące do celów naukowych i przemysłowych; monety, które są albo były znakami pieniężnymi stanowiącymi prawny środek płatniczy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej albo w innych państwach, oraz monety przeznaczone na cele kolekcjonerskie oraz inne, których sprzedaż prowadzi Narodowy Bank Polski, chociażby stanowiły części składowe wyrobów z metali szlachetnych; surowce, półfabrykaty oraz złom¹⁰.

⁸ Zob. art. 2 Pr.prob.; art. 3 pkt 1-2 Pr.prob.

⁹ Zob. art. 3 pkt 4-5 Pr.prob.

¹⁰ Zob. art. 4 oraz art. 6 Pr.prob.

Ustawodawca ustalił następujące obowiązujące próby dla złota: a) 0,999, b) 0,960, c) 0,750, d) 0,585, e) 0,500, f) 0,375, g) 0,333. W konsekwencji wyrób ze złota o próbie niższej niż 0,333 nie będzie uważany za wyrób z metalu szlachetnego¹¹. Definicja ta znajdzie zastosowanie dla zdefiniowania pojęcia złota dewizowego¹². Złotem dewizowym będzie zatem jedynie złoto uważane za wyrób z metalu szlachetnego w rozumieniu Prawa probierczego. Natomiast przepisy ustawy o podatku od towarów i usług na potrzeby tej ustawy definiują złoto inwestycyjne, która to definicja nie pokrywa się z pojęciem wyrobu z metalu szlachetnego w rozumieniu Prawa probierczego.

Naruszenie przepisów Prawa probierczego stanowi wykroczenie. Zgodnie z art. 45 Pr.prob. kto wbrew przepisom art. 4 Pr.prob. wprowadza do obrotu wyroby z metali szlachetnych lub dokonuje obrotu nimi, podlega karze grzywny. Wedle art. 46 Pr.prob. kto uniemożliwia lub utrudnia organom administracji probierczej wykonywanie zadań w zakresie sprawowania nadzoru przez uniemożliwianie lub utrudnianie wstępu na teren nieruchomości lub do pomieszczeń, odmowę udostępnienia dokumentów lub innych dowodów, o których mowa w art. 41 Pr.prob., uniemożliwianie gromadzenia i zabezpieczania dowodów naruszenia przepisów ustawy – podlega karze grzywny. Stosownie do art. 47 Pr.prob. kto nie dopełnia obowiązków określonych w art. 6 ust. 2 i 3, art. 8, art. 18 ust. 2 lub art. 19 ust. 1 i 5 Pr.prob., podlega karze grzywny.

2. Regulacje Prawa dewizowego

Ustawodawca zdefiniował złoto dewizowe w art. 2 ust. 1 pkt 13 Pr.d. Zgodnie z tym przepisem złotem dewizowym jest złoto w stanie nieprzerobionym¹³ oraz w postaci sztab, monet bitych po 1850 r., a także półfabrykatów, z wyjątkiem stosowanych w technice dentystycznej; złotem dewizowym są również przedmioty ze złota zazwyczaj niewytwarzane z tych kruszców¹⁴. Do złota dewizowego nie można w szczególności zaliczyć złomu złota, jak też wyrobów jubilerskich z tego metalu¹⁵. Wykładni pojęcia złota dewizowego należy przy tym dokonywać z uwzględnieniem

¹¹ Zob. art. 3 pkt 1 Pr.prob. w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 3 Pr.prob.

¹² Por. W. Wójtowicz, [w:] W. Wójtowicz, A. Gorgol, *Prawo dewizowe z komentarzem*, Lublin 2011, s. 33; T. Grzegorzczak, *Ustawa Prawo dewizowe. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 29; T. Borkowski, S. Jerzak, *op. cit.*, s. 160.

¹³ Stan nieprzerobiony to surowiec taki jak piasek, grudki, samorodki. Zob. T. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 29.

¹⁴ W piśmiennictwie wskazuje się, że wyrobami takimi są np. talerze, popielniczki, sztucce, złote ramy, żyrandole. Zob. W. Wójtowicz, *op. cit.*, s. 34; Z. Ofiarski, *Prawo...*, s. 51; F. Prusak, *Prawo dewizowe. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 62.

¹⁵ Zob. wyrok SA w Poznaniu z 5.10.2006 r., I ACa 440/06 LEX nr 298573 oraz powołane piśmiennictwo.

definicji metalu szlachetnego sformułowanej w Prawie probierczym¹⁶. W konsekwencji nie każdy wyrób ze złota taki jak moneta czy sztaba stanowić będzie złoto dewizowe, lecz tylko wyrób z metalu szlachetnego.

Zbigniew Ofiarski wskazuje, że różnica między monetą i sztabą pod względem weryfikacji ich autentyczności polega na tym, że złota moneta nie jest zapakowana, natomiast sztaby są zamieszczane w zintegrowanych pudełkach z certyfikatem¹⁷. Istotnie, zazwyczaj monety i sztaby występują w obrocie w tej formie. Nie jest to jednak wymóg normatywny. Co więcej, w obrocie często spotykane są złote monety z gradingiem, zapakowane w specjalistyczne plastikowe pudełka gradingowe, zwane potocznie trumienką¹⁸, trwale zamknięte, ze wskazaniem stopnia zachowania oraz potwierdzeniem autentyczności. Dotyczy to zazwyczaj cenniejszych egzemplarzy, ale nie jest niczym wyjątkowym również dla monet o przeciętnej wartości, to jest około 1000–2000 zł. Jednocześnie status złota dewizowego posiadać będzie sztabka złota bez certyfikatu, choć oczywiście zweryfikowanie jej autentyczności oraz cech probierczych będzie utrudnione. Pewne problemy pod względem definicyjnym mogą pojawiać się w stosunku do obecnych na rynku emisji monet prywatnych – zazwyczaj fantazyjnych, niezwiązanych z publicznym emitentem i niestanowiących prawnego środka płatniczego ani w przeszłości, ani obecnie. Dla zdefiniowania złotej monety pomocna może być regulacja art. 6 Pr.prob., która odróżnia monety, które są albo były znakami pieniężnymi stanowiącymi prawny środek płatniczy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej albo w innych państwach, oraz monety przeznaczone na cele kolekcjonerskie oraz inne, których sprzedaż prowadzi Narodowy Bank Polski (dalej: NBP). Prywatna emisja posiada zatem status monety przeznaczonej na cele kolekcjonerskie. Analogicznie rzecz się ma z fałszywymi złotymi monetami – jeżeli spełniają wymogi Prawa probierczego. Przykładem takich monet są słynne „belgijki” – fałszywe 20-dolarówki, odlewane w szczególności w Belgii ze złota o właściwej wadze i próbie po zakazie gromadzenia złota wprowadzonym w USA w 1933 r.¹⁹

Należy zauważyć, że monety przybierają, co prawda, zazwyczaj formę krążków, ale w obrocie kolekcjonerskim występują monety w rozmaitych postaciach m.in. figurek (np. Niue: Kot w butach kolorowany o nominale 2 dolarów Niue), sztabek (np. sztabkomoneta Niue: Silver Note Coinbar) czy piramidy (np. Isle of Man: Tutankhamun – Death Mask). Forma ta ma jednak znaczenie wtórne dla zakwalifi-

¹⁶ Por. W. Wójtowicz, *op. cit.*, s. 33; T. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 30; T. Borkowski, S. Jerzak, *op. cit.*, s. 160.

¹⁷ Z. Ofiarski, *Kontrola obrotu złotem inwestycyjnym oraz złotem dewizowym w Rzeczypospolitej Polskiej – uwarunkowania i zasadnicze dylematy*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2023, vol. 28, nr 2, s. 203.

¹⁸ Na temat pudełek gradingowych i gradingu zob. m.in. T. Witkiewicz, K. Wąsala, *Numizmatyka bez tajemnic*, Szczecin 2009, s. 122; T. Witkiewicz, *op. cit.*, s. 216.

¹⁹ Na temat „belgijek” zob. T. Witkiewicz, *op. cit.*, s. 215.

kowania przedmiotu ze złota jako złota dewizowego. Jeżeli bowiem posiada stempel urzędowy NBP lub właściwego organu innego kraju, przedmiot taki zakwalifikowany będzie jako moneta. Jeżeli natomiast będzie to stempel prywatnego emitenta, to właściwe będzie uznanie go za monetę kolekcjonerską, a w razie wątpliwości – za przedmiot ze złota zazwyczaj niewytwarzany z tego kruszcu.

Wartościami dewizowymi w rozumieniu Prawa dewizowego są zagraniczne środki płatnicze oraz złoto dewizowe i platyna dewizowa²⁰. Natomiast obrotem dewizowym jest obrót dewizowy z zagranicą oraz obrót wartościami dewizowymi w kraju²¹. Należy podkreślić, że ustawodawca wprowadził ogólną zasadę, zgodnie z którą dokonywanie obrotu dewizowego jest dozwolone. Ograniczenia tej zasady określono w art. 9 Pr.d., w zakresie których nie udzielono zezwoleń dewizowych, o których mowa w art. 5 Pr.d. Nadto ograniczenia mogą wynikać z art. 10 Pr.d.²² Jednocześnie zastrzeżono, że ograniczeń takich nie stosuje się do obrotu dewizowego, o ile jedną z jego stron jest Skarb Państwa, w zakresie, w jakim jest reprezentowany przez ministra właściwego do spraw budżetu, finansów publicznych i instytucji finansowych lub ministra właściwego do spraw aktywów państwowych; Narodowy Bank Polski; organ władzy publicznej podejmujący czynności w postępowaniu karnym, cywilnym lub administracyjnym, w tym zabezpieczającym lub egzekucyjnym. Ograniczeń określonych w art. 9 Pr.d. nie stosuje się nadto do obrotu dewizowego dokonywanego z udziałem banków, instytucji płatniczych, instytucji pieniądza elektronicznego, biur usług płatniczych lub innych podmiotów mających siedzibę w kraju, w zakresie działalności podlegającej nadzorom: bankowemu, ubezpieczeniowemu, emerytalnemu, nad instytucjami płatniczymi, instytucjami pieniądza elektronicznego, biurami usług płatniczych lub nad rynkiem kapitałowym, prowadzonej przez te podmioty na rachunek własny lub rachunek osób trzecich uprawnionych na podstawie ustawy lub zezwolenia dewizowego do dokonania obrotu dewizowego podlegającego tym ograniczeniom²³. Dodatkowo zastrzeżono, że swoboda obrotu dewizowego z zagranicą wynikająca z ustawy nie narusza ograniczeń w jego dokonywaniu wynikających z innych ustaw²⁴.

Dokonywanie obrotu dewizowego odbywa się z uwzględnieniem obowiązków określonych w ustawie, o ile z przepisów wydanych na jej podstawie, zezwolenia dewizowego lub przepisów dotyczących organów lub podmiotów wymienionych

²⁰ Zob. art. 2 ust. 1 pkt 8 Pr.d.

²¹ Zob. art. 2 ust. 1 pkt 16 Pr.d. Pojęcia obrotu dewizowego z zagranicą oraz obrotu wartościami dewizowymi w kraju zdefiniowano w art. 2 ust. 1 pkt 17-18 Pr.d.

²² Art. 3 ust. 1 Pr.d.

²³ Art. 9 ust. 2-3 Pr.d.

²⁴ Art. 9 ust. 4 Pr.d.

w art. 3 ust. 2 i 3 Pr.d. nie wynikają odrębne obowiązki²⁵. Spośród ograniczeń określonych w art. 9 Pr.d. w odniesieniu do złota dewizowego zastosowanie może znaleźć unormowanie art. 9 pkt 7 lit. e Pr.d. Zgodnie z tym przepisem ograniczeniom podlega nabywanie przez rezydentów, zarówno bezpośrednio, jak i za pośrednictwem innych podmiotów wartości dewizowych zbywanych przez nie-rezydentów z krajów trzecich, w zamian za inne wartości dewizowe lub krajowe środki płatnicze²⁶.

Szersze zastosowanie może natomiast w odniesieniu do złota dewizowego znaleźć regulacja art. 10 Pr.d. W zakresie obrotu dewizowego z zagranicą mogą być wprowadzane szczególne ograniczenia, o ile są one niezbędne w celu: wykonania decyzji organów organizacji międzynarodowych, których członkiem jest Polska; zapewnienia porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego; zapewnienia równowagi bilansu płatniczego, w razie ogólnej jego nierównowagi lub nagłego załamania albo powstałego w tym zakresie zagrożenia; zapewnienia stabilności waluty polskiej, w razie nagłych wahań jej kursu albo powstałego w tym zakresie zagrożenia. Ograniczenia w celach, o których mowa w art. 10 ust. 1 pkt 1 i 2 Pr.d., może wprowadzać Rada Ministrów w drodze rozporządzenia. Natomiast ograniczenia w celach, o których mowa w art. 10 ust. 1 pkt 3 i 4 Pr.d., może wprowadzać Rada Ministrów w drodze rozporządzenia, ale po zasięgnięciu opinii Rady Polityki Pieniężnej. Ograniczenia takie mogą obowiązywać do czasu przezwyciężenia powstałych trudności z bilansem płatniczym lub stabilnością waluty polskiej lub ustania powstałego w tym zakresie zagrożenia, nie dłużej jednak niż przez 6 miesięcy od dnia ich wejścia w życie, z zastrzeżeniem art. 62 Pr.d. Ustawodawca, przyznając Radzie Ministrów kompetencje do zastosowania szczególnych ograniczeń w zakresie obrotu dewizowego z zagranicą, nie precyzuje jednak ani rodzajów, ani istoty takich ograniczeń. W piśmiennictwie wyrażane były także obawy, że przesłanki ich wprowadzenia również są ujęte na tyle ogólnie, że może powstać obawa o ich niewłaściwą interpretację czy nawet niekonstytucyjność²⁷. Tomasz Grzegorzczak zauważa, że o ile brak regulacji w kwestii rodzajów ograniczeń rzeczywiście trudno należy uznać za w pełni poprawny, o tyle samo ujęcie przesłanek szczególnych ograniczeń dewizowych, poza przesłanką potrzeby zapewnienia porządku lub bezpieczeństwa publicznego, nie jest ogólnikowe²⁸. Z uwagami tymi należy się zgodzić. Jednocześnie wypada zauważyć, że taki „wentyl bezpieczeństwa” jest niezbędny w sytuacjach nadzwyczajnych, w tym niestabilnej sytuacji między-

²⁵ Art. 3 ust. 5 Pr.d.

²⁶ Zob. art. 9 pkt 14 Pr.d.

²⁷ Zob. E. Fojcik-Mastalska, *Prawo dewizowe. Komentarz*, Wrocław 2008, s. 59; W. Wójtowicz, *op. cit.*, s. 143.

²⁸ T. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 75.

narodowej. Józef Jan Skoczylas trafnie zauważa, że wprowadzona liberalizacja prawa dewizowego wymaga stworzenia mechanizmów usztywnienia gospodarki dewizowej w sytuacjach szczególnych, tzn. zagrażających stabilności finansowej i politycznej państwa²⁹.

Dla odstąpienia od ograniczeń określonych w art. 9 Pr.d. oraz obowiązków określonych w art. 18 i art. 25 ust. 1 Pr.d. niezbędne jest uzyskanie ogólnego albo indywidualnego zezwolenia dewizowego w zakresie i na warunkach określonych w takim zezwoleniu. Zezwoleń takich udziela się, jeżeli nie zagraża to interesowi publicznemu lub międzynarodowym zobowiązaniom wiążącym Rzeczpospolitą Polską³⁰.

Organem uprawnionym do udzielenia ogólnego zezwolenia dewizowego jest minister właściwy do spraw finansów publicznych. Zezwolenie takie przybiera formę rozporządzenia, które należy zaliczyć do kategorii aktów normatywnych administracji finansowej³¹. Wydając takie rozporządzenie, Minister Finansów nie musi się porozumiewać z Prezesem NBP, jak miało to miejsce na gruncie Prawa dewizowego z 1989 r. W piśmiennictwie zauważa się, że pewne wątpliwości może budzić konstrukcja powyższej delegacji ustawowej. Powinna ona bowiem wskazywać wytyczne dotyczące treści aktu, a takich brak w omawianej regulacji³². Zezwolenie może dotyczyć wszystkich lub rodzajowo określonej kategorii podmiotów oraz wszystkich lub rodzajowo określonych czynności. W wykonaniu upoważnienia ustawowego Minister Finansów dnia 20 kwietnia 2009 r. wydał rozporządzenie w sprawie ogólnych zezwoleń dewizowych³³. W tym miejscu należy zauważyć, że w piśmiennictwie trafnie zauważa się, że ogólne zezwolenie dewizowe nie eliminuje zakazu z art. 9 Pr.d. w odniesieniu do złota dewizowego, a co za tym idzie, rezydent zainteresowany nabyciem złota dewizowego od nierezydenta z kraju trzeciego powinien wystąpić z wnioskiem do Prezesa NBP o wydanie indywidualnego zezwolenia dewizowego³⁴.

Indywidualne zezwolenie dewizowe jest wymagane na odstąpienie od ograniczenia lub obowiązku, o których mowa w art. 5 Pr.d., w zakresie których nie udzielono ogólnego zezwolenia dewizowego albo udzielono takiego zezwolenia, ale na innych warunkach niż te, na których ma nastąpić odstąpienie (art. 8 ust. 1 i 2 Pr.d.). To ostatnie zastrzeżenie ma charakter przepisu wyjaśniającego *a priori* mogące się rodzić wątpliwości. Eugenia Fojcik-Mastalska trafnie wskazuje, że nie można stosować wykładni rozszerzającej także przy interpretowaniu treści

²⁹ J.J. Skoczylas, *Prawo dewizowe. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 78.

³⁰ Zob. art. 5 oraz art. 6 ust. 1 Pr.d.

³¹ Z. Ofiarski, *Prawo...*, s. 95.

³² Zob. R. Kubiak, *Prawo dewizowe*, Warszawa 2009, s. 90-91.

³³ Dz.U. Nr 69, poz. 597.

³⁴ Z. Ofiarski, *Kontrola obrotu...*, s. 208.

zezwoleń ogólnych, zawężając zakres rygorów ustawowych, a wszelkie przepisy tego rodzaju muszą być rozumiane bardzo ściśle. Natomiast skutkiem działania w obrocie dewizowym bez wymaganego zezwolenia jest w sferze cywilnoprawnej bezwzględna nieważność danej czynności³⁵.

Sprawy związane z udzielaniem indywidualnych zezwoleń dewizowych są rozstrzygane przez Prezesa NBP w drodze decyzji administracyjnej. Prezes NBP może upoważnić do załatwiania spraw, o których mowa w ust. 2, wyłącznie dyrektorów departamentów Centrali NBP oraz dyrektorów oddziałów NBP lub jednostek równorzędnych (art. 8 ust. 5 Pr.d.). Postępowanie tak przed Prezesem NBP działającym osobiście, jak i działającymi w imieniu prezesa NBP upoważnionymi dyrektorami departamentów NBP ma przy tym charakter jednoinstancyjny³⁶.

Profesjonalny obrót złotem dewizowym może być wykonywany w formie działalności kantorowej. Stanowi ona regulowaną działalność gospodarczą polegającą na kupnie i sprzedaży wartości dewizowych oraz pośrednictwie w ich kupnie i sprzedaży. Jest ona regulowana i wymaga wpisu do rejestru działalności kantorowej. Przepisów o działalności kantorowej nie stosuje się przy tym do banków, oddziałów banków zagranicznych oraz do instytucji kredytowych i oddziałów instytucji kredytowych. Ustawodawca wprowadza przy tym wymóg niekaralności i fachowego przygotowania do wykonywania czynności. Za fachowe przygotowanie uznaje się ukończenie kursu obejmującego prawne i praktyczne zagadnienia związane z prowadzeniem działalności kantorowej, udokumentowane świadectwem, lub pracę w banku, w okresie co najmniej rocznym, na stanowisku bezpośrednio związanym z obsługą transakcji walutowych, udokumentowaną świadectwem pracy, oraz znajomość przepisów ustawy regulujących działalność kantorową, potwierdzoną złożonym oświadczeniem. W tym miejscu należy zauważyć, że ustawodawca skupia się na kwalifikacjach związanych z obrotem walutami. Tymczasem nieco odmiennych kwalifikacji wymaga obrót złotem dewizowym. Może to powodować problemy związane np. z weryfikacją autentyczności złotych monet, zwłaszcza nieobjętych gradingiem i bez certyfikatów.

Kontrolę udzielonych indywidualnych zezwoleń dewizowych, jak też działalności kantorowej wykonuje Prezes Narodowego Banku Polskiego. Kontroluje on nadto wykonanie obowiązków sprawozdawczych dotyczących danych w zakresie niezbędnym do sporządzania bilansu płatniczego oraz międzynarodowej pozycji inwestycyjnej. W przypadku stwierdzenia w wyniku przeprowadzonej kontroli

³⁵ E. Fojcik-Mastalska, *op. cit.*, s. 58-59; W. Wójtowicz, *op. cit.*, s. 111; A. Gorgol, [w:] W. Wójtowicz, A. Gorgol, *Prawo dewizowe z komentarzem*, Lublin 2011, s. 113.

³⁶ Zob. uzasadnienie wyroku NSA z 23.02.1994 r., sygn. akt III SA 1088/93, „Prawo Gospodarcze” 1995, nr 1, s. 34, Legalis nr 38382; E. Fojcik-Mastalska, *op. cit.*, s. 62; Z. Ofiarski, *Kontrola obrotu...*, s. 207.

nieprawidłowości przekazuje on kontrolowanej jednostce zalecenia pokontrolne. Natomiast w przypadku stwierdzenia w toku kontroli rażącego naruszenia przepisów prawa lub warunków udzielonego zezwolenia dewizowego kontrolerzy występują do Prezesa NBP albo dyrektora jednostki organizacyjnej NBP, który wydał zezwolenie dewizowe, o jego uchylenie. W przypadku stwierdzenia w toku kontroli rażącego naruszenia warunków wykonywania działalności kantorowej kontrolerzy występują do Prezesa NBP o wydanie decyzji o zakazie jej wykonywania.

Kolejnym elementem reglamentacji obrotu złotem dewizowym jest unormowanie art. 18 Pr.d. Nakłada ono na rezydentów oraz nierezydentów przekraczających granicę państwową obowiązek zgłaszania, w formie pisemnej, organom celnym lub organom Straży Granicznej, przywóz do kraju oraz wywóz za granicę złota dewizowego, bez względu na ilość. Potwierdzenie przywozu do kraju oraz wywozu za granicę wartości dewizowych lub krajowych środków płatniczych następuje przez odcisnięcie pieczęci używanej przez organ celny lub organ Straży Granicznej na obydwu egzemplarzach pisemnego zgłoszenia przywozu do kraju oraz wywozu za granicę wartości dewizowych lub krajowych środków płatniczych oraz zamieszczeniu na nich podpisu funkcjonariusza celnego albo funkcjonariusza Straży Granicznej. Zgłoszenie takie zatrzymuje organ celny lub organ Straży Granicznej dokonujący kontroli³⁷. Nadto rezydenci i nierezydenci są obowiązani przedstawiać organom celnym lub organom Straży Granicznej, na ich żądanie, przywożone do kraju lub wywożone za granicę wartości dewizowe. Organy celne oraz organy Straży Granicznej mogą także, w celu sprawdzenia, czy przywóz do kraju wartości dewizowych lub krajowych środków płatniczych oraz ich wywóz za granicę odbywa się zgodnie z przepisami ustawy, podejmować czynności kontrolne na zasadach i w trybie określonych w przepisach o kontroli celno-skarbowej lub kontroli granicznej (art. 20 Pr.d.).

W tym miejscu należy jednocześnie zauważyć, że Minister Finansów w § 3 rozporządzenia z dnia 20 kwietnia 2009 r. w sprawie ogólnych zezwoleń dewizowych³⁸ zezwolił rezydentom i nierezydentom przekraczającym granicę państwową z innymi państwami obszaru Schengen na odstępowanie od obowiązku zgłaszania organom celnym lub organom Straży Granicznej przywozu do kraju oraz wywozu za granicę złota dewizowego. Zbigniew Ofiarski trafnie zauważa, że zezwolenie to jest uzasadnione, ponieważ zniesiono kontrole na granicach wewnętrznych państw tej strefy³⁹.

³⁷ Zob. § 2 i 3 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 29 czerwca 2007 r. w sprawie sposobu dokonywania potwierdzenia przywozu do kraju oraz wywozu za granicę wartości dewizowych lub krajowych środków płatniczych oraz wzoru zgłoszenia przywozu do kraju i wywozu za granicę tych wartości lub środków, t.j. Dz.U. z 2014 r. poz. 1068.

³⁸ Dz.U. Nr 69, poz. 597.

³⁹ Z. Ofiarski, *Kontrola obrotu...*, s. 209.

3. Regulacje ustawy o podatku od towarów i usług

Poza przepisami Prawa dewizowego obrót złotem został unormowany także przepisami ustawy o podatku od towarów i usług. Jej przepisy wprowadzają odrębną od pojęcia złota dewizowego definicję złota inwestycyjnego i oparte są na zasadach określonych w art. 344–356 dyrektywy 2006/112/WE⁴⁰. Celem wprowadzenia odrębnego unormowania jest wprowadzenie szczególnych zasad opodatkowania podatkiem od towarów i usług obrotu złotem inwestycyjnym. Zwolnione od podatku od towarów i usług są bowiem dostawa, wewnątrzwspólnotowe nabycie i import złota inwestycyjnego. Natomiast eksport towarów oraz wewnątrzwspólnotowa dostawa towarów są opodatkowane podatkiem od towarów i usług przy zastosowaniu stawki podatku w wysokości 0%.

Przez złoto inwestycyjne rozumie się po pierwsze złoto w postaci sztabek lub płytek o próbie co najmniej 995 tysięcznych oraz złoto reprezentowane przez papiery wartościowe. Złote sztabki i płytki o niższej próbie, stanowiąc złoto w rozumieniu Prawa probierczego, nie będą zatem stanowiły złota inwestycyjnego. Kolejna kategoria złota inwestycyjnego to złote monety, które spełniają łącznie następujące warunki: posiadają próbę co najmniej 900 tysięcznych, zostały wybite po roku 1800, są lub były obowiązującym środkiem płatniczym w kraju pochodzenia, są sprzedawane po cenie, która nie przekracza o więcej niż 80% wartości rynkowej złota zawartego w monecie. Warunki te spełniać będzie większość powszechnych w obrocie monet, takich jak monety w systemie franka germinała i carskie ruble, austro-węgierskie korony, złote suwereny, marki Rzeszy czy amerykańskie złote dolary. Spełniają je także polskie emisje złotych monet NBP, w tym monety o nominałach 100 zł i 200 zł. Takich złotych monet nie traktuje się jako przedmiotów kolekcjonerskich o wartości numizmatycznej w rozumieniu ustawy o podatku od towarów i usług. Oczywiście należy pamiętać o tym, że przekroczenie ceny o więcej niż 80% wartości rynkowej złota zawartego w monecie przełoży się na uznanie monety za numizmat. W większości przypadków nadwyżka ta nie przekracza 20–30% i zależy od stopnia zachowania monety, jak też aktualnego popytu rynkowego na jej dany typ.

Złote monety korzystające ze szczególnych zasad opodatkowania złota inwestycyjnego zostały wyłączone z katalogu przedmiotów objętych szczególnymi zasadami opodatkowania dostawy towarów używanych, dzieł sztuki, przedmiotów kolekcjonerskich oraz antyków. Natomiast czynności, których przedmiotem jest złoto niespełniające przesłanek dla uznania go za złoto inwestycyjne, podlegają

⁴⁰ Dyrektywa Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej, Dz.U. UE L z 2006 r. Nr 347, s. 1 z późn. zm. Szerzej zob. T. Michalik, *VAT. Komentarz*, Warszawa 2024, komentarz do art. 121, Nb. 1.

opodatkowaniu na zasadach ogólnych. Zwolnione od podatku od towarów i usług są nie tylko czynności, których przedmiotem jest złoto w postaci przedmiotu, lecz również transakcje niedotyczące złota w postaci materialnej, np. certyfikaty na złoto asygnowane lub nieasygnowane, kontrakty terminowe dotyczące złota inwestycyjnego⁴¹.

Wprowadzenie szczególnych zasad opodatkowania odnoszących się do obrotu złotem inwestycyjnym pociąga za sobą nałożenie na podatników dokonujących dostaw złota inwestycyjnego obowiązku prowadzenia ewidencji zawierającej dane pozwalające na prawidłowe rozliczenie podatku i sporządzenie informacji podsumowującej, w szczególności dane dotyczące: rodzaju sprzedaży i podstawy opodatkowania, wysokości kwoty podatku należnego, w tym korekty podatku należnego, z podziałem na stawki podatku; kwoty podatku naliczonego obniżającego kwotę podatku należnego, w tym korekty podatku naliczonego; kontrahentów; dowodów sprzedaży i zakupów. Ewidencja powinna zawierać także dane dotyczące nabywcy, które umożliwiają jego identyfikację⁴². Ten ostatni wymóg ma ułatwić kontrolę obrotu złotem inwestycyjnym na rynkach światowych, a także zapobiec nieprawidłowościom w zakresie korzystania przez podatników ze szczególnymi uprawnieniami przyznanymi im na gruncie podatku od towarów i usług np. z prawa określonego w art. 124 u.p.t.u.⁴³ Zgodnie bowiem z tym przepisem podatnik wykonujący powyższe czynności zwolnione od podatku ma prawo do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego, na zasadach określonych w tym przepisie.

Zarząd Narodowego Banku Polskiego uchwałą z dnia 23.06.2016 r. zmieniającą uchwałę w sprawie warunków i zasad sprzedaży przez Narodowy Bank Polski monet, banknotów i numizmatów przeznaczonych na cele kolekcjonerskie oraz na inne cele⁴⁴ wprowadził ewidencję sprzedaży złotych monet spełniających kryteria określone w art. 121 ust. 1 pkt 2 ustawy o podatku od towarów i usług. Odbiorcy indywidualni nabywający takie złote monety zobowiązani są do podania danych umożliwiających ich identyfikację, tj. w szczególności: imienia, nazwiska, numeru PESEL, a w przypadku osób niebędących obywatelami Rzeczypospolitej Polskiej i nieposiadających numeru PESEL – imienia, nazwiska, obywatelstwa oraz numeru dokumentu stwierdzającego tożsamość tych odbiorców. NBP przechowuje powyższe dane na potrzeby realizacji ustawowych obowiązków o charakterze ewidencyjnym. Ewidencja dotyczy zatem każdej ilości złota spełniającej przesłanki uznania go za złoto inwestycyjne.

⁴¹ W. Modzelewski, *Komentarz do ustawy o podatku od towarów i usług*, Warszawa 2025, komentarz do art. 121, Nb 2-3.

⁴² Zob. art. 125 w zw. z art. 109 ust. 3 u.p.t.u.

⁴³ W. Modzelewski, *op. cit.*, komentarz do art. 125.

⁴⁴ Monitor Polski z 2016 r., poz. 677.

W świetle rozwiązań ustawy o podatku od towarów i usług, wprowadzenie ewidencji jest konieczne dla zapobieżenia wyłudzeniom VAT. Przepisy ustawy w istocie uniemożliwiają anonimowe nabycie złota inwestycyjnego⁴⁵ od dostawcy stosującego się do przepisów ustawy. Skutkuje to jednak rozwojem szarej strefy ze względu na obawy inwestorów przed ujawnianiem przed organami podatkowymi posiadania złota. Możliwe jest także korzystanie przez kupujących z legalnych źródeł zagranicznych w ramach strefy Schengen i tym samym unikanie przekazywania swoich danych osobowych polskim organom podatkowym. Nie sposób nie zauważyć, że obowiązek ewidencjonowania wynika z przepisów unijnych, tj. art. 356 dyrektyw 2006/112/WE, a co za tym idzie, swoboda polskiego ustawodawcy w ewentualnej modyfikacji zakresu tego obowiązku jest ograniczona.

4. Regulacje ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu

Ustawodawca za instytucje obowiązane w rozumieniu przepisów ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu uznaje m.in. przedsiębiorców prowadzących działalność kantorową w rozumieniu Prawa dewizowego. Pociąga to za sobą konieczność wdrożenia przez tych przedsiębiorców procedur wymaganych powyższą ustawą. Nie wnikając szerzej w te zagadnienia, należy zauważyć, że w ustawie o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu zobowiązano instytucje obowiązane do przekazywania Generalnemu Inspektorowi informacji o przyjętej wpłacie lub dokonanej wypłacie środków pieniężnych o równowartości przekraczającej 15 000 euro, jak też o wykonanym transferze środków pieniężnych o równowartości przekraczającej 15 000 euro, z wyjątkami wskazanymi w ustawie. Jednocześnie zastrzeżono, że informacje te zawierają kwotę i walutę transakcji albo wagę i próbę złota dewizowego lub platyny dewizowej będących przedmiotem transakcji⁴⁶. Co istotne, ten wymóg dodano w wyniku uwagi zgłoszonej przez NBP⁴⁷. Powyższe obowiązki są zatem niezależne od tych, które są przewidziane w Prawie dewizowym oraz w ustawie o podatku od towarów i usług.

Dla określenia zasad zarządzania ryzykiem w działalności kantorowej obejmującej obrót złotem pomocne mogą być wytyczne Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego (ang. *European Banking Authority*) EBA/GL/2023/04 w sprawie strategii i środków kontroli w zakresie skutecznego zarządzania ryzykiem prania

⁴⁵ Z. Ofiarski, *Kontrola obrotu...*, s. 202.

⁴⁶ Zob. art. 72 ust. 1 oraz ust. 6 pkt 5 u.p.p.f.t.

⁴⁷ K. Dygaszewicz, [w:] *Komentarz do ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu*, [w:] *Prawo obrotu pieniężnego. Komentarz*, red. P. Zapadka, Warszawa 2023, komentarz do art. 72, teza 12.

pieniędzy i finansowania terroryzmu przy zapewnianiu dostępu do usług finansowych⁴⁸. W wytycznych wskazano m.in., że do celów obowiązków sprawozdawczych instytucje kredytowe i finansowe powinny określić w swoich strategiach i procedurach kryteria, które będą stosowane w celu określenia racjonalnych podstaw, na mocy których instytucje mogą podejrzewać, że pranie pieniędzy lub finansowanie terroryzmu ma miejsce lub występuje próba prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu.

Podsumowanie

Obecny poziom reglamentacji obrotu złotem nie jest wysoki. Przepisy Prawa dewizowego są bardzo liberalne i chronią w istocie pewność obrotu. Należy je ocenić pozytywnie. Sformułowane są co do zasady w sposób precyzyjny, a pewien zakres luzu decyzyjnego (np. w przepisie art. 10 Pr.d.) jest potrzebny i nie był dotychczas nadużywany. Konieczne jest jednak skontrolowanie, czy podmioty dokonujące obrotu złotem dewizowym posiadają do tego uprawnienia, w tym, czy są wpisane do stosownego rejestru działalności kantorowej.

Z uwagi na dywersyfikację pojęcia złota dewizowego oraz złota inwestycyjnego, dla dokonania oceny statusu transakcji złotem konieczne jest dokonanie jej całościowej analizy – złoto może mieć bowiem charakter złota dewizowego, złota inwestycyjnego, złota dewizowego oraz inwestycyjnego bądź ani złota dewizowego, ani złota inwestycyjnego (np. złota moneta z 1799 r.). W konsekwencji do transakcji takich należy podchodzić z należytą dozą ostrożności.

Regulacje ustawy o podatku od towarów i usług z uwagi na szczególne preferencje związane z dostawą złota inwestycyjnego wprowadzają obowiązki ewidencyjne, które stanowią dla inwestorów w istocie jedyną regulacyjną uciążliwość związaną z nabywaniem takiego złota. Wobec faktu, że ustawodawca nie przewidział automatycznego przekazywania takich informacji organom podatkowym, zakres gromadzenia informacji o posiadaczach złota inwestycyjnego zależy od praktyki organów podatkowych. Natomiast rzeczywistym problemem jest wysoki poziom nieufności inwestorów, zwłaszcza drobnych, do organów podatkowych oraz do celów gromadzenia przedmiotowych danych. W powszechnym dyskursie z trudem przebijają się argumentacja o konieczności ochrony fiskalnych interesów państwa związanych z preferencjami dla inwestycji w złoto inwestycyjne. Łatwość wprowadzania restrykcyjnych regulacji w powiązaniu z doświadczeniami historycznymi powodują, że inwestorzy z dużą dozą podejrzliwości odnoszą się do podawania swoich danych

⁴⁸ https://www.eba.europa.eu/sites/default/files/document_library/Publications/Guidelines/2023/EBA-GL-2023-04/Translations/1061471/GLs%20on%20MLTF%20risk%20management%20%28EBA%20GL%202023%2004%29_PL_COR.pdf [dostęp: 13.04.2024].

osobowych w związku z nabywaniem złota inwestycyjnego. Natomiast korzystanie przez nich z niepewnych źródeł naraża ich na oszustwa, a dodatkowo prowadzi do uszczuplenia wpływów podatkowych państwa. Jest to w mojej ocenie największy problem w zakresie reglamentacji obrotu złotem. Być może rozwiązaniem byłaby dywersyfikacja nabywców – na tych, którzy nabywają duże ilości złota (np. o równowartości przekraczającej 15 000 euro), oraz na drobnych „ciułaczy” odkładających kilkaset złotych z emerytury na zakup przysłowiowej „świnki”. Wymaga to jednak zmian na szczeblu unijnym.

Odrębnym problemem są przepisy ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, która wprowadza wiele dolegliwych i dyskusyjnych rozwiązań normatywnych, które jednak dotyczą ogółu transakcji, a nie tylko obrotu złotem. Stąd wątek ten został potraktowany w niniejszym opracowaniu w sposób marginalny.

Literatura

- Bidziński Z., Sosnowski K., *Ustawodawstwo dewizowe*, Warszawa 1974.
 Borkowski T., Jerzak S., *Polskie prawo dewizowe*, Warszawa 2003.
 Fojcik-Mastalska E., *Prawo dewizowe. Komentarz*, Wrocław 2008.
 Grzegorzczak T., *Ustawa Prawo dewizowe. Komentarz*, Warszawa 2003.
 Kubiak R., *Prawo dewizowe*, Warszawa 2009.
 Lejman-Gąska A., *Złoto jako środek tezauryzacji na tle innych kierunków lokowania wolnych środków finansowych w postaci materialnej przez polskie gospodarstwa domowe w dobie pandemii COVID-19*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Humanitas. Zarządzanie” 2021, nr 4.
 Michalik T., *VAT. Komentarz*, Warszawa 2024.
 Modzelewski W., *Komentarz do ustawy o podatku od towarów i usług*, Warszawa 2025.
 Ofiarski Z., *Kontrola obrotu złotem inwestycyjnym oraz złotem dewizowym w Rzeczypospolitej Polskiej – uwarunkowania i zasadnicze dylematy*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2023, vol. 28, nr 2.
 Ofiarski Z., *Prawo dewizowe. Komentarz*, Warszawa 2003.
 Prusak F., *Prawo dewizowe. Komentarz*, Warszawa 2001.
 Skoczylas J.J., *Prawo dewizowe. Komentarz*, Warszawa 2006.
 Witkiewicz T., *Inwestowanie w złoto i srebro*, Szczecin 2015.
 Witkiewicz T., Wąsala K., *Numizmatyka bez tajemnic*, Szczecin 2009.
 Wójtowicz W., Gorgol A., *Prawo dewizowe z komentarzem*, Lublin 2011.
 Zapadka P., *Komentarz do ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu*, [w:] *Prawo obrotu pieniężnego. Komentarz*, red. P. Zapadka, Warszawa 2023.

Andrzej Tatara

Uniwersytet Zielonogórski

ORCID 0000-0003-4905-2349

atatara@uz.zgora.pl

Szczególny nadzór podatkowy jako element ochrony dochodów budżetowych

Słowa kluczowe: akcyza, szczególny nadzór podatkowy, budżet, kontrola podatkowa

Streszczenie. W niniejszym artykule omówiono problematykę szczególnego nadzoru podatkowego, jego genezy oraz aktualnie obowiązujących rozwiązań. Zwrócono uwagę na fakt dekompozycji tej instytucji, w szczególności odejście od unormowania tego pojęcia. Skoncentrowano się na funkcjonalnym znaczeniu nadzoru skarbowego, szczególnego nadzoru podatkowego, a obecnie doraźnej i stałej kontroli celno-skarbowej. Instytucje te z uwagi na nadzór nad produkcją wyrobów akcyzowych miały na celu zabezpieczenie prawidłowości procesu produkcyjnego, ale również zabezpieczenie prawidłowego rozliczania podatku akcyzowego, zatem pomimo zmian w nomenklaturze ich funkcjonalne znaczenie pozostało tożsame.

Special tax supervision as an element of protection of budget revenues

Keywords: excise duty, special tax supervision, budget, tax supervision

Summary. This article discusses the issue of special tax supervision, its origins and currently applicable solutions. Attention was drawn to the decomposition of this institution, in particular the departure from standardizing this concept. The focus was on the functional importance of fiscal supervision, special tax supervision, and currently ad hoc and permanent customs and fiscal control. Due to the supervision of the production of excise goods, these institutions were intended to ensure the correctness of the production process, but also to ensure the correct settlement of excise tax, so despite changes in the nomenclature, their functional meaning remained the same.

Wprowadzenie

Problematyka szczególnego nadzoru podatkowego jest zagadnieniem istotnym z perspektywy ochrony interesów fiskalnych państwa. Aktualnie pojęcie to nie ma charakteru normatywnego z uwagi na zaistniałą dekompozycję prawną tej instytucji¹.

¹ A. Gorgol, *Wyzwania teoretyczne i praktyczne związane z istotą szczególnego nadzoru podatkowego*, [w:] *Kontrola podatkowa skarbowo i celna wyzwania teorii i praktyki*, red. P. Malinowski, T. Nowak, A. Sędkowska, Warszawa 2013, s. 219.

Jednakże przedstawiciele nauki prawa podatkowego z zakresu podatku akcyzowego wykorzystują to pojęcie z odwołaniem się do funkcjonalnego znaczenia tego rozwiązania. W niniejszym artykule poddano analizie rozwiązanie dotyczące szczególnego nadzoru podatkowego zarówno w aspekcie historycznym, odwołując się do przedwojennych aktów normatywnych, analogicznych rozwiązań powojennych, jak i zmian tej instytucji w ciągu ostatnich trzydziestu lat. Wobec czego zasadniczą tezą niniejszego artykułu jest wykazanie, iż niezależnie od zmian nomenklatury pojęciowej w zakresie szczególnego nadzoru podatkowego, jego funkcjonalne znaczenie zostało utrzymane. W chwili obecnej żaden z aktów normatywnych nie posługuje się już pojęciem szczególnego nadzoru podatkowego, jednakże w aktualnych aktach normatywnych dotyczących kontroli celno-skarbowej używane pojęcia kontroli stałej i kontroli doraźnej mają ten sam cel, a mianowicie weryfikację prawidłowości wytwarzania wyrobów akcyzowych w składach podatkowych, jak również prawidłowość rozliczeń podatku akcyzowego. W związku z powyższym aktualne instytucje kontrolne mają zasadniczo taki sam cel, jaki miał szczególny nadzór podatkowy czy istniejący wcześniej nadzór skarbowy. W związku z powyższym w ocenie autora niniejszego artykułu, pomimo dekompozycji normatywnej szczególnego nadzoru podatkowego, jego funkcjonalne znaczenie zostało utrzymane. Wobec powyższego aktualne pozostaje twierdzenie, iż jest to element ochrony interesów fiskalnych państwa, zwłaszcza w kontekście istotnego z perspektywy budżetu państwa podatku akcyzowego. W ciągu lat podatek akcyzowy stanowi około 1/5 całości wpływów budżetowych i zajmuje w tym zakresie drugie miejsce po podatku od towarów i usług. Ochrona wpływów z tytułu podatku akcyzowego jest szczególnie istotna z uwagi na podatność wyrobów akcyzowych na działania przestępczości podatkowej, a także funkcjonowania tzw. szarej strefy. Taka możliwość wynika ze znacznego obciążenia wyrobów akcyzowych daninami publicznymi, a także w przypadku niektórych wyrobów preferencji konsumenckich.

Dla zrealizowania założeń badawczych wykorzystano metodę historyczno-prawną, odwołując się do przedwojennych regulacji prawnych w zakresie nadzoru skarbowego, szczególnego nadzoru podatkowego czy doraźnej i stałej kontroli celno-skarbowej. Posłużono się również metodą dogmatyczną, wykorzystując wykładnię gramatyczną oraz funkcjonalną. Ostatnią z metod badawczych było wykorzystanie ekonomicznej analizy prawa w kontekście wpływu tych instytucji prawnych na zabezpieczenie dochodów budżetowych z tytułu podatku akcyzowego.

1. Pojęcie i rys historyczny szczególnego nadzoru podatkowego

Aktualnie szczególny nadzór podatkowy nie jest pojęciem o charakterze normatywnym. Jest to następstwo dekompozycji prawnej tej instytucji². Prawidłowe zdefiniowanie szczególnego nadzoru podatkowego wymaga odwołania się do aktów prawnych bezpośrednio odnoszących się do tej materii. Genezy instytucji szczególnego nadzoru podatkowego należy doszukiwać się już w przedwojennych aktach prawnych dotyczących nadzoru skarbowego nad monopolem spirytusowym³ i monopolem tytoniowym⁴. W przypadku monopolu tytoniowego nadzór skarbowy obejmował w zasadzie obowiązek przestrzegania przepisów ustawy o monopolu tytoniowym w zakresie reglamentacji poprzez zezwolenie na uprawę tytoniu, a także jego przywozu z zagranicy, wytwarzania i przetwarzania wyrobów tytoniowych oraz ich obrotu⁵. Natomiast nadzór skarbowy nad obrotem wyrobami spirytusowymi był zdecydowanie bardziej rozbudowany, ponieważ obejmował nie tylko samą produkcję czy przetwarzanie tych wyrobów, ale również wytwarzanie urządzeń służących do pędzenia spirytusu i półproduktów służących do jego wytwarzania⁶.

Z kolei po zakończeniu drugiej wojny światowej wprowadzono szczególny nadzór podatkowy⁷. Instytucja ta dotyczyła pierwotnie przemysłu winiarskiego, piwowarskiego i spirytusowego⁸. Należy wskazać, że zakres szczególnego nadzoru podatkowego był odmienny dla przemysłu winiarskiego i piwowarskiego, ponieważ obejmował czynności związane z magazynowaniem, wytwarzaniem i sprzedażą wyrobów przemysłu piwowarskiego i winiarskiego⁹. Z kolei przemysł

² A. Gorgol, *Wyzwania teoretyczne...*, s. 219.

³ Por. art. 85 ustawy o monopolu spirytusowym z dnia 31 lipca 1924 r., Dz.U. z 1924 r. Nr 78, poz. 756 ze zm.; art. 84 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej o monopolu spirytusowym z dnia 26 marca 1927 r., Dz.U. z 1927 r. Nr 32, poz. 289, ze zm.; art. 63 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej o monopolu spirytusowym, opodatkowaniu kwasu octowego i drożdży oraz sprzedaży napojów alkoholowych z dnia 11 lipca 1932 r., Dz.U. z 1932 r. Nr 63, poz. 586, ze zm.

⁴ Zob. art. 20 ustawy o monopolu tytoniowym z dnia 1 czerwca 1922 r., Dz.U. z 1922 r. Nr 47, poz. 409 ze zm.

⁵ Por. art. 5 i 6 ustawy o monopolu tytoniowym z dnia 1 czerwca 1922 r., Dz.U. z 1922 r. Nr 47, poz. 409 ze zm.

⁶ Por. art. 85 ustawy o monopolu spirytusowym z dnia 31 lipca 1924 r., Dz.U. z 1924 r. Nr 78, poz. 756 ze zm.; art. 84 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej o monopolu spirytusowym z dnia 26 marca 1927 r., Dz.U. z 1927 r. Nr 32, poz. 289 ze zm.; art. 63 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej o monopolu spirytusowym, opodatkowaniu kwasu octowego i drożdży oraz sprzedaży napojów alkoholowych z dnia 11 lipca 1932 r., Dz.U. z 1932 r. Nr 63, poz. 586 ze zm.

⁷ Zob. art. 4 ust. 1 dekretu o postępowaniu podatkowym z dnia 16 maja 1946 r., Dz.U. z 1946 r. Nr 27, poz. 174.

⁸ Zob. § 2 Rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie wprowadzenia szczególnego nadzoru podatkowego oraz ogólnych zasad wykonywania tego nadzoru z dnia 25 października 1958 r., Dz.U. z 1958 r. Nr 66, poz. 323, dalej: r.s.n.p.1958.

⁹ Zob. § 2 pkt 1 r.s.n.p.1958.

spirytusowy podlegał tej instytucji nadzoru w zakresie wytwarzania, oczyszczania, odwadniania, przerobu, zużycia, regeneracji stężania i skażania spirytusu, a także jego magazynowania¹⁰. Szczególny nadzór podatkowy mógł polegać na kontroli doraźnej, okresowej lub stałym nadzorze. Celem tej instytucji była weryfikacja ilości zużytych w procesie produkcyjnym surowców i wytworzonych wyrobów oraz obrotu towarowego w przedsiębiorstwach objętych nadzorem, a także terminowość wpłat podatku obrotowego i zapobieganie nadużyciom i stratom w gospodarce narodowej¹¹.

Podobny zakres podmiotowy i funkcjonalny szczególnego nadzoru podatkowego został określony w kolejnym z rozporządzeń dotyczących tej instytucji¹². Odmienność, jaka pojawiła się względem do poprzedniego rozporządzenia, polegała na wyłączeniu z zakresu szczególnego nadzoru podatkowego spirytusu denaturyzowanego¹³. Kolejne rozporządzenia rozszerzyły zakres szczególnego nadzoru podatkowego o wyroby tytoniowe¹⁴.

Wprowadzenia szczególnego nadzoru podatkowego aktem prawnym rangi ustawowej jako procedury kontroli podatkowej dokonano w ustawie o kontroli skarbowej¹⁵. Jednakże doprecyzowanie zakresu stosowania szczególnego nadzoru podatkowego w dalszym ciągu miało miejsce w drodze rozporządzenia¹⁶. W ramach tej regulacji szczególnym nadzorem podatkowym objęto: spirytus własnej produkcji oraz zakupiony, jeżeli w jego cenie nie została uwzględniona akcyza, wyroby spirytusowe, piwo, wyroby winiarskie i inne napoje alkoholowe, wobec których nie powstał obowiązek zapłaty akcyzy¹⁷. Przewidziano również zakres wyłączeń¹⁸, wobec których ta procedura kontrolna nie odnajdowała zastosowania. W obowiązującym rozporządzeniu dopuszczalny był stały nadzór nad produkcją

¹⁰ Zob. § 2 pkt 2 r.s.n.p.1958.

¹¹ Por. § 5 ust. 1 i 2 oraz § 6 ust. 1 i 2 r.s.n.p.1958.

¹² Zob. § 1 ust. 1-3, § 2 i § 5 Rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie szczególnego nadzoru podatkowego oraz zasad i trybu wykonywania tego nadzoru z dnia 22 lutego 1982 r., Dz.U. z 1982 r. Nr 9, poz. 68, dalej: r.s.n.p.1982.

¹³ Por. § 1 ust. 2 r.s.n.p.1982.

¹⁴ Zob. § 1 Rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie szczególnego nadzoru podatkowego nad wytwarzaniem, obrotem i importem niektórych wyrobów oraz podatku akcyzowego od tych wyrobów z dnia 30 czerwca 1993 r., Dz.U. z 1993 r. Nr 59, poz. 275, dalej: r.s.n.p.1993 oraz § 1 Rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie szczególnego nadzoru podatkowego oraz zasad i trybu wykonywania tego nadzoru z dnia 18 lutego 1994 r., dalej: r.s.n.p.1994.

¹⁵ Por. Rozdział 3b ustawy o kontroli skarbowej z dnia 28 września 1991 r., t.j. Dz.U. z 1999 r. Nr 54, poz. 572, dalej: u.k.s. szczególnie nadzór podatkowy wprowadzono art. 1 pkt 23 ustawy o zmianie ustawy o kontroli skarbowej i niektórych innych ustaw z dnia 7 listopada 1996 r., Dz.U. z 1996 r. Nr 152, poz. 720.

¹⁶ Rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie zakresu i zasad wykonywania szczególnego nadzoru podatkowego z dnia 16 lipca 1997 r., Dz.U. 1997 r. Nr 86, poz. 545, dalej: r.s.n.p.1997.

¹⁷ Zob. § 3 ust. 1 r.s.n.p.1997.

¹⁸ Zob. § 3 ust. 2 r.s.n.p.1997.

wyrobów spirytusowych¹⁹, przechowywanie tych towarów w urzędowo zabezpieczonym magazynie²⁰, zasady przesyłki spirytusu²¹. Przewidziano również odrębne regulacje dla prowadzenia szczególnego nadzoru podatkowego w zakresie piwa²² i wyrobów winiarskich²³. Ta forma realizacji szczególnego nadzoru podatkowego została uchylona od 1 września 2003²⁴. Aktualnie najbardziej zbliżoną do szczególnego nadzoru podatkowego formą kontroli jest kontrola celno-skarbowa realizowana w sposób stały²⁵.

Szczególny nadzór podatkowy był niewątpliwie specyficzną formą kontroli prawidłowości produkcji i obrotu wyrobami nim objętymi. Finalnie jego przeprowadzanie determinowało prawidłowość obliczanych należności podatkowych z tytułu obrotu wyrobami akcyzowymi. Z tej przyczyny szczególny nadzór podatkowy realizował bardzo istotny cel z perspektywy ochrony dochodów budżetowych z tytułu należnej akcyzy.

2. Podatek akcyzowy jako źródło dochodów budżetu państwa

Podatek akcyzowy stanowi istotne źródło dochodów budżetowych²⁶. Cechuje go również wysoka wydajność fiskalna, co wynika z konstrukcji tej daniny publicznej jako podatku rzeczowego, pośredniego i jednofazowego. W następstwie tak ukształtowanych cech tego podatku istotnym jest to, że większą rolę odgrywa przedmiot tego podatku niż sytuacja osobista podatnika²⁷. Niewątpliwie w ciągu ostatnich 20 lat podatek akcyzowy stanowił jedną piątą dochodów budżetowych. W poniżej opracowanej tabeli wskazano zmiany w wysokości wpływów kwotowych z tytułu podatku akcyzowego w latach 2000-2022, a w celu porównania zestawiono te dane z całością dochodów budżetowych i na tej podstawie określono, w jakim zakresie akcyza stanowi procentowy udział w podatkowych dochodach Skarbu Państwa.

¹⁹ Zob. § 5 ust 1 r.s.n.p.1997.

²⁰ Zob. § 8 r.s.n.p.1997.

²¹ Zob. § 9 r.s.n.p.1997.

²² Por. Rozdział 5 r.s.n.p.1997.

²³ Por. Rozdział 6 r.s.n.p.1997.

²⁴ Zob. Ustawa o utworzeniu wojewódzkich kolegiów skarbowych oraz zmianie niektórych ustaw regulujących zadania i kompetencje organów oraz organizację jednostek organizacyjnych podległych ministrowi właściwemu do spraw finansów publicznych, Dz.U. z 2003 r. Nr 137, poz. 1302.

²⁵ Zob. art. 55 ustawy o krajowej administracji skarbowej z dnia 16 listopada 2016 r., t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 615, dalej: ustawa o KAS.

²⁶ Z. Fedorowicz, *Instytucje finansowe*, Warszawa 1965, s. 117.

²⁷ A. Gorgol, *Podatek akcyzowy*, [w:] *Prawo podatkowe*, red. W. Wójtowicz, P. Smoleń, wyd. 6, Warszawa 2023, s. 268-271.

Tabela 1. Wykaz dochodów z podatku akcyzowego w latach 2000–2022

Rok podatkowy	Dochody z podatku akcyzowego (w tys. zł) ²⁸	Łączne dochody podatkowe (w tys. zł)	Procentowy udział akcyzy w dochodach podatkowych
2000	27 312 000	122 457 559,1	22,30
2001	28 860 500	119 291 343,0	24,19
2002	31 489 800	129 085 546,0	24,39
2003	34 444 949	146 630 746,0	23,49
2004	37 967 377	155 967 470,0	24,34
2005	39 479 110	178 646 623,0	22,10
2006	42 078 023	201 445 398,0	20,89
2007	49 025 521	239 606 713,0	20,46
2008	50 490 116	255 506 256,0	19,76
2009	53 926 887	248 472 784,0	21,70
2010	55 684 476	255 567 953,0	21,79
2011	57 963 709	279 516 996,0	20,74
2012	60 449 853	284 464 058,0	21,25
2013	60 653 116	278 499 526,0	21,78
2014	61 570 439	294 904 065,0	20,88
2015	62 808 633	303 300 857,0	20,71
2016	65 749 274	316 905 674,6	20,75
2017	68 261 286	3624 06 231,6	18,84
2018	72 108 486	343 157 063,0	21,01
2019	73 000 000	353 780 000,0	20,63
2020	71 787 252	419 795 677,0	17,01
2021	75 470 000	494 843 463,0	15,25
2022	79 072 700	491 936 950,0	16,07

Źródło: opracowanie własne.

Od 2017 r. zauważalny jest znaczący wzrost dochodów z tytułu podatku od towarów i usług, co powoduje, że procentowy udział dochodów budżetowych z tytułu akcyzy stanowi mniejszy udział w całości dochodów budżetowych²⁹. W kontekście podatku akcyzowego należy zwrócić uwagę, że opodatkowaniu zasadniczo pod-

²⁸ Sprawozdania z wykonania ustawy budżetowej za lata: 2000–2022, źródło: www.mf.gov.pl [dostęp: 12.06.2023].

²⁹ Sprawozdania z wykonania ustawy budżetowej za lata: 2017, 2019, 2020, 2021 i 2022, źródło: www.mf.gov.pl [dostęp: 12.06.2023].

legają wyroby akcyzowe, skutkiem czego jest brak wpływu preferencji konsumentów na dochody z tej daniny publicznej, ponieważ wyroby akcyzowe cechują się sztywnym popytem, przynajmniej w zakresie wyrobów energetycznych czy energii elektrycznej. Jednakże należy zwrócić uwagę, że również w kontekście wyrobów alkoholowych czy tytoniowych ich zużycie, a zatem wpływy podatkowe z tego tytułu nie ulegają zmniejszeniu. Taki stan rzeczy ma miejsce zarówno w dobrej, jak i złej koniunkturze, ponieważ niezależnie od niej popyt na wyroby akcyzowe nie ulegnie drastycznej zmianie.

Podatek akcyzowy realizuje funkcję fiskalną i stanowi stabilne źródło dochodów budżetowych. Stabilność fiskalna akcyzy wynika z dwóch istotnych jej cech: selektywnego charakteru tego podatku i wynikającego z tego sztywnego popytu na towary objęte opodatkowaniem. Podatkiem akcyzowym objęte są te towary, na które popyt nie ulega gwałtownym zmianom wynikającym z tendencji rynkowych. Efektywność akcyzy może wynikać również z przyjętej techniki poboru tego podatku, który jest wymagalny jednorazowo w momencie dopuszczenia do konsumpcji. Zachowanie efektywności podatku akcyzowego wymaga odpowiedniego balansu pomiędzy poszczególnymi elementami konstrukcyjnymi determinującymi jego wydajność dochodową. Realizacja funkcji fiskalnej ogranicza swobodę tworzenia elementów konstrukcyjnych podatku. Determinuje przyjęcie takich rozwiązań, które zapewniają optymalną relację pomiędzy podstawą opodatkowania, stawek podatkowych, katalogiem ulg i umorzeń oraz mechanizmem poboru podatku w celu maksymalizacji dochodów budżetowych.

Z powyżej opisanych przyczyn – brak wpływu preferencji konsumentów na dochody z tytułu podatku akcyzowego, ograniczony zakres preferencji podatkowych, stabilność popytu na wyroby objęte opodatkowaniem – podatek akcyzowy stanowi istotny element wpływów budżetowych. Należy zwrócić uwagę, iż wartość kwotowa dochodów budżetowych z tytułu podatku akcyzowego wzrasta, natomiast jedynie procentowy udział dochodów z akcyzy ulega zmniejszeniu z uwagi na wzrost funkcji fiskalnej podatku od towarów i usług. Z powodu znaczenia tej daniny publicznej dla wpływów budżetowych niezbędne jest realizowanie działań nadzorczych przez właściwe organy państwa, aby minimalizować ryzyko przeniesienia obrotu choćby części wyrobów akcyzowych do szarej strefy. Niewątpliwie z uwagi na wysokie obciążenia fiskalne wyrobów akcyzowych zarówno podatkiem akcyzowym, jak i podatkiem od towarów i usług, a także sztywność popytu na te towary, nielegalny obrót wyrobami akcyzowymi może stanowić pokusę dla realizacji działań o charakterze przestępczym. Z tego powodu należy zwrócić uwagę na instrumenty prawne, które mają przeciwdziałać powstawaniu zachowań niepożądanych.

3. Aktualne formy realizacji kontroli obrotu wyrobami akcyzowymi i ich wpływ na wysokość dochodów budżetowych

W aktualnych normach prawnych szczególny nadzór podatkowy uległ, co prawda, dekompozycji prawnej, jednakże pomimo dokonania zmiany nomenklatury w dalszym ciągu istnieje możliwość prowadzenia tzw. kontroli stałej, realizowanej na podstawie przepisów ustawy o krajowej administracji skarbowej³⁰. Kontrola stała może być realizowana w zakresie produkcji, przemieszczania oraz zużycia wyrobów akcyzowych, a w szczególności w przypadku ich wytwarzania, uszlachetniania, przerabiania, skażania, konfekcjonowania, przyjmowania, magazynowania, wydawania, przewozu oraz niszczenia, nadto kontrola może dotyczyć stosowania znaków akcyzy. Szczegółowe zasady dotyczące kontroli niektórych wyrobów akcyzowych zostały na podstawie przepisu delegującego przekazane do sprecyzowania w drodze rozporządzenia³¹.

Kontrola prowadzona na podstawie przepisów rozporządzenia³² może w zakresie przestrzegania przepisów ustawy o podatku akcyzowym dotyczyć objętych procedurą zawieszenia poboru akcyzy wyrobów alkoholowych³³ (piwa, wina i alkoholu etylowego), wyrobów energetycznych³⁴, olejów smarowych³⁵, wyrobów tytoniowych³⁶, płynu do papierosów elektronicznych³⁷, wyrobów akcyzowych objętych zwolnieniem ze względu na przeznaczenie³⁸, opodatkowanych stawką zerową³⁹, produkowanych poza składem podatkowym⁴⁰ i skażonego alkoholu etylowego⁴¹. W przedmiotowym rozporządzeniu, podobnie jak w przypadku szczególnego nadzoru podatkowego, przewidziano możliwość realizacji kontroli doraźnej i stałej⁴². Wykonywanie kontroli stałej można podzielić na dwie kategorie, tj. kontrolę stałą obligatoryjną⁴³ i kontrolę stałą fakultatywną⁴⁴.

³⁰ Zob. art. 55 ust. 1 ustawy o KAS.

³¹ Zob. art. 90 ust. 1 ustawy o KAS.

³² Rozporządzenie Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej w sprawie kontroli celno-skarbowej niektórych wyrobów akcyzowych z dnia 12 sierpnia 2021 r., Dz.U. z 2021 r. poz. 1636, dalej: rozporządzenie w sprawie kontroli celno-skarbowej.

³³ Zob. §1 pkt 1 lit. a rozporządzenia w sprawie kontroli celno-skarbowej.

³⁴ Zob. §1 pkt 1 lit. b tiret 1 rozporządzenia w sprawie kontroli celno-skarbowej.

³⁵ Zob. §1 pkt 1 lit. b tiret 2 rozporządzenia w sprawie kontroli celno-skarbowej.

³⁶ Zob. §1 pkt 1 lit. b tiret 3 rozporządzenia w sprawie kontroli celno-skarbowej.

³⁷ Zob. §1 pkt 1 lit. b tiret 4 rozporządzenia w sprawie kontroli celno-skarbowej.

³⁸ Zob. §1 pkt 1 lit. c rozporządzenia w sprawie kontroli celno-skarbowej.

³⁹ Zob. §1 pkt 1 lit. d rozporządzenia w sprawie kontroli celno-skarbowej.

⁴⁰ Zob. §1 pkt 1 lit. e rozporządzenia w sprawie kontroli celno-skarbowej.

⁴¹ Zob. §1 pkt 1 lit. f rozporządzenia w sprawie kontroli celno-skarbowej.

⁴² Zob. § 3 rozporządzenia w sprawie kontroli celno-skarbowej.

⁴³ Zob. § 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli celno-skarbowej.

⁴⁴ Zob. § 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie kontroli celno-skarbowej.

Przyjęcie nomenklatury kontroli stałej obligatoryjnej wynika z literalnej treści przepisu, który wprost wskazuje, że „kontrolą stałą są objęte podmioty”, co oznacza, że właściwy naczelnik urzędu celno-skarbowego jest zobowiązany do realizowania kontroli stałej. Obligatoryjność tej instytucji dotyczy wytwarzania, oczyszczania lub odwadniania alkoholu etylowego objętego pozycją CN 2207, z wyłączeniem wytwarzanego przez jednostki naukowe alkoholu etylowego⁴⁵, a także produkcji alkoholu etylowego objętego pozycją CN 2208 z wyłączeniem przypadków, w których akcyza została zapłacona lub przedpłacona⁴⁶.

Z kolei fakultatywność kontroli stałej wynika z przyznania naczelnikowi właściwego urzędu celno-skarbowego uprawnienia polegającego na możliwości wprowadzenia kontroli stałej. Swoboda w wykorzystaniu kontroli stałej wynika z użytego zwrotu językowego „może objąć kontrolą stałą”. Możliwość wprowadzenia kontroli stałej dotyczy podmiotów przetwarzających, zużywających, przyjmujących lub wydających alkohol etylowy o kodzie CN 2207 w ilości przekraczającej 20 tys. litrów bądź wytwarzają ten alkohol w procesie destylacji; produkują, przyjmują lub wydają wyroby energetyczne objęte procedurą zawieszenia poboru akcyzy; a także w przypadku wyjątków przewidzianych dla stosowania kontroli stałej obligatoryjnej⁴⁷. Wprowadzenie kontroli stałej fakultatywnej winno wiązać się z analizą ryzyka możliwych naruszeń przepisów prawa podatkowego, informując o tym podmiot na 7 dni przed wprowadzeniem kontroli stałej⁴⁸.

Kontrola realizowana na podstawie omawianego rozporządzenia, zarówno ta przeprowadzana stale, jak i doraźnie, polega na bezpośrednim uczestniczeniu osoby kontrolującej w czynnościach związanych z produkcją, przyjmowaniem, wydawaniem, zużyciem, magazynowaniem i niszczeniem wyrobów akcyzowych objętych zakresem tego aktu wykonawczego⁴⁹, skażeniem alkoholu etylowego⁵⁰, dodawaniem do wyrobów energetycznych substancji stosowanych do znakowania i barwienia⁵¹. Kontrola stała lub doraźna może również polegać na kontroli produkcji, oznaczania znakami akcyzy, zdjęcia, kasowania oraz niszczenia znaków akcyzy, obrachunku stanów magazynowych, poborze i badaniu próbek wyrobów akcyzowych, weryfikowaniu dokumentacji, sprawdzaniu znakowania wyrobów energetycznych barwnikami, sprawdzaniu prawidłowości i terminowości obliczania i wpłacania należnego podatku akcyzowego, kontroli zamknięć urzędowych, właściwego utrzymania urządzeń, przyrządów i środków transportu, pomieszczeń i naczyń służących do

⁴⁵ Zob. § 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie kontroli celno-skarbowej.

⁴⁶ Zob. § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie kontroli celno-skarbowej.

⁴⁷ Por. § 4 ust. 2 pkt. 1-6 rozporządzenia w sprawie kontroli celno-skarbowej.

⁴⁸ Por. § 4 ust. 3-5 rozporządzenia w sprawie kontroli celno-skarbowej.

⁴⁹ Zob. § 3 ust. 1 lit. a rozporządzenia w sprawie kontroli celno-skarbowej.

⁵⁰ Zob. § 3 ust. 1 lit. b rozporządzenia w sprawie kontroli celno-skarbowej.

⁵¹ Zob. § 3 ust. 1 lit. c rozporządzenia w sprawie kontroli celno-skarbowej.

wykonywania czynności kontrolnych, nadzoru nad prawidłowością wykonywania aktów weryfikacyjnych⁵².

Zakres przeprowadzanych czynności realizowanych w ramach kontroli stałej i doraźnej pozwala na stwierdzenie, iż jest to instytucja umożliwiająca nadzór nad obrotem wyrobami akcyzowymi. Z uwagi na wysoki stopień obciążenia daninami publicznymi wyrobów akcyzowych są one podatne na przeniesienie do tzw. szarej strefy. Stały nadzór nad procesem produkcyjnym oraz przetwórczym dokonywany przez właściwego naczelnika urzędu celno-skarbowego umożliwia – na każdym etapie stosowania procedury zawieszania poboru akcyzy – nadzór nad prawidłowością działań podatnika, a także weryfikację, czy należny podatek akcyzowy wpłacany jest we właściwej wysokości. Zatem zasadniczym celem zastosowania tej instytucji jest ochrona źródeł dochodów budżetowych.

Podsumowanie

Pomimo iż kontrola stała i doraźna pojęciowo są instytucjami odmiennymi od szczególnego nadzoru podatkowego, to jednak zakres czynności realizowanych przez właściwe organy podatkowe jest w obu tych instytucjach tożsamy. Analogiczny jest również cel stosowania tych instrumentów prawnych, polegający na kontroli produkcji wyrobów akcyzowych prowadzonej w składach podatkowych, a zatem przeciwdziałanie zjawiskom o charakterze przestępczym, czy też przenoszeniu gotowych wyrobów akcyzowych do tzw. szarej strefy. Instrumenty nadzoru, jakimi dysponuje państwo w rozumieniu aktualnej nomenklatury, tj. kontroli doraźnej i stałej, mają na celu zabezpieczenie wpływów z tytułu podatku akcyzowego w szczególności poprzez nadzór nad prawidłowością procesu produkcyjnego i ograniczenie powstałych w procesie produkcji ubytków. Całokształt tych działań kontrolnych zmierza do zapewnienia właściwej wysokości wpływów z tytułu podatku akcyzowego.

Niewątpliwie podatek akcyzowy stanowi istotny element struktury dochodów budżetu państwa. Ze względu na wysokie obciążenia fiskalne wyroby akcyzowe są podatne na wytwarzanie ich w ramach działań o charakterze przestępczym, ale również przenoszenie obrotu wyrobami akcyzowymi do tzw. szarej strefy. Skutkiem takich działań byłby niewątpliwie znaczący spadek dochodów budżetowych z tytułu tej daniny publicznej.

Warto zauważyć, że następujące w ciągu lat zmiany o charakterze nomenklaturowym nie zmieniły istoty tej instytucji. Więcej: zmiany te ograniczały się w zasadzie do nazewnictwa, natomiast rola funkcjonalna pozostawała tożsama, czyli

⁵² Por. § 3 ust. 2-12 rozporządzenia w sprawie kontroli celno-skarbowej oraz art. 109 ust. 1 ustawy o KAS.

nadzór nad prawidłowym procesem wytwarzania wyrobów akcyzowych, a następnie prawidłowe rozliczenie należnego podatku. Taka sytuacja miała miejsce zarówno w odniesieniu do nadzoru skarbowego, szczególnego nadzoru podatkowego czy wreszcie kontroli celno-skarbowej stałej i doraźnej. Zatem zmiany nomenklatury nie wpływają w znacznym stopniu na realizację przez te instytucje nałożonych przez podmiot prawotwórczy celu, jakim jest ochrona wpływów budżetowych.

Literatura

- Fedorowicz Z., *Instytucje finansowe*, Warszawa 1965.
 Gorgol A., *Podatek akcyzowy*, [w:] *Prawo podatkowe*, red. W. Wójtowicz, P. Smoleń, wyd. 6, Warszawa 2023.
 Gorgol A., *Wyzwania teoretyczne i praktyczne związane z istotą szczególnego nadzoru podatkowego*, [w:] *Kontrola podatkowa skarbową i celną wyzwania teorii i praktyki*, red. P. Malinowski, T. Nowak, A. Sędkowska, Warszawa 2013.

Akty normatywne i dokumenty

- Ustawa o monopolu spirytusowym z dnia 31 lipca 1924 r., Dz.U. 1924, nr 78, poz. 756 ze zm.
 Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej o monopolu spirytusowym z dnia 26 marca 1927 r., Dz.U. z 1927 r. Nr 32, poz. 289 ze zm.
 Ustawa o monopolu tytoniowym z dnia 1 czerwca 1922 r., Dz.U. z 1922 r. Nr 47, poz. 409 ze zm.
 Ustawa o monopolu spirytusowym z dnia 31 lipca 1924 r., Dz.U. z 1924 r. Nr 78, poz. 756 ze zm.
 Dekret o postępowaniu podatkowym z dnia 16 maja 1946 r., Dz.U. z 1946 r. Nr 27, poz. 174.
 Ustawa o kontroli skarbowej z dnia 28 września 1991 r., t.j. Dz.U. z 1999 r. Nr 54, poz. 572.
 Ustawa o zmianie ustawy o kontroli skarbowej i niektórych innych ustaw z dnia 7 listopada 1996 r., Dz.U. z 1996 r. Nr 152, poz. 720.
 Rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie zakresu i zasad wykonywania szczególnego nadzoru podatkowego z dnia 16 lipca 1997 r., Dz.U. 1997 r. Nr 86, poz. 545.
 Ustawa o utworzeniu wojewódzkich kolegiów skarbowych oraz zmianie niektórych ustaw regulujących zadania i kompetencje organów oraz organizację jednostek organizacyjnych podległych ministrowi właściwemu do spraw finansów publicznych, Dz.U. z 2003 r. Nr 137, poz. 1302.
 Ustawa o krajowej administracji skarbowej z dnia 16 listopada 2016 r., t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 615.
 Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej o monopolu spirytusowym, opodatkowaniu kwasu octowego i drożdży oraz sprzedaży napojów alkoholowych z dnia 11 lipca 1932 r., Dz.U. z 1932 r. Nr 63, poz. 586 ze zm.
 Rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie wprowadzenia szczególnego nadzoru podatkowego oraz ogólnych zasad wykonywania tego nadzoru z dnia 25 października 1958 r., Dz.U. z 1958 r. Nr 66, poz. 323.
 Rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie szczególnego nadzoru podatkowego oraz zasad i trybu wykonywania tego nadzoru z dnia 22 lutego 1982 r., Dz.U. z 1982 r. Nr 9, poz. 68.
 Rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie szczególnego nadzoru podatkowego nad wytwarzaniem, obrotem i importem niektórych wyrobów oraz podatku akcyzowego od tych wyrobów z dnia 30 czerwca 1993 r., Dz.U. z 1993 r. Nr 59, poz. 275.
 Rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie szczególnego nadzoru podatkowego oraz zasad i trybu wykonywania tego nadzoru z dnia 18 lutego 1994 r., Dz.U. z 1994 r. Nr 26, poz. 91.
 Rozporządzenie Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej w sprawie kontroli celno-skarbowej niektórych wyrobów akcyzowych z dnia 12 sierpnia 2021 r., Dz.U. z 2021 r. poz. 1636.
 Sprawozdania z wykonania ustawy budżetowej za lata 2000-2022, www.mf.gov.pl.

Aneta Tyc

University of Lodz

ORCID 0000-0003-0593-2862

atyc@wpia.uni.lodz.pl

The Effectiveness of the USMCA Rapid Response Labour Mechanism: Conclusions from the Analysis of GM Silao, Tridonex, Panasonic, Teksid, VU Manufacturing and Saint Gobain cases

Funding. The article was funded under the “Grants for Young Researchers” competition, decision number: 20/ML/2022 (subsidy received at the University of Lodz under the “Initiative of Excellence – Research University” programme) and is an outcome of research conducted in June and July 2023 at the University of Wellington and at the Sydney University.

Summary. On 30 September 2018, the US, Canada and Mexico announced that they had reached a trilateral free trade agreement in the renegotiation of the NAFTA, concluding more than 13 months of negotiations. The USMCA has been ratified by all three countries and has taken effect as of 1 July 2020. One of its crucial characteristics when it comes to workers' rights is a facility-specific rapid response labour mechanism, the purpose of which is to ensure the remediation of a “Denial of Rights” of free association and collective bargaining for workers at a Covered Facility, and to ensure that remedies are lifted immediately once a Denial of Rights is remediated (Annex 31-A “Facility-specific rapid response labor mechanism” between the US and Mexico of the USMCA's Dispute Settlement chapter and separate Annex 31-B between Canada and Mexico). From 2021, the above-mentioned mechanism has been already used by the Department of Labor and the Office of the US Trade Representative on many occasions in order to protect workers' rights under the USMCA. The author of this paper examines six first cases, namely: GM Silao, Tridonex, Panasonic, Teksid, VU Manufacturing and Saint Gobain. On such basis she draws conclusions regarding the effectiveness of the facility-specific rapid response labour mechanism.

Keywords: the United States-Mexico-Canada Agreement, a facility-specific rapid response labour mechanism, labour law

Efektywność mechanizmu szybkiego reagowania w sprawach pracowniczych w umowie o wolnym handlu pomiędzy USA, Meksykiem i Kanadą: Wnioski z analizy spraw GM Silao, Tridonex, Panasonic, Teksid, VU Manufacturing i Saint Gobain

Streszczenie. 30 września 2018 r. USA, Kanada i Meksyk – kończąc trwające ponad 13 miesięcy negocjacje – ogłosiły, że zawarły trójstronną umowę o wolnym handlu w ramach renegotiacji NAFTA. Umowa USMCA została ratyfikowana przez wszystkie trzy państwa i weszła w życie z dniem 1 lipca 2020 r. Jedną z jej kluczowych cech, jeśli chodzi o prawa pracownicze, jest „mechanizm szybkiego reagowania w sprawach pracowniczych w konkretnym obiekcie”. Jego celem jest zapewnienie środków

zaradczych w przypadku odmowy praw do swobodnego zrzeszania się i rokowań zbiorowych pracowników w obiektach podlegających mechanizmowi oraz zapewnienie natychmiastowego zniesienia środków zaradczych, gdy prawa pracowników będą realizowane (Załącznik 31-A pt. „Mechanizm szybkiego reagowania w sprawach pracowniczych w konkretnym obiekcie” pomiędzy USA i Meksykiem i odrębny Załącznik 31-B pomiędzy Kanadą i Meksykiem). Od 2021 r. Departament Pracy i Biuro Przedstawiciela Handlowego USA już wiele razy korzystały z tego mechanizmu w celu ochrony praw pracowniczych zawartych w umowie USMCA. Autorka artykułu analizuje sześć pierwszych spraw, a mianowicie: GM Silao, Tridonex, Panasonic, Teksid, VU Manufacturing i Saint Gobain. Na tej podstawie wyciąga wnioski dotyczące efektywności „mechanizmu szybkiego reagowania w sprawach pracowniczych w konkretnym obiekcie”.

Słowa kluczowe: umowa o wolnym handlu pomiędzy USA, Meksykiem i Kanadą, mechanizm szybkiego reagowania w sprawach pracowniczych, prawo pracy

Introduction

On 30 September 2018, concluding more than 13 months of negotiations, the US, Canada and Mexico announced that they had reached a trilateral free trade agreement (USMCA) – a modernisation of the North American Free Trade Agreement (NAFTA). The United States Trade Representative (USTR) Robert Lighthizer has called the USMCA “the gold standard by which all future trade agreements will be judged, and citizens of all three countries will benefit for years to come”¹. The USMCA has been ratified by all three countries and has taken effect as of 1 July 2020. One of its crucial characteristics when it comes to workers’ rights is a facility-specific rapid response labour mechanism (also referred to as RRLM), the purpose of which is to ensure the remediation of a “Denial of Rights” of free association and collective bargaining for workers at a Covered Facility in Mexico or the US, and to ensure that remedies are lifted immediately once a Denial of Rights is remediated (Annex 31-A “Facility-specific rapid response labor mechanism” between the US and Mexico, and separate Annex 31-B between Canada and Mexico)².

The aim of the article is to answer the questions whether a facility-specific rapid response labour mechanism established in the USMCA is an effective tool to ensure remediation of a “Denial of Rights” of free association and collective bargaining for workers and whether it could be a model for future trade agreements. Since 2021, this mechanism has been already used by the Department of Labor and the Office of the USTR on several occasions in order to protect workers’ rights under

¹ Office of the United States Trade Representative, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2020/march/ambassador-lighthizer-statement-canadas-approval-usmca>, “Ambassador Lighthizer Statement on Canada’s Approval of the USMCA” [accessed: February 3, 2024].

² A. Tyc, *Global Trade, Labour Rights and International Law: A Multilevel Approach*, Routledge, London, New York 2021, pp. 150, 154.

the USMCA. This paper examines the following: Tridonex, GM Silao, Panasonic, Teksid, VU Manufacturing and Saint Gobain.

The author of this paper puts forward two specific theses, each of which is necessary to assess the RRLM in a broader context. The first one implies that the new, independent trade unions finally start to replace “protection” unions in Mexico. Thus, a facility-specific rapid response labour mechanism under the USMCA shall be perceived as a great milestone in the Mexican trade union movement.

Moreover, the author of this article will confirm or reject the truthfulness of the thesis that the textile and garment industry workers – who are often being denied the right of free association and collective bargaining – may find themselves in a less favourable position than workers employed in sectors mentioned in footnote 4 of Annex-31 (“For greater certainty, manufactured goods include, but are not limited to, aerospace products and components, autos and auto parts, cosmetic products, industrial baked goods, steel and aluminum, glass, pottery, plastic, forgings, and cement”). Previously, attention had been paid to this problem in the literature, but there had not yet been cases yet under the RRLM to verify this thesis in practice. The six first cases (chronologically from 2021) already provide us with serious research material. Brittany Bates refers to opinions according to which the fact that textile and garment industries are not explicitly included in Annex 31 may suggest that these sectors are not so important to the US and Canada as they do not compete with Canadian or American domestic industries, contrary to sectors such as the automotive parts industry, where the US and Canada compete directly with Mexico. As rightly pointed out by this author, “While the language ‘not limited to’ leaves open the possibility to include sectors not listed, it remains unclear how expansive the USMCA will make this definition in practice”³.

The article proceeds in four parts. Part II provides a background on the history of NAFTA and its side agreement, namely the North American Agreement on Labor Cooperation (NAALC) and explains why it had to be renegotiated. Part III discusses the USMCA along with its RRLM and gives an analysis of the above-mentioned six cases. Part IV of the article embraces conclusions and includes an attempt to formulate a contribution to the debate.

1. The NAFTA

The negotiations over the NAFTA in the early nineties of the last century took place during the administrations of US President Republican George Bush, Canadian

³ B. Bates, *Examining Labour Rights Enforcement Mechanisms in NAFTA and the USMCA and Its Impact on Labour Conditions in Mexico*, “Western Journal of Legal Studies” 2022, Vol. 13, Issue 1, pp. 48-49.

Prime Minister Brian Mulroney, and Mexican President Carlos Salinas. They signed the agreement in August 1992, the US Congress approved it in November 1993 and finally the NAFTA came into effect in 1994. In the meantime, after winning the elections in November 1992, Bill Clinton and his administration began negotiations on the side agreement on labour, and in August 1993, the heads of three states signed the North American Agreement on Labor Cooperation (NAALC). Apart from six obligations, an organisational structure and a complaint mechanism for reviewing compliance, the NAALC includes eleven “Labor Principles”:

- freedom of association and protection of the right to organise;
- the right to bargain collectively;
- the right to strike;
- prohibition of forced labour;
- labour protection for children and young persons;
- minimum employment standards, such as minimum wages and overtime pay;
- non-discrimination in employment;
- equal pay for women and men;
- occupational safety and health;
- compensation in cases of occupational injuries and illnesses;
- migrant worker protection.

The three states commit themselves to “promoting” these principles, indicating at the same time that they “do not establish common minimum standards for their domestic law”, which is one of the main features of the NAALC. When it comes to the complaint mechanism, no new supranational labour law enforcement system with remedies is established under the NAALC. As highlighted by Lance Compa, the cross-border complaint system means that human rights groups, trade unions and other civil society groups have to cooperate with the aim of finding new ways of communication, collaboration and solidarity. This mechanism is triggered by advocates in the country where violations took place, who join with their counterparts in the country where the complaint was filed. The complaint goes to the labour department, which performs an initial review. There are then three steps to be taken in the framework of the complaint mechanism:

- consultations between National Administrative Officers or government ministers, and “cooperation” steps taken with the aim of addressing problems;
- a committee of independent experts’ evaluation and recommendations;
- dispute resolution – a remedial plan, and trade sanctions, which depend on decisions of an arbitral panel⁴.

⁴ L. Compa, *Trump, Trade, and Trabajo: Renegotiating NAFTA’s Labor Accord in a Fraught Political Climate*, “Indiana Journal of Global Legal Studies” 2019, Vol. 26, Issue 1, pp. 263, 269–270.

Importantly, only three of the “Labor Principles” – namely child labour, minimum wage standards, and workplace health and safety – are susceptible to dispute resolution. If a government fails to adopt an action plan recommended by an arbitral panel after the panel finds a persistent pattern of failure to effectively enforce its laws related to one of these three principles, a fine of up to 0.007% of the volume of trade between two disputing countries can be imposed. It means that the NAALC is the first international labour agreement which provides for the possibility of imposing trade sanctions as a means of enforcing labour rights⁵.

Unfortunately, the first two Labour Principles – freedom of association and protection of the right to organise and the right to bargain collectively – were not protected by sanctions, and these rights were plagued by violations. As mentioned by Walter Bonne, infringements of freedom of association were only subject to ministerial consultations, with no possibility of arbitration or penalties⁶.

Lance Compa has pointed out that none of the complaints filed by civil society advocates ever moved beyond the “first cut” review phase and the consultation step. Going further, no evaluation committee of experts was ever established, and no arbitral panel ever took up a case⁷. Thus, the enforcement mechanism under the NAALC is neither regarded as having the potential for ensuring the states’ compliance with domestic standards, nor as preventing a “race to the bottom” of labour standards⁸.

Debate continues over the legacy of NAFTA in terms of employment and wages for some workers and industries have faced disruptions when confronted with increased competition, whereas others have benefited from new market opportunities. The impact of NAFTA, more than a quarter of a century later, remains a permanent topic of discussion in the wider debate on the benefits of free trade⁹.

It was indeed crucial under new negotiations that decision-makers put pressure on labour agreements that raise wages in Mexico and strengthen protection of labour rights not only in Mexico but also in Canada and the US. Besides, specific problems concerning ghost unions or protection contracts, namely contractual

⁵ L. Compa and T. Brooks, *NAFTA and the NAALC: Twenty Years of North American Trade-Labour Linkage*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2015, pp. 20–21, 26.

⁶ W. Bonne, *Unresolved Labor Disputes under the USMCA’s Rapid Response Mechanism: Probing the Applicability of the ATS in Light of Nestle v. Doe*, “New York University Journal of Law and Business” 2022, Vol. 19, Issue 1, p. 201. See the cited literature.

⁷ L. Compa, *Trump...*, p. 270.

⁸ J.A. VanDuzer, P. Simons and G. Mayeda, *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Country Negotiators*, Commonwealth Secretariat, London 2013, p. 369.

⁹ M.E. Burfisher, F. Lambert and T. Matheson, *NAFTA to USMCA: What Is Gained?*, International Monetary Fund, Washington, D.C. 2019, p. 4.

agreements between corrupt unions and employers, as well as “*maquiladora*” factories¹⁰ in Mexico are very often raised in the literature¹¹. Against that background, the US launched new trade negotiations with Canada and Mexico, and on November 30, 2018 a new trade agreement – USMCA – was signed by US President Trump, Canadian Prime Minister Trudeau, and Mexican President Peña Nieto¹².

2. The USMCA

Following the original USMCA negotiations of 2018, the American trade unions and the Democrats of Congress complained about shortcomings regarding the enforceability of labour provisions, in particular collective bargaining rights. Robert Lighthizer returned to the negotiating table, won stronger enforcement mechanism, and convinced many trade unions and Democrats to support the final agreement. That was when the parties agreed to create a facility-specific rapid response labour mechanism in the hope it might hinder the formation of protection unions or yellow unions in Mexico, i.e. unions sponsored by the company, not chosen by workers and that do not represent them¹³. Such a regulation seems to constitute a significant improvement over the NAALC. Consequently, there exists a dichotomy of enforcement actions: petitions under the Labour Chapter and an innovative RRLM protecting the right of freedom of association and collective bargaining¹⁴.

¹⁰ More on maquiladora’ factories see: W. Bonne, *Unresolved...*, pp. 195-198; and on the labour reform in Mexico: R.E. Ocampo Merlo, *Reforma laboral en México: una reconstrucción de su negociación y sus potencialidades prácticas*, “Espiral” 2023, Vol. 29, Issue 84.

¹¹ A. Tyc, *Global...*, p. 150. On the current situation in Mexico see: M. Crossa and J.M. Cypher, *Behind the Virtuous Façade: The USMCA’s Restructuring of Mexico’s Labor Relations*, “Dollars & Sense” May/June 2021, Issue 354; J.M. Cypher and M. Crossa, *Beyond the Myth and Through the Mexican Labyrinth: Labor under the “New NAFTA,” the U.S.–Mexico–Canada Agreement*, “Dollars & Sense”, May/June 2019, Issue 342.

¹² M.E. Burfisher, F. Lambert and T. Matheson, *NAFTA...*, p. 4. On how USMCA remedies some NAFTA deficits see: Ch. Scherrer, *Novel Labour-related Clauses in a Trade Agreement: From NAFTA to USMCA*, “Global Labour Journal” 2020, Vol. 11, Issue 3, p. 294.

¹³ R.A. Blecker, *The Rebranded NAFTA: Will the usmca Achieve The Goals of the Trump Administration For North American Trade?*, “Norteamérica: Revista Académica del CISAN-UNAM” 2021, Vol. 16, Issue 2, p. 304. DOI: 10.22201/cisan.24487228e.2021.2.516. For an interesting analysis of scenarios for assessing whether expectations placed in the USMCA’s labour provisions will be met see: A.V. Covarrubias, *El T-MEC y la tercera generación de arreglos laborales. Los escenarios probables para el trabajo y la industria regional*, “Norteamérica, revista académica del CISAN-UNAM” 2021, Vol. 16, Issue 1. More on Mexico’s labour reform see: M. de Lourdes Castellanos Villalobos, *Libertad sindical en México. Aplicación de los convenios 87 y 98 de la OIT en relación con las obligaciones derivadas del T-mec*, “Revista Vox Juris” 2023, Vol. 41, Issue 1. DOI: 10.24265/VOXJURIS.2023.v41n1.09.

¹⁴ See also: M.A. Corvaglia, *Labour Rights Protection and Its Enforcement under the USMCA: Insights from a Comparative Legal Analysis*, “World Trade Review” 2021, Vol. 20, Issue 5, pp. 666-667. DOI:10.1017/S1474745621000239.

When it comes to the facility-specific rapid response labour mechanism, it allows the complainant Party to request the formation of a “Rapid Response Labor Panel”. Its competences include conducting on-site verifications at the facility in question, provided that the respondent Party agrees to the verification. Based on the findings of this panel, the complainant Party may impose remedies that are the most appropriate to remedy the Denial of Rights. Remedies may include suspension of preferential tariff treatment for goods manufactured at the Covered Facility or the imposition of penalties on goods manufactured at or services provided by the Covered Facility. In cases where a Covered Facility or a Covered Facility owned or controlled by the same person producing the same or related goods or providing the same or related services has received a prior Denial of Rights determination, remedies may include suspension of preferential tariff treatment for such goods or the imposition of penalties on such goods or services. If the Covered Facility has received at least two prior Denial of Rights determinations, remedies may include suspension of preferential tariff treatment for such goods; the imposition of penalties on such goods or services; or the denial of entry of such goods. It must be acknowledged that when comparing the mechanism concerned with previous trade agreements, a novel pattern emerges, which consists of on-site verifications at a given facility. In comparison, labour law clauses included in trade agreements to date provided an opportunity to address the failure of a government to ensure effective enforcement of labour laws¹⁵. In the next part of the article the author analyses a couple of recent USMCA cases in order to verify the effectiveness of the RRLM¹⁶.

2.1. GM Silao

General Motors facility in Silao (Mexico) case of 2021 is definitely one of the cases, analysis of which will help us achieve the goal set in this article. It is in relation to this facility that the RRLM under the USMCA was used for the first time. More specifically, it was about violating fundamental labour rights, namely the right of free association and collective bargaining, with regard to a worker vote organised in order to express approval of their collective bargaining agreement. The US asked Mexico to review whether the denial of rights took place at a General Motors

¹⁵ A. Tyc, *Global...*, pp. 154-155. On the Annex see also: G. Bensusán Areous and L.P. Briseño Fabián, *The USMCA between the US and Mexico: A Step Towards More Sustainable Trade?*, Friedrich Ebert Stiftung, Berlin 2022, pp. 5-6; B. Bates, *Examining...*, pp. 46-47; Ch. Scherrer, *Novel...*, pp. 297-298.

¹⁶ The cases were analysed on the basis of the materials contained on the website: Bureau of International Labor Affairs, <https://www.dol.gov/agencies/ilab/our-work/trade/labor-rights-usmca-cases>, “USMCA Cases” [accessed: February 3, 2024].

facility. Importantly, “[i]n connection with the U.S. request, Ambassador Tai has directed the Secretary of the Treasury to suspend the final settlement of customs accounts related to entries of goods from GM’s Silao facility”¹⁷. The first phase of remediation under the USMCA involved the establishment of a “comprehensive plan” announced on 8 July 2021 by both the US and Mexico, aiming at enforcing international labour standards at the facility. To put it more accurately, the objective of this document was to provide the workers with the opportunity to vote on whether to legitimise their collective bargaining agreement in free and democratic ways, as well as to remediate the denial of the right of free association and collective bargaining. Mexico has committed itself to, among other things:

- ensure that a new legitimisation vote is held at the GM facility by 20 August 2021,
- allow the presence of federal inspectors from the Secretariat of Labor and Social Welfare,
- allow the presence of international observers from the International Labour Organization, as well as domestic observers from a Mexican autonomous institution.

That is exactly what happened. Mexican labour inspectors and International Labour Organization observers visited the plant of GM in Silao and were present there from two weeks before the vote until the vote itself, which took place on 18 August 2021. Workers were able to vote in an atmosphere free from interference of any kind and, as a consequence, rejected a collective agreement, which ended on 3 November 2021. In the next step (1–2 February 2022), they were able to vote in order to decide which of the four unions will exercise collective bargaining rights. The turnout was huge, with approximately 5,400 workers (nearly 90 percent of eligible workers) showing up. A new union, namely the National Independent Union for Workers in the Automotive Industry (*Sindicato independiente nacional de trabajadores trabajadoras de la industria automotriz*, SINTTIA), received more than 4,000 votes. Thus, the RRLM included in the USMCA fulfilled its role and proved to be effective.

2.2. Tridonex

The Tridonex case of 2021 was another one in which the novel RRLM was successfully used. On May 10, 2021, the Interagency Labor Committee for Monitoring

¹⁷ According to Article 31-A.4 “Requests for Review and Remediation”: “3. Upon delivering the request to the respondent Party, the complainant Party may delay final settlement of customs accounts related to entries of goods from the Covered Facility. Settlement of such accounts must resume immediately upon an agreement by the Parties that there is no Denial of Rights or a finding by a panel that there is no Denial of Rights”.

and Enforcement received a RRLM petition regarding the Tridonex automotive parts facility in Matamoros (Mexico) owned by the US company Cardone Industries. According to the petition filed by the American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations (AFL-CIO) and other groups, the facility's workers were being denied the right of free association and collective bargaining. Having established the existence of a sufficient credible evidence of a denial of rights enabling the good-faith invocation of a dispute settlement mechanism, the Interagency Labor Committee for Monitoring and Enforcement gave the green light to the USTR to request Mexico to review whether a denial of rights occurred at the Tridonex facility. As a result of these actions, an agreement was concluded between the Office of the USTR and Tridonex and a special Action Plan divided into three groups of commitments was issued. These groups included: 1) "Company's Support for a Personal, Free, and Secret Vote", 2) "Additional Steps to Ensure Respect for Workers' Rights of Collective Bargaining and Freedom of Association", 3) "Company Commitments regarding Certain Employees Lawfully Terminated prior to the Entry into Force of the USMCA". Thus, Tridonex committed itself to address allegations regarding the denial of rights and, in particular, agreed to:

- support the right of workers to determine their union representation without coercion;
- welcome and fully cooperate with any inspectors and observers sent to the facility;
- fully cooperate with the Government of Mexico's efforts to keep the vote safe, including by welcoming all security personnel, if necessary;
- provide training to all workers on their rights to collective bargaining and freedom of association;
- be neutral in any election for union representation;
- provide full severance to the former employees and offer six months of back pay to each of them (at least 154 workers who were dismissed from the facility).

In fact, thanks to the labour enforcement provision in USMCA, Tridonex workers managed to organise fair elections in which they voted for an independent union: the National Independent Union of Industry and Service Workers (*Sindicato Nacional Independiente de Trabajadores de Industrias y de Servicios*, SNITIS).

2.3. Panasonic

On April 18, 2022, a petition for review of the denial of rights was also filed by Rethink Trade and SNITIS in the case of Panasonic Automotive Systems electronic parts facility in Reynosa, Tamaulipas, Mexico. Panasonic was accused of violating rights of association by signing a collective agreement contrary to the procedure established by the Mexican labour reform aiming at ensuring worker representation

in their unions. In fact, the Interagency Labor Committee for Monitoring and Enforcement found credible and sufficient evidence of a denial of rights which resulted in the good faith application of the USMCA's RRLM. It was the third time in the history that the US Department of Labor and the USTR used the instrument in question. On May 18, 2022, the government of Mexico was requested by the Interagency Labor Committee to conduct a review at the Panasonic plant. The former had 45 days to investigate the claims and formulate findings, and after that period was able to facilitate a resolution on actions by Panasonic to remediate workers' claims. The remediation included:

- recognition of the independent union, namely SNITIS, as the workers' sole bargaining representative;
- the possibility of negotiation of a new collective agreement that significantly increased workers' wages;
- reinstatement with full back pay of workers allegedly dismissed for participating in trade union activities;
- reimbursement of wage deductions for persons who participated in a work stoppage at the Panasonic plant.

2.4. Teksid

A very similar scenario was found in the analysis of the case of the Teksid Hierro de México automotive parts manufacturing facility, State of Coahuila. In response to a petition filed¹⁸ under the USMCA Implementation Act, the US asked Mexico to review whether workers at that facility were being denied the rights of free association and collective bargaining. According the request for review of the allegations at the Teksid Hierro facility: "The United States is concerned that workers at the Facility are being denied the right of free association and collective bargaining, including in relation to union representation at the Facility, the collective bargaining agreement (CBA) registered with federal authorities and held by the *Sindicato Nacional de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos, Siderúrgicos y Similares de la República Mexicana* (SNTMMSSRM), and the invalid CBA registered with state authorities and held by the *Sindicato de Trabajadores de la Industria Metal Mecánica del Estado, C.T.M. (STIMME)*". Following the US request, the Secretary of the Treasury was directed to suspend the liquidation for all unliquidated entries of goods from the plant, pursuant to section 752(a) of the USMCA Implementation Act. The Interagency Labor Committee found out that

¹⁸ The petition was filed by the United Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers of America, the American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations, and *Sindicato Nacional de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos, Siderúrgicos y Similares de la República Mexicana*, a Mexican union.

there was credible and sufficient evidence of a denial of rights and the USTR submitted a request to Mexico for review, pursuant to Article 31-A.4.2 of the USMCA, whether or not workers were being denied the right of free association and collective bargaining. A review of the allegations induced the government of Mexico to acknowledge the denial of rights, as well as to facilitate an agreement between an independent labour trade union *Los Mineros* and Teksid Hierro. The effects of these actions are threefold:

- recognition of the independent trade union as the workers’ sole bargaining representative;
- repayment of dues owed to *Los Mineros* for multiple years;
- reinstatement with full back pay of 36 workers terminated reportedly for participating in trade union activity and a peaceful protest at the plant.

2.5. VU Manufacturing

On June 21, 2022, the fifth USMCA RRLM petition was filed by a Mexican labour union, namely *Liga Sindical Obrera Mexicana* and a worker advocacy group, namely the *Comité Fronterizo de Obreras* in case concerning VU Manufacturing auto parts facility in Piedras Negras, State of Coahuila. The Interagency Labor Committee found credible and sufficient evidence of denial of rights, which enabled the good faith use of the USMCA’s RRLM. On July 21, 2022, the US government requested the government of Mexico to review whether the rights of free association and collective bargaining were denied to workers at the VU Manufacturing. The government of Mexico took action to ensure a free and fair election in order to choose union representation for workers at the VU Manufacturing. It tried to educate workers, as well as provide training to the human resources and supervisory personnel at the facility. Moreover, it received the company’s commitment to remain neutral in the vote, which was communicated to workers at the facility. Before and during the vote officials from Mexico’s Federal Center for Conciliation and Labor Registration paid site visits to inquire into misconduct allegations and supervise the vote itself. Officials from the International Labor Organization and Mexico’s National Electoral Institute exercised the role of observers during elections at the request of the Mexican government. On September 9, 2022, the Federal Center for Conciliation and Labor Registration issued *Liga Sindical Obrera Mexicana* a certificate of representation, which authorised the latter to bargain collectively on behalf of VU Manufacturing workers.

Unfortunately, these actions did not improve the situation in the facility and the 6th request under the USMCA’s RRLM was made. It was a direct consequence of a new petition, filed on December 29, 2022, by the *Liga Sindical Obrera Mexicana* and the *Comité Fronterizo de Obreras*, that claimed the VU Manufacturing

continued to deny workers the rights of freedom of association and collective bargaining. In particular, it was about illegal discrimination against the fairly elected representative union (*Liga Sindical Obrera Mexicana*) by favouring the minority company union, as well as the fact that VU Manufacturing denied access rights to *Liga Sindical Obrera Mexicana* organisers, and allowed members of the company union to threaten and intimidate *Liga Sindical Obrera Mexicana* members. Indeed, the Interagency Labor Committee for Monitoring and Enforcement pointed out the existence of sufficient and credible evidence of a new denial of rights at VU Manufacturing, which permitted the good faith use of the RRLM and started the 3rd course of remediation under the USMCA's RRLM. It might have been considered good news in that on March 31, 2023, the US and Mexico announced an agreement on a course of remediation in order to address the second petition. VU Manufacturing committed itself to the following points:

- creating an environment that promotes respect for workers' choice of union representation;
- refraining from interference in union activities to the detriment of the most representative union;
- imposing sanctions against company employees responsible for undermining workers' rights (e.g. dismissals);
- cooperating with labour authorities in order to detect and sanction violations of freedom of association and collective bargaining rights in accordance with Mexican law.

When the case was settled with such an agreement on a course of remediation, it boded well for the future. However, on October 10, 2023, the Deputy Undersecretary for International Labor Affairs at the Department of Labor, Thea Lee, announced that: "Today, the U.S. Department of Labor notes the regrettable decision by Manufacturas VU Auto Components to close its facility in Piedras Negras. This marks the end of implementation of a course of remediation that sought to remedy egregious denial of freedom of association rights. Unfortunately, the company undermined the majority union's ability to represent workers in collective bargaining negotiations and their right to strike".

2.6. Saint Gobain

On September 27, 2022, the AFL-CIO, United Steelworkers, and a Mexican union, namely *Sindicato Independiente de las y los Trabajadores Libres y Democráticos de Saint Gobain México*, filed a petition concerning the Saint Gobain México facility in Cuautla, Mexico, exporting automotive glass. The petition alleged that workers were denied free association and collective bargaining rights in connection with the July 2022 collective bargaining agreement approval vote and the upcoming

vote to determine which union would represent workers in collective bargaining negotiations. While the US was reviewing the case the situation at the plant improved from the workers' perspective because the Mexican union petitioners won the representational vote. This was the sixth time a democratic, independent union won a representational vote under the USMCA's RRLM. The USTR, Ambassador Katherine Tai, commented on this as follows: "This resolution is another historic win for workers, who will now be represented by the union of their choice as they negotiate better working conditions".

Conclusion

At the beginning of this article, the author provides a background on the history of the side agreement to NAFTA, namely the NAALC, and lists the reasons why it had to be renegotiated. As emphasised above, only three out of eleven "Labor Principles" were susceptible to dispute resolution under the NAALC. Neither systematically violated freedom of association nor the right to bargain collectively was protected by sanctions. The other flashpoints – from the workers' point of view – concerned, *inter alia*, ghost unions, protection contracts and poor working conditions in "maquiladora" factories. A new trade agreement – USMCA – was hoped to correct all these irregularities.

The aim of this article was to answer the questions whether the RRLM under the USMCA is an effective tool to ensure remediation of a "Denial of Rights" and whether it could be a model for future trade agreements. The specific objectives of the paper were to critically examine two theses:

- the thesis that the new, independent trade unions finally begin to replace "protection" unions in Mexico so the RRLM is a good start of the trade union movement in this country;
- the thesis that the textile and garment industry workers may find themselves in a less favourable position than workers employed in sectors mentioned in footnote 4 of Annex-31.

Each part of the article, in particular the analysis of Tridonex, GM Silao, Panasonic, Teksid, VU Manufacturing and Saint Gobain cases gets us closer to our objective. The results of this study confirm the first thesis. In each of the cases discussed, we note the activity of independent trade unions: *Sindicato independiente nacional de trabajadores trabajadoras de la industria automotriz* (GM Silao), *Sindicato Nacional Independiente de Trabajadores de Industrias y de Servicios* (Tridonex and Panasonic), *Los Mineros* (Teksid), *Liga Sindical Obrera Mexicana* (VU Manufacturing) and *Sindicato Independiente de las y los Trabajadores Libres y Democráticos de Saint Gobain México* (Saint Gobain). Undoubtedly, the USMCA and the discussed

enforcement mechanism have significantly contributed to the emergence of the trade union movement in Mexico.

The research findings also positively verified the second thesis. The first six cases in which the RRLM was triggered concern the automotive sector. We have no examples of cases involving the textile and garment industry. Therefore, the concerns expressed earlier in the literature have been confirmed in practice.

Having regard to the above and taking in consideration VU Manufacturing case which did not end successfully because the facility in Piedras Negras was closed, we can anyway draw a general conclusion that the RRLM established in the US-MCA has a great deterrence effect and is an effective tool to ensure remediation of a “Denial of Rights” of free association and collective bargaining for workers. It could serve as a model when concluding new trade agreements. The EU, which still seems to be looking for enforcement solutions, should look at mechanisms that work in other countries and should learn a lesson from the analysis of the USMCA cases. Of course, one should remember that the provisions in question cannot be just blindly and uncritically copied into another trade agreement because it may simply bring unexpected results. Instead, when taking into account a “copying” method, one shall first assess all contextual differences¹⁹.

Future work might focus on the subsequent USMCA cases and might consider how to help workers employed in sectors other than those *expressis verbis* listed in footnote 4 of Annex-31.

References

- Bates B., *Examining Labour Rights Enforcement Mechanisms in NAFTA and the USMCA and Its Impact on Labour Conditions in Mexico*, “Western Journal of Legal Studies” 2022, Vol. 13, Issue 1.
- Bensusán Areous G. and Briseño Fabián L.P., *The USMCA between the US and Mexico: A Step Towards More Sustainable Trade?*, Friedrich Ebert Stiftung, Berlin 2022.
- Blecker R.A., *The Rebranded NAFTA: Will the usmca Achieve The Goals of the Trump Administration For North American Trade?*, “Norteamérica: Revista Académica del CISAN-UNAM” 2021, Vol. 16, Issue 2. DOI: 10.22201/cisan.24487228e.2021.2.516.
- Bonne W., *Unresolved Labor Disputes under the USMCA's Rapid Response Mechanism: Probing the Applicability of the ATS in Light of Nestle v. Doe*, “New York University Journal of Law and Business” 2022, Vol. 19, Issue 1.
- Bureau of International Labor Affairs, <https://www.dol.gov/agencies/ilab/our-work/trade/labor-rights-usmca-cases>, “USMCA Cases”.
- Burfisher M.E., Lambert F. and Matheson T., *NAFTA to USMCA: What Is Gained?*, International Monetary Fund, Washington, D.C. 2019.
- Compa L., *Trump, Trade, and Trabajo: Renegotiating NAFTA's Labor Accord in a Fraught Political Climate*, “Indiana Journal of Global Legal Studies” 2019, Vol. 26, Issue 1.
- Compa L. and Brooks T., *NAFTA and the NAALC: Twenty Years of North American Trade-Labour Linkage*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2015.

¹⁹ A. Tyc, *Global...*, p. 214. See the cited literature.

- Corvaglia M.A., *Labour Rights Protection and Its Enforcement under the USMCA: Insights from a Comparative Legal Analysis*, "World Trade Review" 2021, Vol. 20, Issue 5. DOI:10.1017/S1474745621000239.
- Covarrubias A.V., *El T-MEC y la tercera generación de arreglos laborales. Los escenarios probables para el trabajo y la industria regional*, "Norteamérica, revista académica del CISAN-UNAM" 2021, Vol. 16, Issue 1.
- Crossa M. and Cypher J.M., *Behind the Virtuous Façade: The USMCA's Restructuring of Mexico's Labor Relations*, "Dollars & Sense" May/June 2021, Issue 354.
- Cypher J.M. and Crossa M., *Beyond the Myth and Through the Mexican Labyrinth: Labor under the "New NAFTA," the U.S.-Mexico-Canada Agreement*, "Dollars & Sense" May/June 2019, Issue 342.
- De Lourdes Castellanos Villalobos M., *Libertad sindical en México. Aplicación de los convenios 87 y 98 de la OIT en relación con las obligaciones derivadas del T-mec*, "Revista Vox Juris" 2023, Vol. 41, Issue 1. DOI: 10.24265/VOXJURIS.2023.v41n1.09.
- Ocampo Merlo R.E., *Reforma laboral en México: una reconstrucción de su negociación y sus potencialidades prácticas*, "Espiral" 2023, Vol. 29, Issue 84.
- Office of the United States Trade Representative, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2020/march/ambassador-lighthizer-statement-canadas-approval-usmca>, "Ambassador Lighthizer Statement on Canada's Approval of the USMCA".
- Scherrer Ch., *Novel Labour-related Clauses in a Trade Agreement: From NAFTA to USMCA*, "Global Labour Journal" 2020, Vol. 11, Issue 3.
- Tyc A., *Global Trade, Labour Rights and International Law: A Multilevel Approach*, Routledge, London, New York 2021.
- VanDuzer J.A., Simons P. and Mayeda G., *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Country Negotiators*, Commonwealth Secretariat, London 2013.

Urszula K. Zawadzka-Pąk

Uniwersytet w Białymstoku
ORCID 0000-0002-3774-4295
u.zawadzka@uwb.edu.pl

Ewa Lotko

Uniwersytet w Białymstoku
ORCID 0000-0001-6847-8308
e.lotko@uwb.edu.pl

Zasada jedności materialnej jako determinanta zasady samodzielności finansowej gmin

Słowa kluczowe: recentralizacja, aksjologia, wartości publiczne, zasady budżetowe, samorząd terytorialny

Streszczenie. Zasada samodzielności finansowej jest szczególnie powiązana z jedną z zasad budżetowych, tj. zasadą jedności materialnej. Stąd jako cel artykułu obrano ustalenie sposobów i powodów naruszania zasady samodzielności finansowej i budżetowej zasady jedności materialnej w finansowaniu gmin. Aby ten cel osiągnąć, skoncentrowano się na wyjaśnieniu istoty i celów zasady samodzielności finansowej i zasady jedności materialnej oraz na wyjątkach od zasady jedności. W artykule posłużono się metodą dogmatyczno-prawną. Zaprezentowane rozważania prowadzą do konkluzji, że wprowadzanie wielu poważnych wyjątków od zasady jedności materialnej wynika z nadmiernej arbitralności ustawodawcy, ograniczania decentralizację i samodzielność finansową.

The principle of material unity as a determinant of the principle of financial independence of municipalities

Keywords: recentralization, axiology, public values, budget principles, local government

Summary. The principle of financial independence is particularly linked to one of the budgetary principles, i.e. the principle of material unity. The aim of the article is to describe the principles of financial independence and the principle of material unity in the financing of municipalities. To obtain this objectives, we focus on explaining the essence and goals of the principles of financial independence and the principles of material unity, as well as on exceptions to the principles of unity. The article bases on the dogmatic and legal method. The presented considerations lead to the conclusion that the introduction of many sources of exceptions to the principles of material unity results from additional regulatory arbitrariness, limiting decentralization and management independence.

Wprowadzenie

Budżet gminy jako szczególnego rodzaju plan finansowy charakteryzuje się lub powinien charakteryzować określonymi cechami. W zależności od tego, czy mamy do czynienia z istniejącymi, czy też postulowanymi cechami budżetu, mówimy o zasadach prawa w ujęciu dyrektywalnym (normatywnym) lub też zasadach prawa w ujęciu opisowym (doktrynalno-modelowym, postulatywnym). Zasady w pierwszym z tych znaczeń mają charakter powszechnie obowiązującego prawa, w drugim zaś odnoszą się do właściwych cech, jakie powinien mieć konkretny, dobrze skonstruowany budżet państwa lub budżet samorządu terytorialnego¹.

Problematyka zasad prawa bezpośrednio nawiązuje do aksjologii, tj. nauki o wartościach. Wynika to z faktu, że niektórym szczególnie istotnym wartościom nadaje się rangę zasad prawa będących instrumentem wprowadzania do systemu prawa określonych wartości². Te ostatnie są definiowane jako „coś cennego, godnego pożądanego i wyboru, będąc jednocześnie celem ludzkich dążeń”³ bądź też jako „wskazówki do podejmowania decyzji i działań, jak również środki do osiągnięcia określonych celów”⁴. Powyższe definicje mają istotne znaczenie z punktu widzenia celów, jakie określone wartości powinny spełniać z tytułu istnienia państwa oraz samorządu terytorialnego. Wynika to z faktu, że urzeczywistnianie w praktyce określonych wartości przyczynia się do znacznego usprawniania funkcjonowania danej organizacji publicznej.

Jedną z najważniejszych wartości publicznych, a jednocześnie zasadą wyznaczającą pozycję ustrojową i przesądzającą o istocie samorządu terytorialnego, jest samodzielność, w szczególności w jej wymiarze finansowym⁵. Można przyjąć, że na zakres tej samodzielności finansowej istotny wpływ mają regulacje prawne odnoszące się do prawa budżetowego, które jest kształtowane w szczególności poprzez zasady budżetowe, przy czym w literaturze brakuje opracowań wskazujących na relacje między zasadą samodzielności finansowej a poszczególnymi zasadami budżetowymi jednostek samorządu terytorialnego (j.s.t.). W opracowaniach na temat zasad budżetowych najczęściej wymienia się zasadę jedności (formalnej i materialnej), zasadę powszechności (zupełności), zasadę szczegółowości, zasadę przejrzystości, zasadę jawności, zasadę równowagi i zasadę roczności⁶, przy czym nie wszystkie z nich mają wymiar normatywny.

¹ M. Zubik, *Budżet państwa w polskim prawie konstytucyjnym*, Warszawa 2001, s. 30.

² M. Kordela, *Zasady prawa jako normatywna postać wartości*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, z. 1, s. 51.

³ Z. Ziemiński, *Wartości konstytucyjne*, Warszawa 1993, s. 12.

⁴ M. Rokeach, *The Nature of Human Values*, New York 1973, s. 81.

⁵ Z. Gromek, *Zasada samodzielności samorządu terytorialnego w Konstytucji RP*, Warszawa 2022, www.sip.lex.pl [dostęp: 31.07.2023].

⁶ D. Cyman, *Zasady budżetowe*, [w:] *Podstawy finansów publicznych i prawa finansowego*, red. A. Drwiłło, Warszawa 2018, s. 415-419.

Przyjęto założenie, że zasada samodzielności finansowej jest szczególnie powiązana z jedną z zasad budżetowych, tj. zasadą jedności materialnej. Jako cel obrano ustalenie sposobów i powodów naruszania zasady samodzielności finansowej i budżetowej zasady jedności materialnej w finansowaniu gmin. Aby ten cel osiągnąć, skoncentrowano się na wyjaśnieniu istoty i celów zasady samodzielności finansowej i zasady jedności materialnej (sekcje 2 i 3) oraz na wyjątkach od zasady jedności (sekcja 4). W artykule posłużono się metodą dogmatyczno-prawną, której istotą jest ustalenie treści obowiązującego prawa, jego analiza, wykładnia, egzegeza⁷. W tym celu wykorzystano zarówno literaturę, treść obowiązujących przepisów, jak i orzecznictwo.

1. Istota samodzielności finansowej gmin

Niewiele jest obecnie państw na świecie, które charakteryzują się powszechnym stosowaniem instrumentów demokracji bezpośredniej. W zdecydowanej większości krajów demokratycznych władza jest sprawowana przez przedstawicieli, którzy podejmują decyzje publiczne zarówno na szczeblu centralnym, jak i terytorialnym. W Polsce od czasu przemian ustrojowych, które rozpoczęły się w 1989 r., samorząd terytorialny jest postrzegany jako istotna instytucja umożliwiająca skuteczną demokratyzację państwa⁸. W zamyśle ustrojodawcy, wraz z odejściem od idei państwa scentralizowanego, samorząd terytorialny miał służyć decentralizacji władzy publicznej (art. 15 ust. 1 Konstytucji RP⁹). Warunkiem decentralizacji władzy publicznej jest ukształtowanie odpowiednich warunków do rozwoju samodzielności samorządu terytorialnego (art. 16 ust. 2 i art. 165 ust. 2 Konstytucji RP).

Zatem samodzielność samorządu terytorialnego jest wartością, a jednocześnie zasadą chronioną konstytucyjnie, przy czym nie ma ona charakteru bezwzględnego, co potwierdza jednolite orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego (TK)¹⁰ oraz doktryna¹¹. Jednym z istotnych elementów samodzielności jest „samodzielność finansowa, tzn. prawo samodzielnego prowadzenia gospodarki finansowej – pobierania dochodów określonych w ustawach (władztwo dochodowe) oraz dysponowania nimi – w granicach określonych przez ustawy – dla realizacji prawnie określonych

⁷ K. Opalek, *Problemy metodologiczne nauki prawa*, Warszawa 1962, s. 61.

⁸ G. Radomski, *Narzędzie demokratyzacji czy instytucja do poprawy? Spór o samorząd we współczesnej polskiej myśli politycznej*, „Annales Universitatis Paedagogicae Cracoviensis. Studia Politologica” 2016, vol. 213, s. 33.

⁹ Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. poz. 483 z późn. zm.

¹⁰ Z. Gromek, *op. cit.*

¹¹ E. Kornberger-Sokołowska, *Granice samodzielności finansowej samorządu terytorialnego w państwie unitarnym*, [w:] *Unitarny charakter państwa a samorząd terytorialny*, red. K. Małysa-Sulińska, M. Stec, Warszawa 2019, s. 67.

zadań (władztwo wydatkowe)”¹². Samodzielność finansowa jest pochodną przekazania samorządom przez państwo części władztwa finansowego. Oznacza to, że zakres samodzielności j.s.t. zależy od zakresu zadań wypełnianych przez sektor publiczny oraz od podziału zadań pomiędzy sektor rządowy a samorządowy¹³. Należy jednak dodać, że „samodzielności gminy, w tym jej gospodarki finansowej nie można rozumieć w ten sposób, że oznacza ona zakaz wszelkiej ingerencji w gospodarkę finansową gminy także ze strony ustawodawcy”¹⁴, bowiem państwo poprzez swoje organy centralne powinno mieć możliwość wpływania na sferę wykonywania zadań publicznych przez gminy. Jednym z narzędzi tego oddziaływania są instrumenty finansowe, za pomocą których państwo wspiera określone działania samorządów w wybranych obszarach¹⁵. Ograniczenia samodzielności finansowej j.s.t., szczególnie w państwie unitarnym są akceptowalne, jednak obecnie „mechanizmy ochronne przed nadmiernymi i nieuzasadnionymi ograniczeniami są jednak niewystarczające, a sposób ich wykorzystywania budzi liczne kontrowersje”¹⁶.

Samodzielność finansowa gmin ma wymiar dochodowy i wydatkowy. Finansowa samodzielność dochodowa gmin oznacza stworzenie mechanizmów prawnych zapewniających stabilne, wydajne, przewidywalne, adekwatne do zadań źródła dochodów występujących na obszarze ich właściwości, umożliwiające prowadzenie własnej polityki fiskalnej¹⁷. Podstawy prawne samodzielności wydatkowej wyznacza art. 167 Konstytucji RP. Postanowienia konstytucyjne przewidują m.in., że dochodami gminy mogą być jedynie te określone w odrębnych ustawach. Samo zastrzeżenie, że źródła dochodów są regulowane przepisami ustawowymi nie musi jednak ograniczać finansowej samodzielności dochodowej, pod warunkiem że będzie to odpowiednia, w proporcji do realizowanych zadań, wielkość przyznaných środków¹⁸. Należy jednak zwrócić uwagę, że „samodzielność gmin jest tym większa, im większy jest zakres dochodów własnych, a mniejszy dotacji celowych. Dochody własne są najstabilniejszym elementem budżetu, umożliwiającym uniezależnić się finansowo od czynników zewnętrznych, takich jak wpływy polityczne

¹² Wyrok TK z 16.03.1999 r., OTK ZU 3/1999, poz. 37.

¹³ P. Kryczko, *Komentarz do art. 51 ustawy o samorządzie gminnym*, [w:] *Komentarz do ustawy o samorządzie gminnym*, red. P. Chmielnicki, Warszawa 2007, s. 477-478.

¹⁴ Wyrok TK z 16.03.1999 r., *op. cit.*

¹⁵ E. Kornberger-Sokołowska, *Granice samodzielności...*, s. 67.

¹⁶ *Ibidem*, s. 74-75.

¹⁷ W. Miemiec, *Decentralizacja finansów publicznych a samodzielność finansowa samorządu terytorialnego*, [w:] *Prawo finansów publicznych z kazusami i pytaniami*, red. W. Miemiec, Warszawa 2020, s. 236; M. Jastrzębska, *Finanse jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2012, s. 54; M. Kosek-Wojnar, *Samodzielność jednostek samorządu terytorialnego w sferze wydatków*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Ekonomicznej w Bochni” 2006, nr 4, s. 76.

¹⁸ L. Jańczuk, *Samodzielność jednostek samorządu terytorialnego jako podmiotów administracji publicznej w Polsce*, Lublin 2013, s. 99.

czy środki uzyskane ze źródeł pozabudżetowych¹⁹. Tymczasem obecne regulacje prawne, zwłaszcza w odniesieniu do środków transferowych, są bardzo ogólnikowe, co oznacza, że nie chronią przed arbitralnością i nadmiernym upolitycznieniem procesów decyzyjnych organów państwa²⁰.

Odnosząc się do drugiego wymiaru samodzielności finansowej, należy stwierdzić, że samodzielność wydatkowa oznacza prawo j.s.t. do ustalania hierarchii potrzeb poprzez decydowanie o rodzajach zadań realizowanych przez samorząd oraz o sposobie, rodzajach, zakresie i wielkości ponoszonych wydatków w celu sfinansowania tych zadań, które mieszczą się w kompetencjach tych jednostek²¹. Choć ustrojodawca wprost nie ustanawia zasady finansowej samodzielności wydatkowej, można ją wyinterpretować z art. 163 Konstytucji RP. Gminy realizują zadania własne (obowiązkowe i fakultatywne) i zadania zlecone z zakresu administracji rządowej. Realizacja tych zadań charakteryzuje się różnym stopniem finansowej samodzielności wydatkowej. W przypadku zadań obowiązkowych jest ona mniejsza niż w przypadku zadań fakultatywnych, które gmina może wykonywać, jedynie jeśli uzna to za celowe, uwzględniając rzeczywiste potrzeby i posiadane środki²². Jednak w przypadku zadań zleconych samodzielność wydatkowa jest jeszcze mniejsza, gdyż sprowadza się w zasadzie tylko do wyboru sposobu ich wykonania przy możliwie najniższych nakładach²³.

2. Istota i cele zasady jedności materialnej

Zasada jedności materialnej (inaczej nazywana zasadą niefunduszowania) od początku istnienia gospodarki budżetowej jest naczelnym postulatem teoretycznym, niezrealizowanym jednak w pełni w żadnym systemie budżetowym²⁴. W literaturze zagadnienie budżetowej zasady jedności materialnej na płaszczyźnie samorządu terytorialnego praktycznie nie jest omawiane, stąd wyjaśnienie istoty i celów zasady jedności materialnej w odniesieniu do budżetu gminy wymaga odwołania się do zagadnień z zakresu budżetu państwa.

¹⁹ J. Glumińska-Pawlic, *Samodzielność finansowa jednostek samorządu terytorialnego w Polsce. Studium prawnofinansowe*, Katowice 2003, s. 117.

²⁰ E. Kornberger-Sokołowska, *Granice samodzielności...*, s. 70.

²¹ E. Markowska-Bzducha, *Gospodarka finansowa gmin w latach 1991-2000 a ich samodzielność*, [w:] *Prawne i finansowe aspekty funkcjonowania samorządu terytorialnego*, t. 2, red. S. Dolata, Opole 2000, s. 176; E. Kornberger-Sokołowska, *Granice samodzielności...*, s. 74; J. Glumińska-Pawlic, *Samodzielność finansowa...*, s. 189-195; A. Kasperowicz-Stępień, *Zakres samodzielności wydatkowej JST w Polsce w latach 1999-2004*, „Zeszyty Naukowe” 2008, nr 778, s. 110.

²² J. Glumińska-Pawlic, *Samodzielność finansowa...*, s. 189.

²³ *Ibidem*, s. 195.

²⁴ M. Weralski, *Finanse i prawo finansowe*, Warszawa 1978, s. 196; E. Chojna-Duch, *Polskie prawo finansowe. Finanse publiczne*, Warszawa 2007, s. 83.

Według najbardziej skondensowanej definicji zasada jedności oznacza postulat przeznaczania całości dochodów budżetowych na pokrycie całości wydatków budżetu²⁵. Oznacza to zatem, że poszczególne składniki dochodów budżetowych nie mogą być związane konkretnymi składnikami wydatków budżetowych²⁶. W konsekwencji wszystkie dochody budżetowe tworzą jedną wspólną pulę środków wykorzystywaną w całości na wydatki, które organ uchwalający uzna za właściwe²⁷. Z tego jednego zasobu finansowanego dokonywany jest podział środków na podstawie obowiązującego prawa i w granicach w nim określonych. Konkretyzacja źródeł dochodów i przychodów nie może bowiem przesądzać o ich przeznaczeniu²⁸. Zasada jedności materialnej implikuje zatem zakaz łączenia zarówno finansowego, jak i logicznego poszczególnych kategorii środków publicznych, głównie dochodów publicznych, ale również przychodów publicznych pochodzących z poszczególnych tytułów na finansowanie imiennie oznaczonych rodzajów wydatków²⁹. Zatem rozwiązaniem organizacji budżetu sprzecznym z zasadą jedności materialnej jest funduszowanie polegające na łączeniu konkretnych dochodów z konkretnymi wydatkami³⁰.

Pomimo iż w doktrynie od dawna wskazuje się na istnienie w polskim prawie finansowym zasady jedności materialnej³¹, ustawodawca nie posługuje się tym terminem wprost. Niemniej jednak zasada jedności materialnej ma w Polsce charakter normatywny³². Podstawa prawna zasady jedności materialnej zarówno w stosunku do budżetu państwa, jak i j.s.t. znajduje się w art. 42 ust. 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych³³, zgodnie z którym środki publiczne pochodzące z poszczególnych tytułów nie mogą być przeznaczane na finansowanie imiennie wymienionych wydatków, chyba że odrębna ustawa stanowi inaczej. Tak skonstruowanej prawnie zasady jedności materialnej, zgodnie z art. 42 ust. 3 i ust 4 u.f.p., nie stosuje się do wydatków finansowanych z kredytów udzielonych przez między-

²⁵ M. Weralski, *Budżet państwowy*, [w:] *System instytucji prawno-finansowych PRL*, t. 2: *Instytucje budżetowe*, red. M. Weralski, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1982, s. 31; E. Chojna-Duch, *op. cit.*, s. 83.

²⁶ C. Kosikowski, *Zasady budżetowe (na tle projektowanych zmian w prawie budżetowym PRL)*, „Finanse” 1967, nr 5, s. 58.

²⁷ C. Kosikowski, *Zasady budżetowe...*, s. 58; J. Harasimowicz, *Zasada nietworzenia funduszy celowych w ramach budżetu*, [w:] *Zasady polskiego prawa budżetowego*, J. Gliniecka, J. Harasimowicz, Bydgoszcz 2001, s. 44.

²⁸ B. Kucia-Guściora, *Komentarz do art. 42 ustawy o finansach publicznych*, [w:] *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, red. P. Smoleń, Warszawa 2014, Legalis.

²⁹ J. Harasimowicz, *Zasada nietworzenia...*, s. 44; B. Kucia-Guściora, *op. cit.*

³⁰ E. Ruśkowski, J. Stankiewicz, *System budżetowy*, [w:] *Finanse publiczne i prawo finansowe*, t. 1, red. E. Ruśkowski, Warszawa 2000, s. 138.

³¹ Por. R. Rybarski, *Nauka skarbowości*, Warszawa 1935, s. 28.

³² A. Hanusz, *Budżet państwa*, [w:] *Prawo finansowe*, red. A. Hanusz, Warszawa 2022, s. 117.

³³ Dz.U. z 2023 r. poz. 1641 z późn. zm., dalej: u.f.p.

narodowe instytucje finansowe, o ile umowa tak stanowi, środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegających zwrotowi środków z pomocy udzielanej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), a także kosztów ponoszonych przez jednostki prowadzące działalność gospodarczą, agencje wykonawcze, instytucje gospodarki budżetowej oraz inne państwowe osoby prawne, samorządowe zakłady budżetowe. Podkreślenia wymaga fakt, że w ujęciu art. 42 ust. 2 u.f.p. zasada jedności materialnej odnosi się do wszystkich środków publicznych, więc nie tylko do tych rejestrowanych w budżecie państwa i budżecie j.s.t.³⁴

Przechodząc do omówienia celów, które przypisuje się zasadzie jedności materialnej, należy stwierdzić, że ułatwia ona wgląd w całość działalności państwowej³⁵ i sprzyja racjonalności w gospodarce, zwłaszcza gdy ograniczoność zasobów finansowych nie pozwala na realizację wszystkich zaplanowanych wydatków³⁶. Zasada ta ma istotne znaczenie zarówno dla organów przygotowujących projekt budżetu (rządu, zarządu j.s.t.), jak i organów uchwalających budżet (parlamentu, organu stanowiącego j.s.t.), gdyż jej realizacja zapewnia efektywne oraz elastyczne planowanie finansowania wydatków budżetowych, skoro pomijane są związki ze źródłem³⁷. Umożliwia ona bowiem ustalenie wydatków w sposób zgodny z aktualnymi potrzebami, zapewniając organom planującym i uchwalającym budżet swobodę ustalania priorytetów oraz hierarchii potrzeb istotnych do spełnienia w danym roku budżetowym³⁸. Dzieje się tak dzięki temu, że zasada jedności materialnej zapobiega podziałowi budżetu na segmenty³⁹. Naruszanie zasady jedności materialnej ogranicza elastyczność w podejmowaniu decyzji rządu i parlamentu w zakresie alokacji środków publicznych między poszczególne cele⁴⁰. Naruszanie zasady jedności materialnej poprzez tworzenie funduszy celowych skutkuje „odrywaniem” określonych środków publicznych (i operacji nimi) od budżetu, co określa się mianem nieuzasadnionej debudżetyzacji⁴¹. Prowadzić to może do zamrożenia części środków lub pozbawienia finansowania niektórych zadań⁴².

³⁴ B. Kucia-Guściora, *op. cit.*

³⁵ M. Weralski, *Finanse...*, s. 196.

³⁶ W. Wójtowicz, *Podstawy prawa budżetowego i gospodarki budżetowej państwa*, [w:] *Zarys finansów publicznych i prawa finansowego*, red. W. Wójtowicz, Warszawa 2020, s. 95

³⁷ A. Hanusz, *op. cit.*, s. 118; B. Kucia-Guściora, *op. cit.*

³⁸ J. Harasimowicz, *Zasada nietworzenia...*, s. 44; A. Majchrzycka-Guzowska, *Finanse i prawo finansowe*, Warszawa 1996, s. 30; E. Ruśkowski, J. Stankiewicz, *op. cit.*, s. 138.

³⁹ E. Kornberger-Sokołowska, *Budżet państwa*, [w:] M. Bitner *et al.*, *Prawo finansowe. Prawo finansów publicznych. Prawo podatkowe. Prawo bankowe*, Warszawa 2017, s. 140-141.

⁴⁰ J. Osiatyński, *Finanse publiczne. Ekonomia i polityka*, Warszawa 2006, s. 35-36.

⁴¹ E. Ruśkowski, J. Stankiewicz, *op. cit.*, s. 138.

⁴² J.M. Szołno-Koguc, *Racjonalność wydatków publicznych a realizacja budżetowej zasady jedności*, [w:] *Ekonomiczne i prawne problemy racjonalizacji wydatków publicznych*, t. 1, red. J. Głuchowski, A. Pomorska, J. Szołno-Koguc, Lublin 2005, s. 144.

3. Wyjątki od zasady jedności materialnej w gminach

Wzrost znaczenia różnego rodzaju funduszy celowych, a tym samym łączenia środków publicznych pochodzących z określonych tytułów z finansowaniem określonych wydatków, nastąpił wraz z wystąpieniem w Polsce najpierw stanu zagrożenia epidemiologicznego spowodowanego zakażeniami wirusem SARS-CoV-2, później kryzysu uchodźczego związanego z wojną w Ukrainie i kryzysu energetycznego. Mechanizmy pomocowe powstałe w celu przeciwdziałania negatywnym skutkom powyższych zdarzeń w dużej mierze są realizowane za pomocą funduszy celowych, stały się więc ważną częścią dochodów j.s.t. Jednakże struktura i charakter prawny funduszy celowych w świetle prawa finansów publicznych są niejednolite. Obok bowiem klasycznych państwowych funduszy celowych (zaliczanych do sektora finansów publicznych, funkcjonujących obok budżetu państwa i objętych ustawą budżetową) funkcjonują tzw. pozabudżetowe rządowe fundusze celowe, utworzone na podstawie ustaw, które są obsługiwane przez Bank Gospodarstwa Krajowego (BGK), co oznacza, że funkcjonują poza zakresem podmiotowym sektora finansów publicznych.

Stosowany na dużą skalę od 2020 r. mechanizm tworzenia funduszy w ramach BGK i realizacji zadań publicznych poza granicami sektora finansów publicznych okazał się szybką i skuteczną metodą w utrzymaniu rozwoju j.s.t. (w szczególności gmin) właśnie w czasie kryzysów, jak i w uniknięciu ich negatywnych skutków. Przykładem instrumentu, który powstał bezpośrednio w celu zapewnienia środków finansowych niezbędnych do finansowania i wsparcia realizacji zadań związanych z przeciwdziałaniem COVID-19, jest Fundusz Przeciwdziałania COVID-19 i utworzone w ramach jego struktury subfundusze czy też „quasi-fundusze w funduszu”⁴³. Fundusz Przeciwdziałania COVID-19 utworzony został na mocy art. 65 ustawy z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw⁴⁴ w celu bezpośredniego zapewnienia środków finansowych niezbędnych do finansowania i wspierania realizacji zadań związanych z przeciwdziałaniem COVID-19⁴⁵.

⁴³ B. Dziedziak, Środki Rządowego Funduszu Inwestycji Lokalnych oraz Rządowego Funduszu Polski Ład, [w:] *Uchwała budżetowa jednostki samorządu terytorialnego*, red. B. Dziedziak, A. Ostrowska, W. Witalec, Warszawa 2023, s. 465.

⁴⁴ Dz.U. poz. 568 z późn. zm., dalej: ustawa COVID-19.

⁴⁵ Zgodnie z tekstem pierwotnym ustawy z dnia 31 marca 2020 r. Fundusz Przeciwdziałania COVID-19 utworzony został w formie państwowego funduszu celowego, czyli jednej z form organizacyjno-prawnych sektora finansów publicznych, wskazanych w art. 9 pkt u.f.p. Z uwagi na zadania publiczne przypisane Funduszowi, jak i sposób gromadzenia przychodów służących ich realizacji, forma organizacyjno-prawna państwowego funduszu celowego powinna być uznana za właściwą. Ponadto ustawa powołująca Fundusz określała wszystkie elementy wymagane u.f.p. dla utworzenia i działalności

Zgodnie z art. 65 ust. 4 ustawy COVID-19 przychodami Funduszu Przeciwdziałania COVID-19 są przede wszystkim środki z obligacji wyemitowanych przez BGK w kraju i za granicą na rzecz Funduszu, których emisja objęta jest gwarancją Skarbu Państwa. Kategorią przychodów zasilających Fundusz są także wpłaty środków pieniężnych pochodzących od następujących podmiotów sektora finansów publicznych: agencji wykonawczych, instytucji gospodarki budżetowej, państwowych funduszy celowych, Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i zarządzanych przez niego funduszy oraz Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i funduszy zarządzanych przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego oraz innych państwowych osób prawnych⁴⁶. Fundusz może być również zasilany środkami, które za zgodą Komisji Europejskiej mogą zostać przeznaczone na wsparcie realizacji zadań związanych z przeciwdziałaniem COVID-19, wpłatami z budżetu państwa, w tym budżetu środków europejskich, wpływami ze skarbowych papierów wartościowych, środkami pochodzącymi z zaciągniętych kredytów oraz innymi przychodami. Ponadto, zgodnie z przepisami wprowadzonymi ustawą z dnia 7 grudnia 2023 r. o zmianie ustaw w celu wsparcia odbiorców energii elektrycznej, paliw gazowych i ciepła⁴⁷, środki Funduszu mogą także pochodzić z przekazanych na rachunek Funduszu Przeciwdziałania COVID-19 środków finansowych zgromadzonych z tytułu odpisu na Fundusz Wpłaty Różnicy Ceny oraz środków zgromadzonych z tytułu wpłat składki solidarnościowej⁴⁸, z tytułu gazowego odpisu na Fundusz Wpłaty Różnicy Ceny oraz z przekazanych środków zgromadzonych z tytułu gazowej składki⁴⁹. Ponadto zgodnie z przepisami, które wejdą w życie w dniu 25 marca 2024 r. na mocy art. 9 ustawy z dnia 9 marca

typowego państwowego funduszu celowego. Zmiana statusu Funduszu nastąpiła art. 75 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz.U. z 2020 r. poz. 695), która zmieniła treść art. 65 ustawy o COVID-19, który po zmianie brzmi: „W Banku Gospodarstwa Krajowego tworzy się Fundusz Przeciwdziałania COVID-19, zwany dalej «Funduszem», w celu finansowania lub dofinansowania realizacji zadań związanych z przeciwdziałaniem COVID-19”. Oznacza to, że Fundusz nie jest już państwowym funduszem celowym ani też nie można zakwalifikować go na gruncie u.f.p. do żadnej innej formy sektora finansów publicznych. Ponadto utworzenie go w BGK skutkuje wyłączeniem Funduszu z sektora finansów publicznych. Szerzej zob. B. Kucia-Guściora, *Fundusz Przeciwdziałania COVID-19 – antidotum finansowe na czas pandemii*, „Kwartalnik Prawno-Finansowy” 2020, nr 1, s. 26-50.

⁴⁶ Zgodnie z pkt 1 ust. 4 ustawy o COVID-19 wpłaty nie mogą pochodzić od samorządowych osób prawnych, z wyjątkiem środków pochodzących z dotacji z budżetu i środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegających zwrotowi środków z pomocy udzielanej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) oraz środków pochodzących ze źródeł zagranicznych niepodlegających zwrotowi.

⁴⁷ Dz.U. poz. 2760.

⁴⁸ Art. 2 pkt 10 ustawy z dnia 27 października 2022 r. o środkach nadzwyczajnych mających na celu ograniczenie wysokości cen energii elektrycznej oraz wsparciu niektórych odbiorców w 2023 roku oraz w 2024 roku, Dz.U. poz. 2243 z późn. zm.

⁴⁹ Art. 2 pkt 4 ustawy z dnia 15 grudnia 2022 r. o szczególnej ochronie niektórych odbiorców paliw gazowych w 2023 r. oraz w 2024 r. w związku z sytuacją na rynku gazu, Dz.U. poz. 2687 z późn. zm.

2023 r. o zmianie ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji oraz niektórych innych ustaw⁵⁰, środkami zasilającymi Fundusz COVID-19 będą również przekazane Funduszowi środki zgromadzone z tytułu sprzedaży w drodze aukcji uprawnień do emisji gazów cieplarnianych⁵¹.

Zgodnie z pierwotnym brzmieniem ustawy COVID-19 środki Funduszu przeznaczone były na finansowanie lub dofinansowanie: realizacji zadań związanych z przeciwdziałaniem COVID-19; wykup i zapłatę odsetek od obligacji, wyemitowanych na rzecz Funduszu przez BGK oraz pokrycie kosztów ich emisji; zwrotu BGK środków przekazanych w przypadku niedoboru na rachunku Funduszu środków niezbędnych do terminowej obsługi działań wraz z wynagrodzeniem w wysokości ustalonej z ministrem właściwym do spraw finansów publicznych. Rozbudowa katalogu przeznaczenia środków Funduszu następowała sukcesywnie wraz z uchwalaniem innych ustaw, m.in. ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowanych kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19⁵², gdzie dodano do art. 65 ust. 5 pkt 4 ustawy o COVID-19, zgodnie z którym środki Funduszu mogą być przeznaczane na zwrot wydatków poniesionych na realizację zadań związanych z przeciwdziałaniem COVID-19; ustawy z dnia 5 sierpnia 2022 r. o dodatku węglowym⁵³, gdzie dodano do art. 65 ust. 5 w pkt 6 ustawy o COVID-19, zgodnie z którym środki z Funduszu mogą być przeznaczone na wypłaty i obsługę dodatku węglowego; ustawy z dnia 7 października 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach służących ochronie odbiorców energii elektrycznej w 2023 r. oraz w 2024 r. z związku z sytuacją na rynku energii elektrycznej⁵⁴, gdzie dodano do art. 65 ust. 5 pkt 8 ustawy o COVID-19, zgodnie z którym środki z Funduszu mogą służyć wypłatom i obsłudze stosownych rekompensat oraz dodatku elektrycznego. Powyższe wskazuje, że środki Funduszu mogą być przeznaczane nie tylko na finansowanie lub dofinansowanie realizacji zadań związanych bezpośrednio z przeciwdziałaniem COVID-19. W sytuacji poszerzania katalogu zadań finansowanych z Funduszu i bez określenia ram czasowych jego funkcjonowania może dojść do niebezpiecznego zjawiska. Ze środków, którymi dysponuje BGK, realizowane są zadania publiczne, ale również zaciągane są zobowiązania, których gwarantem jest Skarb Państwa. Zjawisko to można określić tzw. debudżetyzacją zewnętrzną, która polega na przenoszeniu środków publicznych nie tylko poza budżet państwa, ale poza cały sektor finansów

⁵⁰ Dz.U. poz. 556.

⁵¹ Art. 49 ust. 2c ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o systemie handlu uprawnieniami do emisji gazów cieplarnianych, Dz.U. z 2023 r. poz. 589 z późn. zm.

⁵² Dz.U. z 2022 r. poz. 2141.

⁵³ Dz.U. poz. 1692.

⁵⁴ Dz.U. z 2023 r. poz. 1704.

publicznych⁵⁵, stąd z punktu widzenia zadań publicznych, które realizuje Fundusz Przeciwdziałania COVID-19 i utworzone w jego ramach subfundusze i programy wsparcia, jak i z uwagi na skalę środków publicznych⁵⁶, którymi Fundusz dysponuje, funkcjonowanie poza strukturą sektora finansów publicznych uznać należy co najmniej za wątpliwe.

Na mocy delegacji art. 65 ust. 28 ustawy COVID-19, w celu przeciwdziałania skutkom społeczno-gospodarczym COVID-19, Rada Ministrów może określić, w drodze uchwały, zasady rozdziału i przekazywania wsparcia finansowego pochodzącego ze środków Funduszu, na inwestycyjne zadania dla j.s.t. Zgodnie ze wskazaną delegacją ustawową utworzone zostały następujące formy wsparcia przeznaczone bezpośrednio samorządom z określonym wprost przeznaczeniem wykorzystania środków: Rządowy Fundusz Polski Ład – Program Inwestycji Strategicznych w 2021 r. oraz Rządowy Fundusz Odbudowy Zabytków w 2022 r. Powstały zatem tzw. subfundusze zasilane środkami pochodzącymi z Funduszu COVID-19, będące mechanizmami dofinansowania lub finansowania określonych przez administrację rządową zadań samorządu terytorialnego. Stąd należy je nazywać środkami o celowym, kierunkowym przeznaczeniu, pochodzącymi z centralnego podziału, których głównym dystrybutorem jest BGK. Cechy strukturalne oraz charakterystykę wskazanych subfunduszy przedstawia poniższe zestawienie.

Tabela 1. Cechy i charakterystyka wybranych „subfunduszy”*

Wyszczególnienie	Rządowy Fundusz Polski Ład – Program Inwestycji Strategicznych	Rządowy Program Odbudowy Zabytków
Podstawa prawna	Art. 65 ust. 28 ustawy COVID-19 oraz Uchwała nr 84/2021 Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2021 r. w sprawie ustanowienia Rządowego Funduszu Polski Ład: Programu Inwestycji Strategicznych.	Art. 65 ust. 28 ustawy COVID-19 oraz Uchwała nr 232/2022 Rady Ministrów z dnia 23 listopada 2022 r. w sprawie ustanowienia Rządowego Programu Odbudowy Zabytków.
Operator środków	Bank Gospodarstwa Krajowego	Bank Gospodarstwa Krajowego
Dysponent środków	Prezes Rady Ministrów, który może upoważnić wojewodę lub ministra do składania dyspozycji wypłaty ze środków Funduszu.	Prezes Rady Ministrów, który może upoważnić wojewodę lub ministra do składania dyspozycji wypłaty ze środków Funduszu.

⁵⁵ M. Tyniewicki, M. Koziół, *Current problems of financial law in Poland and in the Czech Republic including effects of the COVID-19 pandemic*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2021, vol. 26, nr 4, s. 60–61.

⁵⁶ Zgodnie z wyrokiem z 24.03.2022 r. WSA w Krakowie, I SA/Kr 68/22, LEX nr 3339564, źródła finansowania Funduszu Przeciwdziałania COVID-19 stanowią szeroko rozumiane środki publiczne budżetu państwa, których w tym przypadku dysponentem pozostaje Prezes Rady Ministrów lub upoważniony przez niego minister kierujący określonym działem administracji rządowej.

Charakter redystrybucji środków	Mechanizm bezzwrotnego dofinansowania na realizację zadań inwestycyjnych jednostek samorządu terytorialnego ze wskazanych obszarów, również mających na celu przeciwdziałanie skutkom społeczno-gospodarczym pandemii COVID-19.	Mechanizm bezzwrotnego dofinansowania prac konserwatorskich, restauratorskich i robót budowlanych przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków.
Forma wsparcia	Udzielanie promes inwestycyjnych przez BGK. Wpłata pełnej kwoty dofinansowania z promesy następuje po zrealizowaniu inwestycji.	Udzielanie promes inwestycyjnych przez BGK. Wpłata pełnej kwoty dofinansowania z promesy następuje po zrealizowaniu inwestycji.
Wkład własny	Wymagany, np. w dziewiątej edycji – pt. Rozświetlamy Polskę – wymagany udział własny wnioskodawcy to 20% wartości inwestycji.	Wymagany, min. 2% wartości inwestycji.
Cel programu	Pobudzenie aktywności inwestycyjnej j.s.t., rozwój lokalnej przedsiębiorczości, poprawa warunków życia obywateli, powstanie nowych miejsc pracy, wsparcie zrównoważonego rozwoju, efektywne zaangażowanie sektora finansowego.	Wsparcie samorządów w poprawieniu stanu, odbudowie i remontach obiektów zabytkowych, przyczyniając się tym samym do poprawy ich stanu i ochrony przed degradacją i niszczeniem.
Cele dofinansowania	Enumeratywnie wskazane obszary w ramach każdej z edycji: – w 1 edycji środki przeznaczone były dla wszystkich j.s.t. na inwestycje z 35 obszarów w ramach priorytetowych inwestycji: • Priorytet 1: np. budowa lub modernizacja infrastruktury drogowej • Priorytet 2: np. tabor z napędem zeroemisyjnym • Priorytet 3: np. budowa lub modernizacja infrastruktury edukacyjnej • Priorytet 4: tabor zbiorowego transportu wodnego – w 2 edycji środki przeznaczone były dla wszystkich j.s.t. na inwestycje z 36 obszarów, – w 3 edycji środki przeznaczone były dla gmin i powiatów, w których zlokalizowane były PGR-y na inwestycje z 36 obszarów,	Finansowanie prac konserwatorskich, restauratorskich i robót budowlanych przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków, do którego tytuł prawny posiada wnioskodawca, lub udzielanie przez wnioskodawcę dotacji na wykonanie prac konserwatorskich, restauratorskich lub robót budowlanych przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków lub znajdującym się w ewidencji zabytków.

	– w 4 edycji środki przeznaczone były dla gmin uzdrowiskowych na inwestycje z 37 obszarów, – w 5 edycji środki przeznaczone były na rozwój stref przemysłowych na inwestycje z 4 obszarów, – w 6 edycji środki przeznaczone były dla gmin i powiatów, w których zlokalizowane były PGR-y, na inwestycje z 36 obszarów, – w 7 edycji środki przeznaczone były na rozwój stref przemysłowych na inwestycje z 4 obszarów, – w 8 edycji środki przeznaczone były dla wszystkich j.s.t. na inwestycje z 36 obszarów, – w 9 edycji środki przeznaczone były na modernizację infrastruktury oświetleniowej.	
Rodzaj zadań	Inwestycyjne	Inwestycyjne
Procedura składania wniosku o wsparcie	Wnioski składane do Prezesa Rady Ministrów za pośrednictwem BGK (przez elektroniczną Aplikację Polski Ład).	Wnioski składane do Prezesa Rady Ministrów za pośrednictwem BGK w formie elektronicznej przez aplikację BGK.
Czas składania wniosków	Na stronach internetowych Kancelarii Prezesa Rady Ministrów i BGK publikowane są ogłoszenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie naborów wniosków. Edycja pierwsza odbyła się w dniach: 2.07.-15.08.2021. Edycja dziewiąta odbyła się w dniach: 28.08.-18.09.2023.	Na stronach internetowych Kancelarii Prezesa Rady Ministrów i BGK publikowane są ogłoszenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie naborów wniosków. Edycja pierwsza odbyła się w dniach: 24.11.2022-31.03.2023. Edycja druga odbyła się w dniach: 26.07.-16.08.2023.
Wartość przeznaczonych środków	63,4 mld zł	4,3 mld zł

* Powyższe zestawienie subfunduszy w części zostało wykorzystane również w publikacji: A. Ostrowska, E. Lotko, *Earmarked Funds as a Source of Financing Local Government Tasks and an Instrument of Sustainable Development*, [w:] *Interaction of Law and Economics: Sustainable Development*, E. Tomášková, J. Neckář, Brno 2023, s. 141-142.

Źródło: akty prawne regulujące dany fundusz oraz informacje opublikowane na stronach internetowych Kancelarii Prezesa Rady Ministrów RP oraz BGK: <https://www.bgk.pl/polski-lad/>; <https://www.gov.pl/web/premier/rzadowy-program-odbudowy-zabytkow>; <https://www.bgk.pl/programy-i-fundusze/programy/rzadowy-program-odbudowy-zabytkow-edycja-druga/>.

Wnioski

Rozważania zaprezentowane w niniejszym artykule prowadzą do zaprezentowanych poniżej wniosków:

1. O istotnym znaczeniu zasady samodzielności finansowej gmin i zasady jedności materialnej, które są ze sobą ściśle powiązane i uzależnione, świadczy w szczególności kolejność dochodów j.s.t. wymienionych w art. 167 ust. 2. Konstytucji RP, tj. dochody własne, subwencje ogólne i dotacje celowe.
2. Respektowanie zasad samodzielności finansowej i jedności materialnej jest korzystne z punktu widzenia skutecznej realizacji potrzeb społeczności lokalnej, gdyż gminy ustalają priorytety wydatkowe według potrzeb, a nie według pozyskanych środków.
3. W ciągu ostatnich lat wyjątki od zasady jedności materialnej znacznie się rozrastają, ograniczając głównie finansową samodzielność wydatkową gmin, zwłaszcza poprzez różnego rodzaju fundusze.
4. Pomimo wielu zalet zasady jedności materialnej systematyczne wyłączenie jej stosowania jest dość atrakcyjne dla ustawodawcy, szczególnie w okresie stanu zagrożenia epidemiologicznego spowodowanego zakażeniami wirusem SARS-CoV-2.
5. Działań tych nie uzasadniają potrzeby państwa unitarnego.
6. Wprowadzanie wielu poważnych wyjątków od zasady jedności materialnej wynika z nadmiernej arbitralności ustawodawcy, ograniczania decentralizacji i samodzielności finansowej, prowadząc do zjawiska „recentralizacji finansów publicznych”⁵⁷.

Literatura

- Chojna-Duch E., *Polskie prawo finansowe. Finanse publiczne*, Warszawa 2007.
- Cyman D., *Zasady budżetowe*, [w:] *Podstawy finansów publicznych i prawa finansowego*, red. A. Drwiłło, Warszawa 2018.
- Dziedziak B., Środki Rządowego Funduszu Inwestycji Lokalnych oraz Rządowego Funduszu Polski Ład, [w:] *Uchwała budżetowa jednostki samorządu terytorialnego*, red. B. Dziedziak, A. Ostrowska, W. Witalec, Warszawa 2023.
- Glumińska-Pawlic J., *Samodzielność finansowa jednostek samorządu terytorialnego w Polsce. Studium prawnofinansowe*, Katowice 2003.
- Gromek Z., *Zasada samodzielności samorządu terytorialnego w Konstytucji RP*, Warszawa 2022.
- Hanusz A., *Budżet państwa*, [w:] *Prawo finansowe*, red. A. Hanusz, Warszawa 2022.
- Harasimowicz J., *Zasada nie tworzenia funduszy celowych w ramach budżetu*, [w:] J. Gliniecka, J. Harasimowicz, *Zasady polskiego prawa budżetowego*, Bydgoszcz 2001.

⁵⁷ E. Ruśkowski, *Raport przygotowany dla Najwyższej Izby Kontroli pt. „Podstawowe uwarunkowania decentralizacji finansów publicznych”*, s. 12, www.nik.gov.pl/plik/id,1562.pdf [dostęp: 30.07.2023].

- Jańczuk L., *Samodzielność jednostek samorządu terytorialnego jako podmiotów administracji publicznej w Polsce*, Lublin 2013.
- Jastrzębska M., *Finanse jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2012.
- Kasperowicz-Stępień A., *Zakres samodzielności wydatkowej JST w Polsce w latach 1999–2004*, „Zeszyty Naukowe” 2008, nr 778.
- Kordela M., *Zasady prawa jako normatywna postać wartości*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, z. 1.
- Kornberger-Sokołowska E., *Budżet państwa*, [w:] M. Bitner et al., *Prawo finansowe. Prawo finansów publicznych. Prawo podatkowe. Prawo bankowe*, Warszawa 2017.
- Kornberger-Sokołowska E., *Granice samodzielności finansowej samorządu terytorialnego w państwie unitarnym*, [w:] *Unitarny charakter państwa a samorząd terytorialny*, red. K. Małyś-Sulińska, M. Stec, Warszawa 2019.
- Kosek-Wojnar M., *Samodzielność jednostek samorządu terytorialnego w sferze wydatków*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Ekonomicznej w Bochni” 2006, nr 4.
- Kosikowski C., *Zasady budżetowe (na tle projektowanych zmian w prawie budżetowym PRL)*, „Finanse” 1967, nr 5.
- Kryczko P., *Komentarz do art. 51 ustawy o samorządzie gminnym*, [w:] *Komentarz do ustawy o samorządzie gminnym*, red. P. Chmielnicki, Warszawa 2007.
- Kucia-Guściora B., *Fundusz Przeciwdziałania COVID-19 – antidotum finansowe na czas pandemii*, „Kwartalnik Prawno-Finansowy” 2020, nr 1.
- Kucia-Guściora B., *Komentarz do art. 42 ustawy o finansach publicznych*, [w:] *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, red. P. Smoleń, Warszawa 2014, Legalis.
- Majchrzycka-Guzowska A., *Finanse i prawo finansowe*, Warszawa 1996.
- Markowska-Bzducha E., *Gospodarka finansowa gmin w latach 1991–2000 a ich samodzielność*, [w:] *Prawne i finansowe aspekty funkcjonowania samorządu terytorialnego*, t. 2, red. S. Dolata, Opole 2000.
- Miemieć W., *Decentralizacja finansów publicznych a samodzielność finansowa samorządu terytorialnego*, [w:] *Prawo finansów publicznych z kasusami i pytaniami*, red. W. Miemieć, Warszawa 2020.
- Opalek K., *Problemy metodologiczne nauki prawa*, Warszawa 1962.
- Osiatyński J., *Finanse publiczne. Ekonomia i polityka*, Warszawa 2006.
- Radomski G., *Narzędzie demokratyzacji czy instytucja do poprawy? Spór o samorząd we współczesnej polskiej myśli politycznej*, „Annales Universitatis Paedagogicae Cracoviensis. Studia Politologica” 2016, vol. 213.
- Rokeach M., *The Nature of Human Values*, New York 1973.
- Ruśkowski E., *Raport przygotowany dla Najwyższej Izby Kontroli pt. „Podstawowe uwarunkowania decentralizacji finansów publicznych”*, www.nik.gov.pl/plik/id,1562.pdf.
- Ruśkowski E., Stankiewicz J., *System budżetowy*, [w:] *Finanse publiczne i prawo finansowe*, t. 1, red. E. Ruśkowski, Warszawa 2000.
- Rybarski R., *Nauka skarbowości*, Warszawa 1935.
- Szołno-Koguc J.M., *Racjonalność wydatków publicznych a realizacja budżetowej zasady jedności*, [w:] *Ekonomiczne i prawne problemy racjonalizacji wydatków publicznych*, t. 1, red. J. Głuchowski, A. Pomorska, J. Szołno-Koguc, Lublin 2005.
- Tyniewicz M., Koziół M., *Current problems of financial law in Poland and in the Czech Republic including effects of the COVID-19 pandemic*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2021, vol. 26, nr 4.
- Weralski M., *Budżet państwowy*, [w:] *System instytucji prawno-finansowych PRL*, t. 2: *Instytucje budżetowe*, red. M. Weralski, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1982.
- Weralski M., *Finanse i prawo finansowe*, Warszawa 1978.
- Wójtowicz W., *Podstawy prawa budżetowego i gospodarki budżetowej państwa*, [w:] *Zarys finansów publicznych i prawa finansowego*, red. W. Wójtowicz, Warszawa 2020.
- Ziemiński Z., *Wartości konstytucyjne*, Warszawa 1993.
- Zubik M., *Budżet państwa w polskim prawie konstytucyjnym*, Warszawa 2001.

Akty prawne i orzecznictwo

- Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. poz. 483 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz.U. z 2023 r. poz. 1641 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 12 czerwca 2015 r. o systemie handlu uprawnieniami do emisji gazów cieplarnianych, Dz.U. z 2023 r. poz. 589 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 568 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 16 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2, Dz.U. z 2020 r. poz. 695.
- Ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowanych kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19, Dz.U. z 2022 r. poz. 2141.
- Ustawa z dnia 5 sierpnia 2022 r. o dodatku węglowym, Dz.U. poz. 1692.
- Ustawa z dnia 7 października 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach służących ochronie odbiorców energii elektrycznej w 2023 r. oraz w 2024 r. z związku z sytuacją na rynku energii elektrycznej, Dz.U. z 2023 r. poz. 1704.
- Ustawa z dnia 27 października 2022 r. o środkach nadzwyczajnych mających na celu ograniczenie wysokości cen energii elektrycznej oraz wsparciu niektórych odbiorców w 2023 roku oraz w 2024 roku, Dz.U. poz. 2243 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 15 grudnia 2022 r. o szczególnej ochronie niektórych odbiorców paliw gazowych w 2023 r. oraz w 2024 r. w związku z sytuacją na rynku gazu, Dz.U. poz. 2687 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 9 marca 2023 r. o zmianie ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 556.
- Ustawa z dnia 7 grudnia 2023 r. o zmianie ustaw w celu wsparcia odbiorców energii elektrycznej, paliw gazowych i ciepła, Dz.U. poz. 2760.
- Wyrok TK z 16.03.1999 r., OTK ZU 3/1999, poz. 37.
- Wyrok WSA w Krakowie z 24.03.2022 r., I SA/Kr 68/22.

Maciej Rosa

Akademia Górnośląska w Katowicach

ORCID 0009-0008-2416-3417

maciej.rosa@akademiagornoslaska.pl

**I Konferencja Konstytucyjna
pt. „Restytucja praworządności w Rzeczypospolitej Polskiej”,
Uniwersytet SWPS, Warszawa, 12 grudnia 2023 r.
Sprawozdanie**

W dniu 12 grudnia 2023 roku na Uniwersytecie SWPS w Warszawie odbyła się pierwsza edycja Konferencji Konstytucyjnej pod tytułem „Restytucja praworządności w Rzeczypospolitej Polskiej”. Organizatorem wydarzenia było Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego Uniwersytetu SWPS we współpracy z tamtejszym Instytutem Prawa.

Symposium poświęcone zostało sprawom niezwykle aktualnym w obliczu niedawnych wyborów parlamentarnych i idącej w ślad za nimi zmiany układu sił naczelných organów przedstawicielskich – wraz ze wszystkimi tego konsekwencjami. Okoliczności kryzysu systemu demokratycznego państwa normatywnego w Polsce, co do którego obecności panowała zasadnicza zgoda wśród wszystkich zaproszonych prelegentów, wymagają szerokiej dyskusji poświęconej nadchodzącym zmianom w prawie, wykraczającej poza kręgi polityczne, włączając w nią także przedstawicieli doktryny – praktyki i nauki. Taką właśnie platformę do wymiany cennych poglądów zapewniła przedmiotowa konferencja.

Otwarcia spotkania oraz przywitania przybyłych słuchaczy i prelegentów dokonała prof. Teresa Gardocka – dyrektor Instytutu Prawa Uniwersytetu SWPS. Część merytoryczna podzielona została na trzy godzinne panele. W pierwszym z nich, poświęconym „Restytucji praworządności w sądach i Trybunale Konstytucyjnym”, głos zabrali prof. dr hab. Marek Chmaj (Uniwersytet SWPS), prof. dr hab. Andrzej Wróbel (Polska Akademia Nauk), dr hab. Teresa Gardocka (Uniwersytet SWPS) oraz dr hab. Jacek Zaleśny (Uniwersytet Warszawski). Nad moderacją debaty czuwał prof. dr hab. Marek Zubik z Uniwersytetu Warszawskiego. W ramach wypowiedzi przysługującej każdemu z czynnych uczestników poruszona została problematyka „naprawy” polskiego wymiaru sprawiedliwości oraz narzędzi kontroli konstytucyjności stanowiących norm, a także pociągnięcia do odpowiedzialności osób odpowiedzialnych za ich aktualny stan.

W pierwszej kolejności przedmiotem rozmowy stały się wątpliwości wynikające z obecnego kształtu Trybunału Stanu oraz procedury wyboru jego członków. Postawiona została teza, iż wzmiankowany organ odpowiedzialności konstytucyjnej bez znaczących zmian na poziomie ustrojowym nie jest w stanie realizować w sposób sprawczy zadań, do których został powołany, pozostając w tym zakresie „instytucją martwą”. Następnie dyskusja przeniosła się na obszar dotyczący wadliwości obsadzenia stanowisk sędziowskich w Trybunale Konstytucyjnym. Wśród wskazanych propozycji metod przywrócenia legalności, a także powszechnego poważania tego organu oraz zmiany składu osobowego – co niewątpliwie stanowić powinno klucz do jego prawnej „odbudowy” – uczestnicy panelu zgodnie wskazali wyłącznie na dwa możliwe rozwiązania: 1) dobrowolne ustąpienie członków Trybunału – choć zdaniem interlokutorów, nie stanowi to prawdopodobnego przebiegu zdarzeń, lub 2) zmiany postanowień ustawy ustrojowej; do której to jednak rządząca koalicja parlamentarna sformowana po wyborach z dnia 15 października 2023 r. najpewniej nie odnajdzie wymaganej większości głosów w bieżącym Sejmie X Kadencji.

Dokonując swoistej „diagnozy” przyczyn regresu, budowanego od 1989 r. – systemu normatywnego opartego na prymacie aktu ustrojowego nad strukturą prawa, parlamentaryzmu oraz rzeczywistego podziału władz, zabierający kolejno głos przedstawiciele doktryny wskazywali: 1) ukształtowanie Krajowej Rady Sądownictwa w sposób niezgodny z Konstytucją, 2) wadliwe powołanie sędziów sądów powszechnych, Sądu Najwyższego oraz Trybunału Konstytucyjnego, oraz 3) systemowe naruszenia prawa przez centralne organy państwa. To, co jednak zostało podkreślone i z czym niewątpliwie należy się zgodzić – to stwierdzenie, iż „naprawa wymiaru sprawiedliwości i oczyszczenie go z elementów niekonstytucyjnych musi odbyć się środkami konstytucyjnymi i demokratycznymi”. Zdaniem prof. dr. hab. Jacka Zaleśnego obecny system prawnoustrojowy pozwala na ocenę ważności wyboru sędziów i legalności ich orzeczeń, a co za tym idzie, przewidziany w art. 190 ust. 1 Konstytucji¹ ostateczny i niewzruszalny charakter orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w sytuacji stwierdzenia wadliwości wyboru członków tego ciała, może nie odnaleźć zastosowania do wyroków wydanych od 2016 r.

W stanowiskach końcowych, zamykających tę część wydarzenia, podkreślono wagę oddzielenia władzy sądowniczej od wpływu *egzekutywy* i *legislatywy*, a także rozdziału wymiaru sprawiedliwości od struktur administracji centralnej. Wartą przytoczenia wypowiedzią było stwierdzenie, iż wzrost praworządności w państwie demokratycznym jest także przyczyną pozytywnego zjawiska ograniczenia arbitralności decyzji przedstawicieli jego organów.

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483; art. 190 ust. 1.

Tematyka drugiego panelu obejmowała problematykę związaną z Krajową Radą Sądownictwa, w tym w szczególności sprawę „przywrócenia legalności oraz weryfikacji sędziów powołanych w latach 2018–2023”. Swoje stanowiska odnoszące się do tego zagadnienia wygłosili przedstawiciele nauki – dr hab. Mariusz Bidziński (Uniwersytet SWPS w Warszawie) i dr hab. Sławomir Patyra (Uniwersytet Marii Skłodowskiej-Curie w Lublinie) oraz praktycy prawa – SSO Piotr Gąciarek (Stowarzyszenia Sędziów Polskich „Iustitia”) i adw. Michał Wawrykiewicz (Fundacja Wolne Sądy). Rolę moderatora przejął uczestniczący czynnie w poprzedniej części prof. dr hab. Marek Chmaj.

Trzon dyskusji dotyczył kwestii przyszłości wyroków i postanowień wydanych przez tzw. *neo-sędziów*, czyli osób zaopiniowanych do objęcia tego stanowiska przez wadliwie wybranych członków Krajowej Rady Sądownictwa. Wśród przemawiających panowało zgodne przekonanie, iż powołani w ten sposób funkcjonariusze nie mogą nosić miana sędziów; SSO Piotr Gąciarek stwierdził wręcz, że „nie ma wśród nich *kolegów-sędziów*”. Zebrani prelegenci wyrażali jasny pogląd, iż osoby nielegalnie zasiadające za stołem sędziowskim powinny ponieść odpowiedzialność dyscyplinarną za uchybienia w sprawowaniu urzędu. Odrzucono jednak koncepcję poddania ich jakiegokolwiek rodzaju „weryfikacji”, gdyż działanie takie wskazywałoby na wątpliwości co do prawidłowości objęcia przez nich stanowiska uzależnione od jednostkowego stanu faktycznego. W tym wypadku powszechnym pozostawało przeświadczenie, iż nielegalność ich wyboru oraz awansów miała charakter systemowy i powinni oni utracić przysługujące im uprawnienia z mocy samego prawa. Z procedury takiej wyłączeni zostać powinni jednak sędziowie-asesorzy, na których powołanie, zdaniem rozmówców, wadliwie obsadzona Krajowa Rada Sądownictwa miała marginalny wpływ.

Wtórne dylematy wynikające z wykazania braku właściwego mandatu prawnego do sprawowania swoich zadań przez przedmiotową grupę sędziów stanowią jednakże problemy: 1) ogromnej ilości orzeczeń, co do których w takich okolicznościach powstaje wątpliwość co do ich mocy obowiązującej, a także 2) dalszego prowadzenia „otwartych” postępowań sądowych. W odniesieniu do punktu pierwszego interlokutorzy trafnie wskazali, iż nie jest to pierwszy taki przypadek w historii polskiego prawa. Odwołano się w tym przedmiocie do dekretu Krajowej Rady Narodowej z dnia 6 czerwca 1945 roku o mocy obowiązującej orzeczeń sądowych, wydanych w okresie okupacji niemieckiej na terenie Rzeczypospolitej Polskiej². Należy w tym miejscu jednakże zaznaczyć, iż zgodnie z przedstawianymi propozycjami, rozwiązanie problemu utworzenia mechanizmów oceny ważności decyzji sądów nie jest zbieżne z art. 1 wzmiankowanego aktu, gdyż przewidywał

² Dekret z dnia 6 czerwca 1945 r. o mocy obowiązującej orzeczeń sądowych, wydanych w okresie okupacji niemieckiej na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. z 1945 r. Nr 25, poz. 151.

on, iż „Wyroki i inne orzeczenia wydane podczas okupacji przez sądy niemieckie, są nieważne i pozbawione skutków prawnych”³. Pozostając w obszarze odniesień do zamierzanych rozwiązań legislacyjnych, wspomnieć można byłoby jednak o rządowym rozporządzeniu z dnia 11 kwietnia 1946 r., regulującym kwestię „mocy obowiązującej orzeczeń sądowych na obszarze Ziem Odzyskanych”⁴. Zawarte w nim przepisy, zdecydowanie w bliższy sposób mogą odzwierciedlać koncepcję przedstawioną przez panelistów – objęcie wszystkich orzeczeń wydanych przez wadliwie obsadzone składy sędziowskie możliwością zaskarżenia w wyznaczonym terminie i skierowania ich do ponownego rozpoznania. Taką regulację w odniesieniu do spraw cywilnych stanowiła treść par. 6 przytoczonego aktu – „[...] skargi o wznowienie postępowania mogą być wniesione w ciągu 5-ciu lat od dnia wejścia w życie niniejszego rozporządzenia [...]” w zw. z par. 5 wskazującym, iż „Strona może zażądać wznowienia postępowania w sprawach cywilnych w przypadkach, gdy orzeczenie sądu niemieckiego jest sprzeczne z podstawowymi zasadami obowiązującego w Polsce porządku publicznego lub ustroju demokratycznego albo z dobrymi obyczajami, jak również gdy strona pozbawiona była możliwości działania przed sądem”⁵. Pomimo tej interesującej dygresji ze strony rozmówców zaznaczono, iż aktualny stan prawny wymaga w tym obszarze nowych i celowych rozwiązań o charakterze systemowym i kompleksowym.

W odniesieniu do podniesionej wyżej (drugiej) obiekcji, związanej z kontynuacją toczonych obecnie spraw przez sędziów, co do których istnieją zasadne wątpliwości związane procedurą ich wyboru, przyjęto zgodną opinię, iż najlepszym rozwiązaniem w tym zakresie będzie najprawdopodobniej zezwolenie na doprowadzenie ich do końca przez dotychczasowe składy sędziowskie – w ramach skierowania ich na specjalnie wyznaczoną w tym celu delegację.

Trzeci, a zarazem ostatni z paneli zatytułowany został „Przywrócenie kultury prawnej i dobrych zwyczajów parlamentarnych w organach władzy ustawodawczej”. Do rozmowy zaproszeni zostali przedstawiciele polskiej *legislatywy*, senatorzy – Gabriela Morawska-Stanecka, dr hab. Kazimierz Michał Ujazdowski i Krzysztof Kwiatkowski, a także dr hab. Anna Młynarska-Sobaczewska z Polskiej Akademii Nauk. Moderacji tej części spotkania podjął się dr hab. Sławomir Patyra reprezentujący Uniwersytet Marii Skłodowskiej-Curie w Lublinie. Przybycie członków drugiej izby polskiego parlamentu nadało toczącej się dyskusji niezwykle cenną możliwość zapoznania się z poglądami osób, których w bezpośredni sposób doty-

³ Dekret z dnia 6 czerwca 1945 r. o mocy obowiązującej orzeczeń sądowych, wydanych w okresie okupacji niemieckiej na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. z 1945 r. Nr 25, poz. 151; art. 1.

⁴ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 11 kwietnia 1946 r. o mocy obowiązującej orzeczeń sądowych na obszarze Ziem Odzyskanych, Dz.U. z 1946 r. Nr 18, poz. 123.

⁵ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 11 kwietnia 1946 r. o mocy obowiązującej orzeczeń sądowych na obszarze Ziem Odzyskanych, Dz.U. z 1946 r. Nr 18, poz. 123; par 5 i 6.

czą wnioski płynące z zabieranych stanowisk oraz będących w stanie przedstawić argumentację obejmującą praktykę sprawowanej przez nich funkcji.

Wśród wykazywanych wad aktualnego modelu normatywnego ciała ustawodawczego wskazano m.in. sposób wyboru prezydów komisji sejmowych, możliwość arbitralnego ograniczania czasu oraz ilości zadawania pytań przez Marszałka Sejmu oraz przypadki tzw. *zamrażania* procedowanych projektów ustaw poprzez kierowanie ich do właściwych organów opiniodawczych, niezwiązanych terminem ich rozpoznania. W wystąpieniach wykraczających poza sferę zagadnień legislacyjnych i doktrynalnych skupiono się natomiast na stosunku osób pełniących mandat posła i senatora do przysługujących im uprawnień oraz nakładanych na nich obowiązków, wskazując, iż dawna definicja pojęcia „języka parlamentarnego” zatraciła obecnie swoje pierwotne znaczenie, co stanowi gorzki komentarz do niezrządco pojawiających się na sali plenarnej polskiego Sejmu wystąpień o wątpliwym poziomie kultury i merytoryki.

I Konferencja Konstytucyjna zamknięta została przez prof. dr. hab. Marka Chmaja, który, kierując swoje słowa do słuchaczy, aktywnych uczestników debaty oraz studentów z Koła Naukowego Prawa Konstytucyjnego Uniwersytetu SWPS odpowiedzialnych za organizację sympozjum, podziękował za udział w pierwszej edycji tego niezwykle wartościowego wydarzenia. Najcenniejszą spośród wszystkich cech przedmiotowego spotkania okazał się umiejętny dobór debatantów, który umożliwił zapoznanie się zarówno z argumentacją czysto naukową, formułowaną przez wybitnych przedstawicieli doktryny, motywacjami uczestników procesu legislacyjnego wskazywanymi przez Senatorów; jak również z poglądami praktyków prawa, dla których szczególnie bliskie będą konsekwencje poważnych zmian w ustroju organów wymiaru sprawiedliwości.